



**INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE ECONOMIA,
SOCIEDADE E POLÍTICA (ILAESP)**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS
PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO (PPGPPD)**

**DERECHOS COMO DESARROLLO: UN RETO PARA LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

VICTOR ELIAS GUEVARA FLOREZ

FOZ DO IGUAÇU

2019



**INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE
ECONOMIA, SOCIEDADE E POLÍTICA (ILAESP)**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS
PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO (PPGPPD)**

**DERECHOS COMO DESARROLLO: UN RETO PARA LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

VICTOR ELIAS GUEVARA FLOREZ

Disertación presentada al Programa de Pos Graduación en Políticas Públicas y Desarrollo de la Universidad Federal de Integración Latino-americana, como requisito parcial para la obtención del título de Magister en Políticas Públicas y Desarrollo

Orientador: Prof. Dr. ANTONIO DE LA PENA GARCIA

FOZ DO IGUAÇU

2019

Catálogo elaborado pela Divisão de Apoio ao Usuário da Biblioteca Latino-Americana
Catálogo de Publicação na Fonte. UNILA - BIBLIOTECA LATINO-AMERICANA

G939d

Florez, Victor Elias Guevara.

Derechos como desarrollo: un reto para la corte constitucional colombiana y las comunidades indígenas /
Victor Elias Guevara Florez. - Foz do Iguaçu, PR, 2019.
90 f.: il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Instituto Latino-Americano
de Economia, Sociedade e Política. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento. Foz
do Iguaçu - PR, 2019.

Orientador: Antonio de la Pena Garcia.

1. Direito constitucional - indígenas - Colômbia. 2. Políticas públicas. 3. Juízes - decisões. I. Pena Garcia,
Antonio de la Pena Garcia. II. Universidade Federal da Integração Latino-Americana. III. Título.

CDU 35.077:342(=1.862-82)

VICTOR ELIAS GUEVARA FLOREZ

**DERECHOS COMO DESARROLLO: UN RETO PARA LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

Disertación presentada al Programa de Pos Graduación en Políticas Públicas y Desarrollo de la Universidad Federal de Integración Latino-Americana, como requisito parcial para la obtención del título de magister en Políticas Públicas y Desarrollo.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Doctor ANTONIO DE LA PENA GARCIA
UNILA - BRASIL

Prof. Doctora RENATA PEIXOTO DE OLIVEIRA
UNILA – BRASIL

Prof. Doctora BEATRIZ LONDOÑO TORO
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO - COLOMBIA

Foz do Iguaçu, 7 de marzo de 2019.

*Para mi hija Isadora y mi esposa Debora,
las luces de mi vida.*

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a cada uno de los docentes del programa de maestría en Políticas Públicas y Desarrollo de la Universidad Federal de Integración Latinoamericana UNILA, por darme las herramientas necesarias para construir este trabajo, en especial a mi orientador Antonio De La Peña García por su entrega y dedicación.

Agradezco de manera especial a los Doctores Renata Peixoto de Oliveira y Beatriz Londoño Toro, como jurados de la banca, por su orientación, tenacidad y confianza en la consecución de esta investigación, que aborda las áreas de la filosofía, la antropología y el derecho. Por dirigir siempre las ideas propias con su rigurosidad y empeño, además de proveerme los medios suficientes para concluir esta tesis.

Debo exaltar mis más sinceros agradecimientos a Dios por la vida y la salud. A mi hija Isadora y a mi esposa Debora por ser mis compañeras de vida, a mi familia en especial a mi Madre, Nazly Flórez de Guevara, por ser el motor, el sentido y la dirección de mi vida; a mi Hermana Lissette Guevara Flórez, porque siempre creyó en mí. A Farri por su entrega, dedicación y apoyo incondicional. Agradezco a mis colegas de la primera turma 2016 por su importante aporte y participación. Enriqueciendo de esta manera la amistad y la integración entre países hermanos. Espero encontrarme con todos en un futuro, en la realización de la tesis doctoral.

*“Hemos aprendido a volar como los pájaros, a nadar como los peces; pero no hemos aprendido el sencillo arte de vivir como hermanos”.
Martin Luther King*

RESUMEN

La siguiente disertación tiene como pretensión analizar el concepto de pluralismo y multiculturalismo y su incidencia en la forma como deben estructurarse los Estados modernos. Basado precisamente en este contexto, se desarrollará lo referente a la consagración constitucional del principio del pluralismo, así como también, el papel que ha tenido la Corte Constitucional colombiana, en cuanto a la reivindicación y defensa de los derechos de la población indígena y la aplicabilidad de la teoría de los Derechos como Desarrollo, como propuesta teórica para la solución de las problemáticas que enfrentan las comunidades indígenas. Tomando como referencia la etnia Wayuú, una de los pueblos indígenas de mayor número en el territorio colombiano.

Palabras claves: Pluralismo. Multiculturalismo. Corte Constitucional. Jurisdicción Especial Indígena. Principios. Derechos. Derechos como Desarrollo. Estrategias de Desarrollo. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The following scientific dissertation is intended to analyze the fact that currently, around the world, academic debates are taking place around the concept of pluralism and multiculturalism and its impact on how modern states should be structured. based precisely in this context, the constitutional consecration of the principle of pluralism will be developed, as well as the role that the colombian Constitutional Court has had, in terms of the claim and defense of the rights of the indigenous population and the applicability of the theory of rights as development, as a theoretical proposal for the solution of the problems faced by indigenous communities. taking as a reference the Wayuú ethnic group, one of the largest indigenous peoples in the Colombian territory.

Keywords: Pluralism. Multiculturalism. Constitutional Court. Special Indigenous Jurisdiction. Beginning. Rights. Rights as Development. Development Strategies. Public Politics.

RESUMO

A dissertação científica que se segue pretende analisar o fato de que atualmente, em todo o mundo, estão ocorrendo debates acadêmicos em torno do conceito de pluralismo e multiculturalismo e seu impacto sobre como os estados modernos devem ser estruturados. Baseada justamente neste contexto, será desenvolvida a consagração constitucional do princípio do pluralismo, bem como o papel que o Tribunal Constitucional colombiano teve, em termos de reivindicação e defesa dos direitos da população indígena e da aplicabilidade do direito constitucional, teoria dos Direitos como Desenvolvimento, como proposta teórica para a solução dos problemas enfrentados pelas comunidades indígenas. Tomando como referência o grupo étnico Wayuú, um dos maiores povos indígenas do território colombiano.

Palavras-chave: Pluralismo. Multiculturalismo. Corte Constitucional. Jurisdição Indígena Especial. Começando. Direitos. Direitos como Desenvolvimento. Estratégias de Desenvolvimento. Políticas Públicas.

LISTA DE ILUSTRACIONES

Figura 1. Organigrama del Poder Judicial en Colombia	19
Figura 2. Organigrama de la Corte Constitucional colombiana	20
Figura 3. Mapa de los Resguardos Indígenas legalmente constituidos.....	61

LISTA DE TABLAS

Tabla 1 – Resumen de desarrollo normativo en materia de J. E. Indígena	34
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABNT	Asociación Brasileira de Normas Técnicas
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CLPI	Consulta Libre Previa e Informada
CNDH	Comisión nacional de Derechos Humanos
C.P.	Constitución Política
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
DDPI	Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
FAO	Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (Food and Agriculture Organization)
ICANH	Instituto Colombiano de Antropología e Historia
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
ILAACH	Instituto Latino-Americano de Arte, Cultura e Historia
ILACVN	Instituto Latino-Americano de Ciencias de la Vida y de la Naturaleza
ILAESP	Instituto Latino-Americano de Economía, Sociedad y Política
ILATT	Instituto Latino-Americano de Tecnología e Infraestructura
J.E.	Jurisdicción Especial
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONIC	Organización Nacional Indígena de Colombia
UFPR	Universidad Federal de Paraná
UNILA	Universidad Federal de Integración Latino-Americana

CONTENIDO

1. INTRODUCCION.....	15
2. PLURALISMO, MULTICULTURALISMO Y SU RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 EN LA JURISDICCION ESPECIAL INDÍGENA.	24
2.1 DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA EN COLOMBIA.....	29
2.1.1 desarrollo normativo	29
2.1.2 desarrollo jurisprudencial	35
2.2 ANALISIS DE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA.....	40
2.2.1 la relevancia de la teoría de la cosa juzgada aparente vs la cosa juzgada constitucional y la exhortación de la corte al congreso para legislar en forma sistemática.	42
2.2.2 derecho comparado de instituciones judiciales indígenas	43
3. TEORIA DE ENFOQUE DE DERECHOS EN POLITICAS DE DESARROLLO	49
3.1. TEORÍA DE LOS DERECHOS COMO DESARROLLO	49
3.2. TEORÍA DE LAS CORRIENTES MÚLTIPLES.....	52
3.3. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA TEORÍA DEL DESARROLLO COMO DERECHOS Y LA TEORIA DE LAS CORRIENTES MÚLTIPLES Y POSIBLES SOLUCIONES.....	55
4. ANALISIS EN EL CASO COLOMBIANO	60
4.1. CONTEXTO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA Y EL CASO PUNTUAL DE LA ETNIA WAYUÚ.....	60
4.2. CONSULTA PREVIA.....	74
5. RECOMENDACIONES FINALES Y CONCLUSIONES	79
6. REFERENCIAS	84

1. INTRODUCCION

Desde hace varias décadas, los Estados latinoamericanos han liderado un gran impulso constitucional marcado por un contexto de sociedades diversas, multiétnicas y pluriculturales que han propiciado, no solo el reconocimiento de sectores discriminados o marginados en los que claramente caben los pueblos indígenas, sino también, su fortalecimiento y aceptación en la conciencia de las personas. Ahora bien, Colombia¹ al igual que otros países latinoamericanos, viene experimentado transformaciones fácticas profundas en esta materia, al tiempo, nuestro ordenamiento jurídico está desgastado y en mora con los principios, derechos y garantías de los pueblos indígenas, por omisión gubernamental y falta de exhortación judicial.

Colombia ha pasado por un proceso de integración social, en el que se ha venido reconociendo la diversidad étnica y cultural que nos caracteriza y la existencia de minorías relegadas, cuya reivindicación va enlazada a la necesidad de crear un proyecto nacional que no solo unificara las distintas regiones y poblaciones existentes, sino que también les devolviera a los pueblos nativos, originarios o indígenas el protagonismo que habían perdido por causa del dominio occidental. Ese reconocimiento a su diversidad, fomentado por la tendencia internacional de los organismos multilaterales, demandaba del Estado colombiano, la creación e implementación de políticas que integraran, con nuestro sistema político y jurídico, sus costumbres, cultura, principios, derechos, y diversidad y que al mismo tiempo garantizara la conservación de las tradiciones y la protección de la autonomía de las comunidades indígenas.

En ese sentido, se buscaba vincularlos a nuestra sociedad, ofreciéndoles nuevas y reales garantías, pero respetando completamente su entorno y su historia. Ese proceso de reivindicación, que ya había iniciado, se consolidó con la Constitución de 1991², en la cual se plasmó el pluralismo como principio fundamental orientador del sistema jurídico, y a partir del cual se suministró una herramienta para que se avance desde la simple retórica a la práctica, sin embargo, esta transformación se torna limitada

¹ Londoño, Beatriz, *La Constitución de 1991 y los indígenas: Nuevos espacios de participación política*. Revista Credencial Historia 2016.

² “La carta magna colombiana, actualmente, es (junto con la constitución del Ecuador) el documento más adelantado en materia de derechos indígenas en América latina. Aunque su plena aplicación no se ha realizado aún, el texto constitucional como tal sólo excepcionalmente ha sido criticado por los movimientos indígenas. Los primeros estudios sobre el impacto de esta nueva legislación señalan, además, una mejoría significativa en la situación de la población afectada. Colombia cuenta actualmente con una amplia jurisprudencia en materia indígena”. (*Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América latina: panorama* Cletus Gregor Barié).

frente a la insuficiencia de normas jurídicas que permitan su efectividad.

Así las cosas, es con la expedición de nuestra Carta Magna y como resultado del proceso pluralista y participativo que sirvió de base para su promulgación y logró consagrar algunos derechos fundamentales para esas comunidades³, que adquiere forma una jurisdicción especial de los pueblos indígenas para la institución de control social y territorial de sus derechos, siendo algunos de estos, aquellos descritos en el artículo 1, que señala como uno de los caracteres del Estado Social de Derecho la participación y el pluralismo, el artículo 7 que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, el artículo 8 que hace relación a la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación⁴, y el artículo 10 que consagra la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, en sus propios territorios. Sistemáticamente, el artículo 13 de la Carta Política, contempla la no discriminación en razón del sexo, raza, origen nacional o familiar o lengua; el artículo 70 que reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país; los artículos 171 y 176 que otorgan a los miembros de las comunidades indígenas el derecho político de participar en el Senado y en la Cámara de representantes; entre otros el artículo 246, de especial relevancia, en donde se crea la jurisdicción especial, y le da potestad a las comunidades indígenas para que administren justicia dentro de su territorio, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que estas no sean contrarios a la Constitución y a la ley, pero sujeta a la expedición de una ley que establezca la forma de coordinación entre esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.⁵

Este articulado nos muestra que formalmente la garantía de los principios y derechos de los pueblos indígenas⁶ está consagrada en la Constitución de 1991. Sin embargo, cuando estos derechos han entrado en conflicto con normas del sistema judicial

³ Se acepta en términos generales la propuesta teórica expuesta por Ferrajoli (1999, Pág. 37) “*Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” aquellas manifestaciones de derecho positivo (prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas*”.

⁴ Arbeláez de Tobón, Lucia, La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional, Modulo Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Guatemala, 2004.

⁵ Ver: Constitución Política de 1991.

⁶ Los derechos indígenas apuntan a una costumbre legal, practicada en una determinada comunidad (derecho consuetudinario). También abarcan el espacio de la acción y legislación estatal hacia estos grupos (política indigenista). Por último, este concepto se refiere a un cuerpo legal de convenios, acuerdos y resoluciones a escala interestatal o mundial (derecho internacional).

nacional⁷ ha sido compleja la tarea de protección de la Corte Constitucional de las prerrogativas que se les reconocen a los pueblos indígenas para que no sean solo formales sino también reales, es decir que se puedan materializar⁸.

Es por lo anterior, que en el contexto de multiculturalidad⁹ y diversidad en el que fue constituido el Estado Social de Derecho colombiano, se reconoce a la Jurisdicción Especial Indígena, pero no se otorgan las herramientas procesales que garanticen esos derechos y principios (Kymlicka,1996). Las sentencias de la Corte Constitucional no alcanzan a suplir la “*omisión legislativa*”¹⁰ de expedir una norma que logre regular los mecanismos y procedimientos de integración de la Jurisdicción Especial con el sistema judicial nacional, y que permita de esa forma, darle a esos pueblos, los valores de su identidad¹¹. Este reclamo se vuelve necesario, sobre todo, en este contexto, donde el estudio de los derechos de los grupos indígenas, y en general, de las minorías étnicas es un tema que ha tenido poca elaboración teórica en nuestro derecho constitucional (Borrero, 2003).

En consecuencia, uno de los ejes centrales de este trabajo, será el análisis del papel de la Corte Constitucional colombiana como garante de los derechos y principios de la Jurisdicción Especial Indígena, ante la ausencia de una ley que logre

⁷ Ver Sentencia Corte Constitucional. Sentencia C-063 de 2010. Referencia: expediente D-7755. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-063-10.htm>

⁸ En tal sentido, señala la de Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1994 que: “*Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal*”. Corte Constitucional. Sentencia T 254 de 1994. Ref: Expediente T-30116. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Bogotá, mayo 30 de 1994. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>

⁹ “Aunque existen diversas acepciones de multiculturalidad, en general puede ser entendida como el fenómeno que señala la existencia y convivencia de varios grupos culturales en un territorio en una situación o bien dentro de un mismo Estado” Hernandez, Miriam. Sobre los sentidos de “Multiculturalismo e interculturalismo”. Universidad Autónoma de México. Ra Ximhai, mayo-agosto, volumen 3. 2007, p. 431.

¹⁰ “(...) la Constitución colombiana de 1991 “trajo grandes avances en la protección de los derechos de miembros de pueblos y comunidades indígenas, pero sólo se vio desarrollada mediante la garantía y efectividad de esos derechos por parte del órgano encargado de protegerlos, la Corte Constitucional”. El estudio de la jurisprudencia constitucional en materia indígena en Colombia se vuelve, por lo tanto, indispensable para dilucidar el sentido que el conjunto de la sociedad colombiana le está dando a la protección de los derechos de las comunidades originarias y tradicionales”. (Barrios, Juan, *Derecho Constitucional, Derecho Interamericano y Derechos Indígenas. Avances y Frustraciones*, Visión renacer editores, 2007).

¹¹ Habermas Entiende el concepto de identidad como: aquellos rasgos y valores culturales compartidos por las comunidades que no vienen establecidos de antemano, sino, construidos en los diversos procesos de interacción social. En su texto de La constelación posnacional, continúa manteniendo la misma idea. En él establece que la identidad de los miembros de un grupo concreto o de una sociedad se hacen y no se encuentran hechos. (Identidades nacionales y posnacionales. España: Tecnos.2000, Pág. 34).

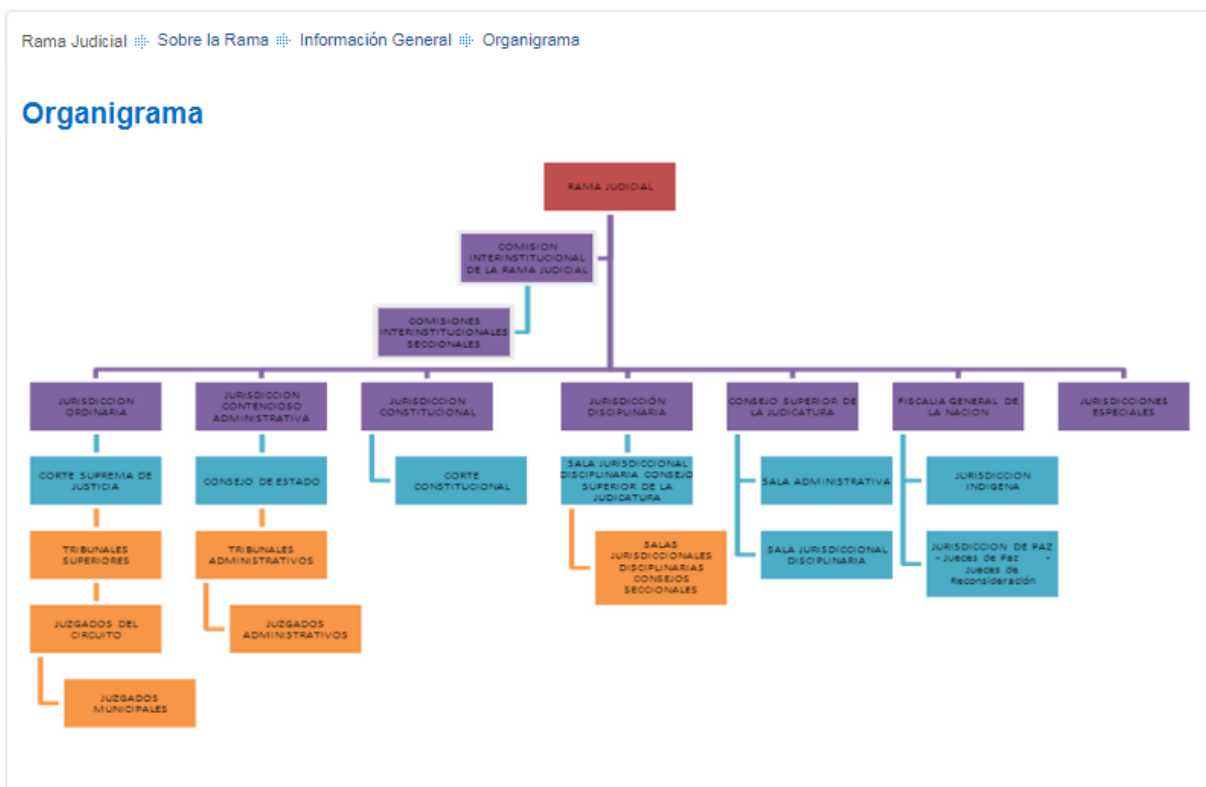
armonizar o ajustar su sistema jurídico, con el sistema judicial nacional y como esto se ve reflejado en el desarrollo de las comunidades indígenas y en la imposibilidad de que estos se vean materializados, en este punto se aborda a su vez la existencia de los factores de dificultad traídos a colación por la teoría de las corrientes múltiples desarrollada por Kingdon, como posible razón que explicaría por qué los derechos de las comunidades indígenas no logran materializarse sino a través de decisiones de la Corte Constitucional, una vez estas comunidades recurren mediante acciones de Tutela o amparo de sus derechos fundamentales, es decir, por qué no llega a prevenirse o corregirse las situaciones que afectan a las comunidades indígenas producto del deber que le atañe al Estado, y por qué la falta de atención frente a la necesidad de promulgar una ley armonizadora entre la jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena. En ese sentido, la pregunta que se hace necesario responder sería ¿Cuál ha sido la eficacia material de los derechos y principios de ancestralidad, territorialidad y autonomía de las comunidades indígenas con fundamento en las sentencias de la Corte Constitucional y frente a la inexistencia de una ley que armonice la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria, y si es factible brindar soluciones desde la teoría de los Derechos como Desarrollo?; en otras palabras, se entrará a verificar el alcance de las sentencias proferidas por el alto tribunal en materia de garantizar o no, los principios de la población indígena, tales como, el de ancestralidad, territorialidad y autonomía, así mismo, se analizará cómo incide en el desarrollo de las comunidades indígenas, la inexistencia de una ley que reglamente la Jurisdicción Especial de manera armónica al sistema judicial ordinario, para plantear frente a los hallazgos, la aplicabilidad o no de la teoría de los Derechos como Desarrollo.

Para resolver el problema jurídico que origina esta investigación, resulta conveniente, primero precisar el marco conceptual del multiculturalismo, pluralismo jurídico y su reconocimiento en la Constitución de 1991 y su uso frente a las jurisdicciones especiales indígenas, como cimientos a la ley que debe hacer posible la armonización entre ambas jurisdicciones. Segundo, los derechos y principios en general de estas sociedades minoritarias dentro del marco jurídico y jurisprudencial para la Jurisdicción Especial Indígena. Por último, concluiremos el análisis de la eficacia¹² material de estos

¹² Así como es imposible aislar el problema de la validez del de la legitimidad y la eficacia y, a su vez, el de la legitimidad de la justificación moral que supone, así como el de la eficacia de los presupuestos de legitimación política y justificación moral que la sustentan, de manera análoga no puede desconocerse la proyección de la problemática moral en el marco social y jurídico-político donde cobra sentido. (Oscar Mejía Quintana, "Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho" Ob.

principios y derechos de la jurisdicción especial indígena cuando han entrado en conflicto con el sistema judicial nacional a partir de las sentencias de la Corte Constitucional. Lo anterior ante la ausencia de la ley que coordine los dos sistemas. Derechos y principios que se ven reflejados en el desarrollo de las comunidades indígenas. En este punto es importante ilustrar la composición y ubicación de la Corte Constitucional en Colombia. Dentro del poder judicial, para fines instrumentales en esta investigación (ver figura 01 y figura 02).

Figura 01 Organigrama del Poder Judicial en Colombia



Fuente: Pagina de la Rama Judicial colombiana, consultado el 12 de diciembre de 2018. <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/organigrama>

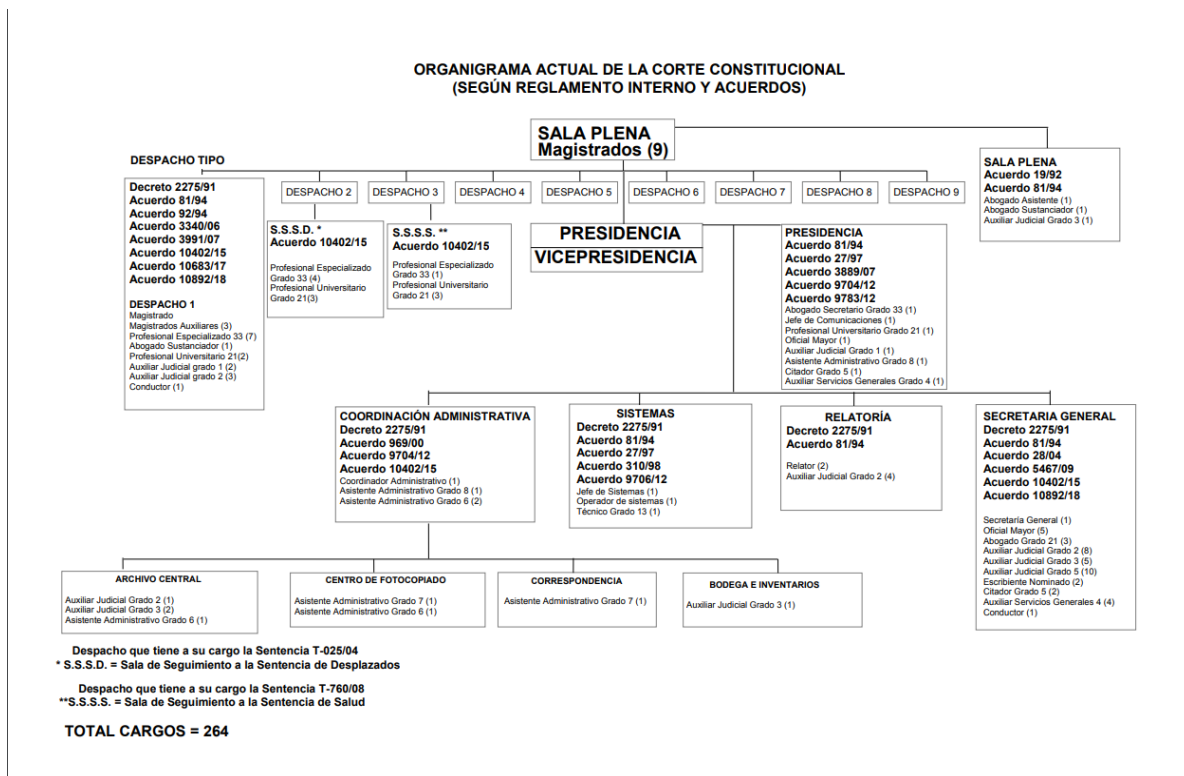
El poder público en Colombia es ejercido a través de las ramas: Ejecutiva, Legislativa y Judicial, las cuales en virtud del principio de separación de poderes, tienen órganos y funciones diferentes, esta división permite que se eviten los abusos de poder, a partir de lo que se ha denominado los pesos y contrapesos¹³. La

Cit. Pág. 2.)

¹³ "Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder (...) el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo".

Rama judicial, por su parte, como encargada de la administración de Justicia, tal como se observa en la figura anterior, está conformada por: órganos de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Juzgados del Circuito y Juzgados Municipales), encargados de proferir las decisiones judiciales atinentes a los conflictos originados en virtud de obligaciones civiles, laborales, penales y de familia; órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Consejo de Estado, Tribunales Administrativos, Juzgados Administrativos), encargados de resolver los conflictos en los cuales se encuentran inmersas las entidades del Estado en ejercicio de sus funciones administrativas, entre estas y frente a los particulares; la Jurisdicción Constitucional (Corte Constitucional y todos los jueces de la nación, independientemente de su especialidad), encargada de velar por la supremacía de la Constitución Nacional; la jurisdicción Disciplinaria, la cual es ejercida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien a través de sus dos salas: Administrativa y Disciplinaria, es el encargado de velar por la organización administrativa, organizacional y disciplinaria de la Rama Judicial, y así también, encontramos en la misma línea jerárquica, la Jurisdicción Especial, que abarca la jurisdicción indígena y los jueces de paz.

Figura 02 Organigrama de la Corte Constitucional Colombiana



Charles de Montesquieu, Del espíritu de las leyes, 106, 113, en general, capítulos 4 y 6 del libro XI De las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con la constitución (Tecnos, Madrid, 2000 [1735]).

Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/organigrama.pdf>

En la Anterior figura se observa el organigrama de la Corte Constitucional colombiana, máximo órgano de la Jurisdicción constitucional, encargada de velar por el cumplimiento de la Constitución Política, esta corporación está integrada por nueve magistrados, cada uno de los cuales representa un despacho y reunidos conforman la Sala Plena, una presidencia y vicepresidencia, relatoría, coordinación Administrativa y otras oficinas cuya labor permite el funcionamiento de la corporación. En la Corte Constitucional las decisiones son tomadas en sesiones en las cuales, previa ponencia del proyecto del fallo por parte de un magistrado asignado, los magistrados debaten el contenido de la parte motiva y resolutive y finalmente votan por la aprobación o no de la decisión.

Este trabajo de investigación se justifica en el marco de una justicia especial para la paz, el proceso en sí de alcanzar una armonía entre todos los actores de la sociedad colombiana y además por la importancia de asegurar los derechos, principios y garantías de las comunidades indígenas en Colombia, que a pesar de que están formalmente garantizados en la Constitución política y las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, estos han sido ineficaces materialmente en la realidad de los indígenas, los derechos indígenas apuntan a una costumbre legal, practicada en una determinada comunidad (derecho consuetudinario). También abarcan el espacio de la acción y legislación estatal hacia estos grupos (política indigenista). Por último, este concepto se refiere a un cuerpo legal de convenios, acuerdos y resoluciones a escala interestatal o mundial (derecho internacional).

Esto se entiende en la medida que cuando estos derechos han entrado en conflicto con normas del sistema judicial nacional¹⁴ ha sido compleja la tarea de protección de la Corte Constitucional de las prerrogativas que se les reconocen a los pueblos indígenas para que no sean solo formales sino también reales, es decir que se puedan materializar¹⁵.

Es por lo anterior, que en el contexto de multiculturalidad, (entendida

¹⁴ Ver Sentencia Corte Constitucional. Sentencia C-063 de 2010. Referencia: expediente D-7755. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-063-10.htm>

¹⁵ En tal sentido, señala la de Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1994 que: "Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal".

como la confluencia de culturas diferentes, dentro de un territorio) el que fue constituido el Estado Social de Derecho Colombiano, se reconoce a la jurisdicción especial indígena, pero no se otorgan las herramientas procesales que garanticen esos derechos y principios, no alcanzando las sentencias de la Corte Constitucional a suplir la “*omisión legislativa*”¹⁶ de expedir una norma que logre regular los mecanismos y procedimientos de integración de la jurisdicción especial con el sistema judicial nacional, y que permita de esa forma, darle a esos pueblos, los valores de su identidad¹⁷. Este reclamo se vuelve necesario, sobre todo, en este contexto, donde el estudio de los derechos de los grupos indígenas, y en general, de las minorías étnicas es un tema que ha tenido poca elaboración teórica en nuestro medio.

A partir de lo anterior, el objetivo principal es analizar la función de la Corte Constitucional colombiana como garante de los derechos, principios y garantías de la Jurisdicción Especial Indígena, ante la ausencia de una ley que logre armonizar o ajustar su sistema jurídico, con el sistema judicial nacional y su incidencia en el desarrollo de las comunidades indígenas, planteando como propuesta teórica la aplicación de los ejes centrales de la teoría de los Derechos como Desarrollo.

Para lo cual será necesario examinar los artículos de la constitución política, y las sentencias de la Corte Constitucional colombiana en materia de garantizar los derechos, principios y garantías de las comunidades indígenas, analizar la teoría de Derechos como Desarrollo de cara a la Teoría de las Corrientes Múltiples, a fin de verificar la aplicabilidad de los principios de inclusión, participación y exigibilidad de los derechos, evaluar la eficacia de las políticas públicas en materia de garantía de los principios y derechos de las comunidades indígenas, en concreto tratándose de la etnia Wayuú, teniendo en cuenta mecanismos como la consulta previa e indicadores de medición desde la teoría de Derechos como Desarrollo y dilucidar los cimientos conceptuales para la creación de una ley que ampare los derechos como desarrollo de las comunidades

¹⁶ “(...) la Constitución colombiana de 1991 “trajo grandes avances en la protección de los derechos de miembros de pueblos y comunidades indígenas, pero sólo se vio desarrollada mediante la garantía y efectividad de esos derechos por parte del órgano encargado de protegerlos, la Corte Constitucional”. El estudio de la jurisprudencia constitucional en materia indígena en Colombia se vuelve, por lo tanto, indispensable para dilucidar el sentido que el conjunto de la sociedad colombiana le está dando a la protección de los derechos de las comunidades originarias y tradicionales”. (Barrios, Juan, Derecho Constitucional, Derecho Interamericano y Derechos Indígenas. Avances y Frustraciones, Visión renacer editores, 2007).

¹⁷ Habermas Entiende el concepto de identidad como: aquellos rasgos y valores culturales compartidos por las comunidades que no vienen establecidos de antemano, sino, contruidos en los diversos procesos de interacción social. En su texto de la constelación posnacional, continúa manteniendo la misma idea. En él establece que la identidad de los miembros de un grupo concreto o de una sociedad se hacen y no se encuentran hechos. (Identidades nacionales y posnacionales. España: Tecnos.2000, Pág. 34).

indígenas en Colombia.

De tal manera que esta investigación puede ser catalogada como una investigación teórica descriptiva y se desarrollará bajo un enfoque cualitativo. Esta es una investigación exploratoria que está fundamentada en la hermenéutica y análisis de fuentes secundarias como libros académicos, revistas científicas, la Constitución Política, la jurisprudencia y la ley.

2. PLURALISMO, MULTICULTURALISMO Y SU RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 EN LA JURISDICCION ESPECIAL INDÍGENA.

El principio fundamental constitucional del pluralismo, introducido en la nueva Carta Política de los colombianos, se vio reflejado entre otras intervenciones, en la del líder indígena Lorenzo Muelas, al hablar en su lengua materna, El Guámbiano, en la apertura de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991: *“Moype namuy wantrawa, ñimuy na maya nukucha waminda moirun, truy wam mana mersrage, truguri napa y ñimpa pegueleguinnatan¹⁸”* En castellano continuó: *“Aquí y ahora hablé a ustedes en mi lengua. Podría seguir hablando muy largo, pero ustedes no me entenderían. Si ustedes no me han entendido, si no han comprendido lo que dije, eso prueba que somos diferentes.”*

No hacer acepción de personas o distinción de individuos, es el resultado de reconocer la existencia del otro como sujeto con derechos, es decir, concebir desde la coexistencia en sociedad de individuos diferentes cuyos derechos no pueden ser menoscabados en razón de ello y aceptar al semejante tal y como es. Es permitírnos ser conscientes que somos iguales como seres humanos y que cualquier asomo de discriminación debe ser rechazado, fundado en el rol de igualdad que nos antecede espiritual y legalmente y en el principio de justicia como último fin del derecho.

Si bien, las minorías étnicas, han estado históricamente relegadas, la doctrina nacional y foránea y la amplia discusión académica demandaba, el reconocimiento de la existencia de nuestros habitantes indígenas, y de sus derechos, en respeto por la permanencia de su medio cultural y ancestralidad.

Blanco (2008), que “la principal aspiración que los indígenas llevaron a la Constituyente fue la consagración del carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano, como una realidad ineludible”; si bien no estamos del todo de acuerdo con esta aseveración, por cuanto los indígenas tenían mucho más que un anhelo de reconocimiento multiétnico, se buscaba el reconocimiento de sus derechos sobre el territorio y justicia ancestral, y la apertura de espacios para su participación política y social, entre otros temas, el reconocimiento del carácter multiétnico de la nación, a través de la Constitución Política de 1991, traería consigo una serie de derechos de los grupos étnicos nacionales, los cuales se desarrollarían en un régimen legal especial, así mismo,

¹⁸ (Palabras en Guámbiano, en la apertura de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 en Colombia) Luis Carlos Castillo Gómez. EL ESTADO-NACIÓN PLURIÉTNICO Y MULTICULTURAL COLOMBIANO: LA LUCHA POR EL TERRITORIO EN LA REIMAGINACIÓN DE LA NACIÓN Y LA REINVENCIÓN DE LA IDENTIDAD ÉTNICA DE NEGROS E INDÍGENAS.

la imperiosa necesidad de abrir canales de participación política a estas comunidades, llevó a la creación de circunscripción electoral especial para grupos étnicos y minorías políticas, y el reconocimiento de los territorios de los grupos étnicos como entidades territoriales con autonomía política, administrativa y presupuestal.(p. 23).

En la introducción de su investigación, Blanco toma como referente cronológico la década de los 80 del siglo pasado para establecer una definición de multiculturalismo, aduciéndose que fue la presión ejercida por la Comunidad Internacional, a partir de la masacre judía durante la segunda guerra mundial, y la coadyuvancia de otros organismos internacionales, quienes, reivindicando el valor de la tolerancia a la diferencia y otros derechos y principios, del ser humano, acrecentaron el concepto.

El multiculturalismo encarna, en definitiva, un nuevo planteamiento de la relación entre cultura/sociedad y política, que se separa abiertamente de la tradición liberal clásica, la cual hacía abstracción de la diversidad cultural, étnica o religiosa de los individuos en su construcción teórica, y práctica, del orden político. No debe confundirse patriotismo constitucional¹⁹ con multiculturalismo, pues mientras el primero es entendido como expresión de esa larga tradición del pensamiento y de la práctica política, que ve, en la afirmación y garantía de los derechos del individuo, un ámbito accesible a todos los seres humanos, el multiculturalismo sin embargo, mantiene que ese ámbito es insuficiente, pues las diferencias culturales, en cuanto tales, tienen que tener asimismo acogidas y ser reconocidas en el ámbito público.

Es importante recalcar la diferencia entre pluralismo y multiculturalismo, términos que no pueden entenderse como sinónimos, más allá de esa interpretación errada, esos conceptos, aunque pueden eventualmente llegar a tener puntos de convergencia, son totalmente diferentes.

Mientras según Hernández (2007), el multiculturalismo puede ser entendido como el fenómeno que señala la existencia y convivencia de varios grupos culturales en un territorio en una situación o bien dentro de un mismo Estado. (p. 431).

Podemos decir, a partir de los planteamientos de De Lucas (2009), que el pluralismo, por su parte, corresponde más a un principio democrático y valor constitucional que tiene que ver con el modo en el cual la democracia afronta la

¹⁹ Habermas desarrolló y difundió ampliamente el concepto de patriotismo constitucional en los años 80, del siglo pasado, y lo convirtió en un centro de identidad postnacional, afirmando que las ideas de los valores y derechos humanos universales son la "materia dura en la que se refractan los rayos de las tradiciones nacionales- del lenguaje, la literatura y la historia- de la propia nación" (J. Habermas, Identidades nacionales y postnacionales, Madrid, 1989, p. 102).

diversidad, de tal forma que más que la existencia de múltiples culturas, el pluralismo como valor posibilita la existencia de una sociedad democrática, cuando ésta se enfrenta al reto del multiculturalismo. (p. 1-3).

¿Hasta dónde entonces la pertenencia cultural debe ser protegido por el Estado colombiano fundado en el concepto constitucional de pluralismo como valor, principio o un derecho que debe ser garantizado y demás normas concordantes y teniendo en cuenta el concepto de multiculturalidad, no solo desde la rama ejecutiva sino desde la Corte Constitucional como guarda de la carta política?

La respuesta sería entonces, que en el deber ser, es un absoluto funcional y estatal proteger la pertenencia cultural del principio del pluralismo, pues al analizar el preámbulo de nuestra carta política cuando dice que tiene como fin:

“...fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. (Constitución Política de 1991²⁰).

Tendríamos que afirmar que dentro de los valores y principios constitucionales descritos existe un reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural, al mismo tiempo que crea un deber del Estado para la protección de esta diversidad.

Hay que decir en este punto, que no basta la existencia de múltiples etnias y culturas, es necesario que las mismas sean reconocidas y en virtud de tal conciencia del carácter multiétnico y diverso, el Estado ejerza su deber de velar por la garantía de respeto y protección a los derechos para la coexistencia pacífica con tales diferencias, pero aún mas allá, para la existencia digna, permanencia y desarrollo de las mismas.

Esta aclaración se hace, por cuanto el reconocimiento no es automático, en el caso colombiano, este reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, llegó con la Constitución de 1991.

²⁰ Ver: CENTRO DE DOCUMENTACION JUDICIAL (DENDOJ) CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991** actualizada con los Actos Legislativos hasta 2010. Pág. 11. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>

Al definirse a la Nación Colombiana como un Estado Social de Derecho, descentralizado, democrático, participativo, pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, y la prevalencia del interés general; y regular como fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios constitucionales, derechos y deberes, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política administrativa y cultural de la Nación, al estar obligado el Estado al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, ello no significa otra cosa que Colombia es pluricultural, plurinacional y multicultural.²¹

La exclusión, sería un elemento de debilitamiento de la unidad nacional, contrario al concepto de Nación²² y por ende al fortalecimiento de la misma, a partir de la cual, al no reconocer nuestros valores, principios, derechos y garantías, se ignoran los procesos de lucha a través de la historia y se olvida por ejemplo, el papel fundamental de los pueblos rurales del Caribe colombiano en medio de las gestas de independencia y construcción de Nación.²³

Tampoco entenderíamos como pretender comprometernos con impulsar la comunidad latinoamericana y del Caribe al unisonó con el principio fundamental de las relaciones exteriores del Estado, si aún nosotros como Nación estuviéramos, o será mejor decir, estamos divididos, hiciéramos, o mejor, hacemos exclusión y mantuviéramos, o mejor, mantenemos una debilidad como nación. Al respecto se hace imprescindible modificar nuestro preámbulo, que no obstante su fuerza normativa, se ha quedado

²¹ Constitución política de Colombia, 1991.

²² Se aclara que para este caso no nos referimos a la nación desde su ámbito o acepción política como sujeto en el cual reside la soberanía, sino más bien, se hace referencia a la nación en su acepción cultural, es decir, como concepto socio-ideológico, esto es, como una comunidad humana con características culturales comunes, a las que dota de un sentido.

²³“(…) Tercero, no parece nada convincente la idea de que los indios como tales eran realistas y enemigos de los criollos. Hubo de todo, y poco sabemos del origen concreto de sus actitudes políticas. Por ejemplo, uno de los pocos pueblos que enfrentó con resistencia heroica a los ejércitos de Morillo fue el de los indios de malambo, una pequeña población a orillas del Magdalena. Casi todos murieron defendiendo la independencia...” ¿Cómo pudo surgir entonces un solo estado-nación en 1831, en medio de concepciones tan diversas? Por supuesto, no como el resultado de “una comunidad imaginada”, sino como el simple y llano resultado de la fuerza. Los ejércitos estaban ahora en manos de las élites andinas y éstas, finalmente, impusieron su gobierno. Inventar la nación colombiana costó muchas guerras. Porque la guerra, además de su función profundamente aniquiladora, fue el mejor instrumento para que masas de campesinos de tierra fría, convertidos en soldados, descubrieran y empezaran a sentirse como suyo el mundo Caribe; y viceversa, para que los costeños aprendieran a sentir como suyo también aquel otro lado de la patria...” El proyecto de construir la nación sigue siendo todavía una realidad inconclusa, atravesada por toda clase de conflictos culturales. Lo mucho lo poco que se ha avanzado en este camino no ha sido sólo el resultado de “la comunidad imaginada de las élites”, sino del encuentro conflictivo y muchas veces caótico de distintos proyectos en los cuales los subordinados han cumplido un papel, aunque ignorado, decisivo. “El fracaso de la nación. Alfonso Múnera Cavadía. Editorial Planeta Colombiana S.A, 2008, p. 227, 228,229., Bogotá.

rezagada históricamente relacionado con las reivindicaciones latinoamericanas²⁴ de pluralismo y multiculturalismo.

De tal manera que el reconocimiento de la multiculturalidad y multiétnica, y la consagración del principio del pluralismo, demanda la inclusión de los pueblos indígenas quienes tienen derecho a tener representación política en las decisiones nacionales, regionales y locales.

Panoramas como la representación de indígenas colombianos en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y su participación activa en el Congreso de la República, nos ha permitido evidenciar como esa representación les ha permitido pasar de la concepción ideológica errada de ser residuos en extinción y, por el contrario, pasar a ser percibidos como sujetos de derechos así individualmente reconocidos, pero a su vez, como sujetos de derechos como colectivo étnico y cultural. De allí, la importancia de que exista una participación política activa de los pueblos indígenas a través de sus representantes, en las esferas de decisión, esta participación política activa, depende en gran medida de que exista una representación proporcional de las minorías indígenas respecto a la representación de las mayorías.

En descripción de Will Kymlicka, una manera de reformar el proceso para que los indígenas en Colombia mantengan una representación proporcional es garantizar un número determinado de curules o asientos políticos a los representantes indígenas y hacer que los partidos políticos sean más inclusivos, socavando las barreras que inhiben a las mujeres, a las minorías étnicas, o a los pobres, a convertirse en candidatos o dirigentes del partido

(...) la idea de que debería reservarse determinado número de escaños en el legislativo a los miembros de los grupos desfavorecidos o marginados despierta cada vez mayor interés. Por ejemplo en Canadá, durante el debate acerca del Acuerdo de Charlottetown se hicieron diversas recomendaciones encaminadas a garantizar la representación, de las mujeres, de las minorías étnicas, de las minorías con lengua oficial y de los aborígenes.²⁵ (Will Kymlicka, 1996, p 54).

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991 se ha producido un cambio fundamental de concepción en la doctrina jurídica y en la ciencia política, sobre

²⁴ www.xing.com/net/./asamblea-constituyente-de-bolivia.

²⁵ Kymlicka Will. Ciudadanía Multicultural. Ediciones Paidós, ibérica, S.A, p.54. 1996. Barcelona.

derechos de las comunidades indígenas. En la Constitución Colombiana se manifiesta claramente este cambio, cuyas implicaciones empiezan a tener una trascendencia que sobrepasa el ámbito estrictamente jurídico. La existencia en el país de 81 grupos étnicos que hablan 64 lenguas diferentes y que representan una población de aproximadamente 450 mil indígenas es un reflejo de la diversidad étnica del país y de su inapreciable riqueza cultural.

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural supone la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.

2.1 DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA EN COLOMBIA.

2.1.1 Desarrollo Normativo

A continuación, se describe el desarrollo normativo y jurisprudencial que permitió el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena para mostrar con mayor objetividad cual es el compromiso que tiene la gobernabilidad frente a las comunidades indígenas. Para tales efectos tendremos en cuenta la Constitución de 1991, los convenios internacionales, la ley, los proyectos de ley y el trabajo judicial realizado por parte de la Corte Constitucional. Iniciaremos este recorrido desde la ley 89 de 1890 y las leyes 57 y 153 de 1887, hasta llegar a las fuentes de derecho más recientes en dicha materia.

La re-significación y el reconocimiento de las etnias indígenas, ha sido una lucha continua y desenfrenada, cuyas raíces culturales, sociológicas y antropológicas están estrechamente ligadas con el descubrimiento de América de 1492. La llegada de los españoles implicó la súper posición de una cultura sobre otra, el dominio del imaginario europeo y un agravio histórico que negó las instituciones procesales y los significantes legales propios de las comunidades indígenas.

En este sentido unas de las luchas más preeminentes, ha sido la integración de estos pueblos con el sistema judicial nacional y con la sociedad en general. Evidencia de esto, se encuentra en que la Ley 89 de 1890, en su tenor señala que:

“La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la

autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas”.(ley 89 de 1980)²⁶

Las relaciones de poder en este contexto difieren mucho de las actuales, en cuanto a que los indígenas ya no se les trata como salvajes o sociedades incipientes, sino que tardíamente producto del trabajo de la Corte Constitucional el lenguaje ha adoptado la dimensión por respeto a la alteridad y hoy la mayor reivindicación es que se les acepta su participación en la vida legislativa del país.

No obstante, la opresión de una civilización sobre otra no termina en el contexto legal, sino que se desborda al ámbito de la cultura y de la religiosidad. El poder de la iglesia se ve claramente determinado en las leyes 57 y 153 de 1887, por medio de las cuales se les impuso a los pueblos indígenas quedar exclusivamente bajo el mando de la “Santa Iglesia” y de las formas desnaturalizadas de evangelización, es decir se les obligo a creer y aceptar a un Dios ajeno y profano para sus comunidades. Y por el otro se les vulneró los derechos patrimoniales, que quedaron cobijados en la ley 5 de 1905 y 104 de 1919.

Las anteriores fueron las prerrogativas más sobresalientes en materia de jurisdicción indígena, regladas a partir de la Constitución de 1886. Al respecto, Botero (2007) refiere que la verdadera lucha está suscrita con la necesaria aclaración de comprenderlos como verdaderos titulares de derechos fundamentales colectivos y de derechos no fundamentales, o lo que es lo mismo, como titulares tanto de derechos de segunda y tercera generación (derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de solidaridad), como de derechos de primera generación, razón por la cual las reivindicaciones indígenas apuntaban a su reconocimiento constitucional, como primer ejercicio del derecho a la autodeterminación²⁷.

Con el paso del tiempo y la llegada de la Asamblea Nacional Constituyente se afianzó lo que se podría decir el inicio de los movimientos étnicos colombianos que tuvieron como representantes a Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, quienes marcaron la diferencia por el reconocimiento político que se le dio a las minorías

²⁶ Congreso de Colombia. LEY 89 DE 1890, (25 de noviembre) Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. Dada en Bogotá, a diez y seis de noviembre de mil ochocientos noventa. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4920> consultado el 10 de noviembre de 2018.

²⁷ Sánchez Botero, E. (2007). *Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia* (Segunda Edición ed.). pág. 78. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

étnicas. La representación de estos constituyentes marco un gran paso a la vida indígena puesto que parte del pueblo colombiano y esto implica consecuencias en materia de ordenamiento territorial, de participación política y de garantías de derechos de las colectividades indígenas, pues al momento de la creación de la constitución del 91, los pueblos indígenas reclamaban por medio de sus delegatarios, la falta de reconocimiento de su soberanía como pueblo.

Ahora bien, la Constitución de 1991, al tener un carácter democrático, participativo y pluralista, posibilitó la integración de las comunidades indígenas y de otros sectores de la sociedad. Muestra de ellos son los principios y derechos consagrados en los siguientes artículos 1, 7²⁸, 8, 10, 13, 63, 70, 72, 96, 171,176, 246, 286²⁹, 287³⁰,329, 330³¹ en cada uno de los cuales se expresa claramente normas que reivindican a los pueblos indígenas. Hasta se llega a la idea que para que ellos puedan tener una autonomía y una libre determinación como primer punto, es necesario tener en cuenta el reconocimiento del territorio indígena, y en consonancia con esto se habla de la participación de las comunidades indígenas en la vida política y la jurisdicción especial indígena, pero en realidad, ¿se está siendo consecuente con la reivindicación de los pueblos indígenas al supeditar sus derechos al reconocimiento de su pertenencia a un territorio indígena?

Se consideraría que no, por cuanto el Estado colombiano desconoce la existencia de indígenas que se identifican como miembros de etnias específicas y que por diversas circunstancias no habitan en resguardos, es decir no poseen un territorio, muchos de ellos desplazados con ocasión de las olas de violencia que ha sufrido el país a lo largo de los años y los procesos de explotación de recursos que han llevado a la dispersión de las comunidades, es decir, se da solo relevancia al reconocimiento del Estado dejando de lado el carácter el auto reconocimiento de los indígenas, esto es, el derecho individual a su identidad étnica y cultural. Según la Comisión Nacional de

²⁸ Artículo 7° establece la diversidad étnica y cultural como principio rector del Estado colombiano.

²⁹ 63 y 329 de la Constitución establecen que las tierras de los Resguardos indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables y que son propiedad privada colectiva de las comunidades indígenas, a partir de los cuales se puede vislumbrar la influencia de

los constituyentes indígenas en materia de autonomía territorial Tomado de Osorio Rendón, L. C., & Salazar González, F. (2006). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá: Fundación Hemera.

³⁰ El artículo 286 de la Constitución Política (C.P.) da el carácter de entidades territoriales a los territorios indígenas.

³¹ Artículo 287 de la C.P., a su vez establece que “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de la constitución y la ley”. En tal virtud tendrán derecho a Gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

Derechos Humanos de México:

El derecho a la identidad de la persona y su protección son uno de los ejes sobre los cuales giran los demás derechos que, en conjunto, definen a la persona humana; guarda un vínculo estrecho con los derechos siguientes: a no ser discriminado, a la salud, a la intimidad, a una vida digna y a tener sus propias creencias religiosas, de pensamiento y de opinión, entre otros. (CNDH, 2016, p.6)

No obstante, frente a este tema la Corte Constitucional considera que la protección a la identidad étnica busca salvaguardar la identidad del grupo, y de allí que se le otorgue reconocimiento solo a los indígenas que viven en los resguardos o territorios de la comunidad, posición de la cual discrepamos conforme a lo expuesto en líneas anteriores.

Continuando con la jerarquía normativa, es el Convenio 169 de 1989 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Este instrumento contiene el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas como la autonomía, el territorio, la consulta previa, salud, educación, y trabajo. Entre los derechos reconocidos por el Convenio, en el artículo 84 se consagra la obligación de los Estados de tomar en cuenta y favorecer la conservación de sus costumbres o su derecho consuetudinario y sus instituciones propias. El artículo 95 establece la obligación de respetar los métodos a los que los pueblos Indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Por su parte el artículo 106 obliga a los Estados a que, cuando se impongan penas a los indígenas, sean tomados en cuenta sus aspectos sociales y culturales³².

Estos derechos como la autonomía, el territorio, la consulta han sido acogidos por la legislación nacional, de un lado, en relación a la Jurisdicción Especial Indígena, uno de los instrumentos legales que hacen referencia a esta, es la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia³³), la cual en su artículo 12 dispone:

³² Arbeláez de Tobón, Lucia, *La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*, Edit. Concejo superior de la judicatura colombiano. Guatemala 2004.

³³ Las leyes estatutarias están principalmente instituidas para la regulación y protección de los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia, se trata de leyes especiales que deben aprobarse por mayoría absoluta en las cámaras; son de exclusiva expedición por el Congreso y durante una misma legislatura; son revisadas por la Corte Constitucional, organismo que ejerce sobre estas leyes un control

"...Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones Jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas..." (ley 270 de 1996)³⁴

De igual forma, en el artículo 21 del Decreto 2164 en lo referente al territorio:

"Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio." (Decreto 2164 de 1995).³⁵

Frente a lo anterior, Arbelaez (2004) señala que el resguardo no es la única forma de territorialidad indígena, pues varios pueblos indígenas no cuentan todavía con el reconocimiento de la totalidad de sus territorios y otros tantos han sido despojados de los mismos, sin embargo, los resguardos tienen una connotación particular en materia de Jurisdicción Especial al tratarse de territorios en los cuales la comunidad tiene derecho de auto-determinarse (p.14).

En cuanto al derecho a la consulta, se encuentra el Decreto 1320 de 1998, el cual fue expedido por el gobierno nacional para reglamentar la consulta previa en

previo de constitucionalidad, la ley 270 de 1996 tiene tal connotación, como quiera que ella regula el derecho y deber de la Administración de Justicia, consagrado en la Constitución Política de 1991.

³⁴ Congreso de Colombia. Ley 270 de 1996, ley Estatutaria de Justicia. Marzo 7. Diario oficial 42.745 del 15 de marzo de 1996.

<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%20270%20de%207%20de%20marzo%20de%201996.pdf>

³⁵ DECRETO 2164 DE 1995 (diciembre 7) Diario Oficial No 42.140, del 7 de diciembre de 1995.

http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Decreto_2164_de_1995.pdf consultado el 12 de noviembre de 2018.

materia de explotación de recursos naturales³⁶ y que ha sufrido algunas vicisitudes. La Corte Constitucional se ha pronunciado frente al mismo y así, por ejemplo, en sentencia T-652 de 1998³⁷, suspendió la aplicación del mismo, cuando analizó el proceso de consulta con las comunidades indígenas Embera Katio del Alto Sinú, que hacían frente a la construcción y operación de una presa hidroeléctrica en su territorio ancestral, porque consideró que la aplicación del mismo resultaba a todas luces inconstitucional.

A continuación, se ilustra, en resumen, las principales disposiciones legales que han desarrollado Colombia de manera histórica en torno a la regulación de la Jurisdicción Especial Indígena y que fueron tratadas en líneas precedentes:

Tabla 01 - Resumen de normas en materia de Jurisdicción Especial Indígena

Ley 89 de 1890	Establece que la legislación general de la República no regía entre los pueblos aborígenes a quienes denominaba "salvajes" y frente a los que iban reduciéndose a la vida "civilizada" su orden legal era el determinado por el Gobierno y las autoridades eclesiásticas.
Leyes 57 y 153 de 1887	Se impuso a los pueblos el mandato de la Iglesia y la evangelización como medio para imponer las creencias católicas.
Ley 5 de 1905 y 104 de 1919	Reivindican derechos patrimoniales de los resguardos indígenas, ratifica la legalidad de la venta de los resguardos efectuados en subasta pública y los derechos de los rematadores, ratificó la división de los resguardos.
Ley 21 de 1991.	Aprueba el Convenio 169 de 1989 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, contiene el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas como la autonomía, el territorio, la consulta previa, salud, educación, y trabajo.
Ley 270 de 1996	Expresa la facultad de las autoridades de los territorios indígenas de ejercer sus funciones Jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes.
Decreto 1320 de 1998	Expedido por el gobierno nacional para reglamentar la consulta previa en materia de explotación de recursos naturales.

Fuente: elaborado por el autor.

³⁶ Ver: DECRETO 1320 DE 1998 (julio 13) Diario Oficial No 43.340, del 15 de julio de 1998. <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/decreto-1320-98-consulta-previa.pdf> consultado el 10 de julio de 2018.

³⁷ Corte Constitucional T 652 de 1998. Referencia: Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Santafé de Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm> consultado el 15 de diciembre de 2018.

Como se observa, es poco el desarrollo legal que ha tenido Colombia en materia de regular la Jurisdicción Especial, omisión frente a la cual, si bien la Corte Constitucional no llena los vacíos existentes, al menos se ha dedicado a realizar a través de diversas sentencias, un análisis de cada caso concreto respecto a los derechos de los pueblos indígenas, ese desarrollo jurisprudencial se expone a continuación:

2.1.2 Desarrollo Jurisprudencial

Al interior del estudio jurisprudencial de algunas de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema de investigación, hacemos una introducción sobre su importancia, la mención de las normas demandadas y la descripción de la decisión final de la corporación, dejando para el análisis del próximo capítulo las conclusiones de cierre, dando cuenta de la eficacia del contenido de dichas sentencias respecto de los principios, valores y derechos de los pueblos indígenas.

Sentencia madre: C - 139/96³⁸.

El eje jurisprudencial que se convierte por su naturaleza jurídica en sentencia madre del proceso de reivindicación de principios, valores y garantías de la Jurisdicción Indígena de Colombia, la encontramos en la sentencia C -139 de 1996, que declaró inexecutable los artículos 1, 5 y 40 de la ley 89 de 1890³⁹, estableciendo cuatro

³⁸ Inexecutable los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. Puesto que El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Corte Constitucional. Sentencia C 139 de 1996. Ref.: Expediente No. D-1080. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, Acta No. 18. Santafé de Bogotá, D.C., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y seis (1996). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>

³⁹ Ley 89 de 1890, Artículo 1º. INEXEQUIBLE. La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas. [Corte Constitucional Sentencia C-139 de 1996](#), Artículo. 5º. INEXEQUIBLE. Las faltas que cometieron los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto. [Corte Constitucional Sentencia C-139 de 1996](#), Artículo 40. INEXEQUIBLE. Los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de los menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintiún años; debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obtenido el permiso, la venta se hará en pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial. Serán nulas y de ningún valor las ventas que se hicieren en contravención a lo dispuesto en este artículo, así como las hipotecas que afecten terrenos de resguardo, aun hecha la partición de éstos. [Corte Constitucional Sentencia C-139 de 1996](#).

elementos centrales de la Jurisdicción Indígena en nuestro ordenamiento constitucional. Estos elementos son: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción con el sistema judicial nacional.

También se abordó en esta sentencia el tema del reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Indígena, el conflicto de principios, diversidad étnica y cultural frente a la unidad política y protección de los derechos fundamentales, la necesidad de un paradigma interpretativo fundado en la equidad en los casos relativos a la diversidad étnica y cultural, y la constitucionalidad de los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. Puesto que los demandantes consideran que estas normas violan los artículos 1, 2, 5, 8, 13, 15, 21, 98, 116, 121, 209 y 246 de la Constitución Política.

Sentencia C-418 de 2002⁴⁰.

Tal como es reconocido, nuestro país cuenta con una gran diversidad de recursos naturales que yacen en los distintos territorios indígenas, razón por la cual, en Colombia, se había venido trabajando en la implementación de un régimen legal de participación, protección y respeto de explotación en suelo y subsuelos de estas comunidades indígenas. Precisamente, la Corte constitucional, en sentencia C 418 de 2002, entró a analizar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Juan Manuel Urueta Rojas, contra el artículo 122 (parcial) de la Ley 685 de 2001, en la cual se argumenta, que la mencionada ley desconoce los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, según el actor, la norma vulnera el derecho que tienen las minorías étnicas para determinar, en concierto con la administración, las zonas dentro de sus territorios que deben tener la calificación de zonas mineras, como quiera que en ella se establece que es el Ministerio de Minas y Energía -autoridad minera- el que señalará y delimitará unilateralmente dichas áreas dentro del territorio indígena.⁴¹

Lo anterior frente a la participación de las comunidades indígenas, en la explotación de recursos naturales en sus territorios previa autorización estatal, pues deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas son dignas de protección

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 418 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil dos (2002). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-418-02.htm>

⁴¹ Ciudadano: Juan Manuel Urueta Rojas.

especial.

En el sustento de su tesis, el actor argumenta, que las normas demandadas no tienen en cuenta la diversidad de criterios que pueden existir entre la administración y los indígenas al momento de delimitar las zonas mineras de las que trata la norma, desconociendo que la Constitución de 1991 en su artículo primero tiene como uno de sus principales postulados el pluralismo entendido como "una tolerancia hacia lo diverso dentro de la unidad nacional", lo cual implica, para el caso concreto, el reconocimiento de derechos y privilegios a las minorías étnicas con el fin de preservar su existencia. Añadiendo que, dentro de las garantías otorgadas por el constituyente a los pueblos indígenas, se encuentra la Consulta Previa sobre decisiones importantes que afecten a estas poblaciones.

En las consideraciones, la Corte Constitucional, actuando en aparente defensa del pluralismo, derecho a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, introducidas en el marco de la Constitución de 1991, argumentó, para el presente caso, que es necesario armonizar los intereses generales del Estado, titular del subsuelo y propietario de los recursos que se encuentren en él, con los intereses de las comunidades indígenas que también son intereses generales de la comunidad colombiana, pues la misma carta reconoce y protege el multiculturalismo que es expresión de pluralismo étnico. Armonización que, según su criterio, solo puede lograrse con la intervención de las autoridades administrativas, atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las mismas comunidades indígenas.

Concretamente, la corte definió⁴², que la intervención de las autoridades administrativas en la decisión o no, de la explotación de los recursos naturales, se justifica, en el sentido de que así, se puede asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, y se puede asegurar su subsistencia como grupos humano.

No obstante, no estamos de acuerdo con la decisión de la Corte partiendo de que el reconocimiento de la autodeterminación y pertenencia del territorio de los pueblos indígenas demanda el respeto por parte del Estado sobre todas las decisiones que los afectan de manera directa o indirecta y sobre todo de aquellas que tienen que ver con sus territorios, así mismo, por cuanto como fundamentos o aspectos a tener en

⁴² Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 "Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones" bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

cuenta para proferir el fallo, no se tuvo la intervención de las comunidades indígenas quienes no fueron llamadas a manifestar su posición frente al tema, basándose entonces la Corte en las intervenciones de terceros para proferir la sentencia.

Sentencia T - 379 de 2003⁴³.

Con la Constitución de 1991 se introdujo y se le reconoció a las comunidades indígenas, el derecho o el principio a la autonomía, es decir la garantía de que puedan autogobernarse o auto determinarse en el curso de sus vidas, y es precisamente en la sentencia T 379/03 que la Corte Constitucional entró a resolver la Tutela interpuesta por Álvaro Eugenio Tupaz Cabrera, quien en calidad del Gobernador del Cabildo Indígena de Pastas, interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Aldana (Nariño), por creer que con su actuación esta autoridad había vulnerado los derechos fundamentales de petición, debido proceso, defensa, vida digna, integridad étnica, libre autodeterminación, salud e igualdad. El accionante toma como fundamento el artículo 17 de la Ley 691 de 2001, en el cual habilita a dichas comunidades para escoger la institución administradora de los recursos del sistema subsidiado en salud a través de la forma que ellas determinen.

En las consideraciones, la Corte reconoció la independencia y la autonomía de los miembros que conforman las comunidad indígena además de aceptarlos como verdaderos sujetos de derechos fundamentales dado que en el marco de nuestra Constitución se les garantizó el principio de diversidad étnica y cultural otorgándole un estatus especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales, y conforme a lo dispuesto en la Constitución y la ley. Esta autonomía les confiere a dichas comunidades el derecho de gobernarse por autoridades propias, según sus usos y

⁴³ Acción de tutela instaurada por Alvaro Eugenio Tupaz Cabrera, Gobernador del Cabildo Indígena de Pastas, contra la Alcaldía Municipal de Aldana (Nariño). Se resuelve: "Primero. REVOCAR los fallos adoptados por los juzgados Promiscuo Municipal de Aldana (Nariño) y Promiscuo de Familia de Ipiales (Nariño), CONCEDER el amparo demandado para proteger los derechos fundamentales a la autonomía, identidad e integridad étnicas de la comunidad indígena de Pastas. En consecuencia, se ORDENA a la alcaldía municipal de Aldana Nariño que proceda a celebrar el contrato de régimen subsidiado con la ARS GUAITARÁ, Segundo. PREVENIR al alcalde municipal de Aldana (Nariño) para que adopte las medidas e imparta las instrucciones necesarias con el fin de evitar que nuevamente incurra en conductas como la censurada en esta Sentencia". Corte Constitucional. Sentencia T 379 de 2003. Referencia: expediente T-620511. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil tres (2003). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-379-03.htm>

costumbres, otorgándoles la existencia de una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes, y también les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, entre otras consecuencias.

Sentencia C- 617 de 2010⁴⁴.

En esta sentencia, la Corte Constitucional analizó la Acción de Tutela interpuesta por el Sr. Silvio Antonio Lagos Tovar, actuando en calidad de gobernador y representante legal del cabildo indígena de Túquerres, en el cual se estudió el derecho a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas.

Entre sus consideraciones, la Corte reconoció el hecho de que la competencia para conocer un proceso, concretamente, de la solución de un conflicto, corresponde a las autoridades tradicionales del resguardo donde se suscite, ya que, según lo dispuesto en la Constitución de 1991, a las comunidades indígenas se les garantizará el derecho al debido proceso y al juez natural dentro del marco del derecho que tienen los mismos a la diversidad cultural. Además, y partiendo del marco normativo de la diversidad étnica y cultural que se introdujo con nuestra Constitución de 1991, la Corte reitero lo que en otra jurisprudencia había expresado, pues formuló un enfoque de *respeto por la diferencia y promoción de la autonomía* de los pueblos aborígenes, garantizando algunos derechos o principios inherentes a su condición de comunidades especiales, como la *consulta previa* y el *territorio colectivo*, entre otros.

Para la solución del problema jurídico planteado, tuvo como fundamento las disposiciones relativas a los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas y, en alguna medida, las que se refieren a la protección del territorio colectivo de los pueblos aborígenes.

Sentencia C- 366/11⁴⁵.

⁴⁴ En esta sentencia, la Corte Constitucional decidió Conceder el amparo a los derechos constitucionales a la autonomía jurisdiccional de la comunidad de Túquerres y al debido proceso, en la dimensión del juez natural de 'Mario'. Corte Constitucional Sentencia C 617 de 2010. Referencia: expediente T-2.433.989. Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010). Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>

⁴⁵ Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas."

En este fallo se resolvió, entre otros: "...Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, "por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas". Segundo. - Diferir los efectos de la inexequibilidad declarada

La Corte Constitucional ha tratado de defender el territorio indígena como lo demuestra en la sentencia C 366/11 en la que los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Astrid Orjuela Ruiz y Mateo Gómez Vásquez, instauraron demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1382 de 2010, *“Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”* en la que se ve claramente que la Ley 1382 de 2010, en su integridad, es inexecutable como quiera que viola los artículos 2, 7, 40 y 330 de la Constitución, por lo que la Corte concluyó que la Ley objeto de examen es inconstitucional al haber desconocido el requisito de Consulta Previa a las comunidades indígenas y afro descendientes; y este vicio no resulta subsanable a través de ninguna de las vías previstas por la jurisprudencia aplicable, lo que implica la expulsión de dicha normatividad del ordenamiento jurídico.

2.2 ANALISIS DE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA

Históricamente, los tribunales constitucionales han sido constituidos con la idea de servir como legisladores negativos, encargados de eliminar aquellas normas que, según sus criterios, afecten o ataquen los preceptos de las cartas fundamentales. Sin embargo, conforme expone Fernández (1998), en la actualidad es muy frecuente comprobar cómo, en lugar de estar controlando la constitucionalidad, están concentrándose con mayor frecuencia, en controlar la ausencia de leyes o las omisiones legislativas, que se presentan cuando el legislador no cumple su obligación constitucional de crear leyes o cuando estas ha sido promulgadas de manera incompleta o discriminatoria.(p. 33 y 114).

Al llevar a cabo esta tarea, el juez constitucional, en muchos casos, asume el papel de colaborador o ayudante del legislador, dándole vida a normas que derivan de la Constitución propias del órgano legislativo, asumiendo así, un papel de Legislador Positivo.⁴⁶

por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia...” Corte Constitucional. Sentencia C366 de 2011. Referencia.: expediente D-8250. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil once (2011). Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>

⁴⁶ “La jurisprudencia integradora, sostuvo la corte, deben entenderse como “la constitución misma, porque la es la integración que hace el supremo guardián de la constitución para llenar un vacío normativo” Bernal Carlos, El derecho de los derechos, precedente constitucional pág. 35, 2008.

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana al emitir ciertas sentencias, básicamente de tipos interpretativas y aditivas, ejerce la llamada función legislativa positiva, de llenar los vacíos e incertidumbres que deja la actividad legislativa (Olano, 2004). En el contexto internacional, los tribunales constitucionales han tratado de llenar los vacíos legislativos mediante distintas acciones de amparo o de protección constitucional de los derechos fundamentales. (Härtel, 2010).

En el caso particular de las comunidades históricamente marginadas, como las poblaciones afro - descendientes, la Corte Constitucional colombiana mediante sentencias hizo explícito lo estipulado en la Ley 70 de 1993, que otorga el derecho de territorio a las comunidades negras, así como también, la Ley 581 de 2000⁴⁷ y lo contenido en la Ley 82 de 1993⁴⁸. Por otro lado, a través de Sentencia C-029/09⁴⁹ la misma corte, reconoció los derechos y deberes de las parejas homosexuales en relación con el patrimonio, el derecho de afiliación al sistema de salud y a pensión de sobreviviente, y lo referente al delito de inasistencia alimentaria. Las anteriores decisiones nos hacen pensar, que, frente al tema de los pueblos indígenas, la Corte ha adoptado por una posición alejada de su tendencia a servir como legislador positivo, pues, las disposiciones consagradas por la Constitución a favor de los indígenas, requieren de su intervención ante la ausencia del legislativo⁵⁰. No obstante, tras “asumir” ese reto, la Corte ha logrado crear conceptos y llevar a cabo análisis que permiten acercarse a la verdadera armonización de los principios de unidad, diversidad y pluralismo, propios de las comunidades aborígenes, sin que se pueda afirmar que estemos frente a una panacea judicial.

Es de resaltar que si bien las sentencias de Tutela o amparo Constitucional de los derechos fundamentales, proferidas por la Corte Constitucional son vinculantes, los efectos son inter-partes, es decir entre quien alega la vulneración del derecho y quien presuntamente es responsable de la misma, de tal manera que no se

⁴⁷ Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público.

⁴⁸ Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 029 de 2009. Referencia: expediente D-7290. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>

⁵⁰ “Ante la ausencia de una ley que coordine la relación entre la jurisdicción del estado y las jurisdicciones de las comunidades indígenas ha tenido que fijar las reglas de esta relación.” (..) “La corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo” Sánchez Beatriz, caleidoscopio de la justicia, cap. XII. El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena, págs. 94 y 95. 2001.

genera el efecto de cosa juzgada en relación a los mismos temas pero en los cuales intervienen otras partes o, viceversa, en casos en los cuales se trata de los mismos intervinientes pero el tema de estudio es otro, pero aún más allá de ello, es importante analizar el efecto de las sentencias de Tutela proferidas en protección de derechos de las comunidades indígenas en las cuales se evidencia similares situaciones fácticas, análisis expuesto a continuación.

2.2.1 La relevancia de la teoría de la cosa juzgada aparente vs la cosa juzgada constitucional y la exhortación de la corte al congreso para legislar en forma sistemática.

Otra importante consideración para tener en cuenta, en torno a este análisis, tiene que ver con la *racionalidad* de la Corte Constitucional en sus providencias, en relación con las garantías procesales y probatorias, que en contravía de proporcionar a las comunidades que se enmarcan en la jurisdicción especial indígena un paliativo jurisprudencial, lo que hace bajo su propio abyecto criterio ideológico es una involución de los derechos indígenas. Prueba de lo antecedente es la manifestación descrita en Sentencia proferida por la Corte Constitucional colombiana, al resolver la solicitud realizada por los ciudadanos Ariel Uribe Orozco y Jorge Alberto Restrepo González (como agentes oficiosos)⁵¹, para el amparo de los derechos de la diversidad étnica y cultural de los "Nukak-Maku" y de los derechos constitucionales fundamentales de estos⁵², al afirmar:

“Las acciones que la asociación nuevas tribus de Colombia adelantan dentro del pueblo indígena Nukak-Makú, que se traduce en la donación de alimentos y otros objetos, y en la incentivación del cultivo de la tierra en torno a sus instalaciones, lo cual promueve o estimula la estacionalidad de miembros de la comunidad por más tiempo del que normalmente lo hacen, no rompe el ambiente o escenario natural de caza y recolección que caracteriza a dicho grupo, ni sus patrones de movilidad, pues como hombres libres y racionales que son no se les impide continuar con los hábitos y

⁵¹ Por regla general, las acciones Tutela o amparo a los derechos consagrados en la Constitución, son invocadas por la persona que se encuentra ante una situación inminente de vulneración sus derechos, no obstante, es admisible que sea otra persona quien en su representación solicite el amparo o protección constitucional, actuado como agente oficioso de la primera, en el caso planteado, los ciudadanos Ariel Uribe Orozco y Jorge Alberto Restrepo González actuando como agentes oficiosos, presentaron una Accion de Tutela o solicitud de amparo constitucional, de los derechos a la diversidad étnica y cultural de los Nukak-Maku.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia T 342 de 1994. Expediente T-20973. MAGISTRADO PONENTE: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Santafé de Bogotá, D. C., julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-342-94.htm>

el sistema de vida que por años han practicado dado que tienen la opción de elegir autónomamente lo que a su juicio consideran más conveniente para sus subsistencia y realización personal". (Sentencia T 342 de 1994).

Lo anterior conllevó a la investigadora Ivonne Díaz García en una ponencia denominada "la utilidad de las ficciones en el discurso político" a preguntarse⁵³ ¿Qué autoridad tiene la Corte Constitucional de imponer paradigmas de racionalidad occidental a los indígenas? Ante esta pregunta, termina concluyendo que al parecer, la Corte Constitucional ostenta un discurso de racionalidad basado en criterios occidentales que ignoran los criterios de racionalidad de los indígenas de tal manera que, se considera que los indígenas son sujetos de derechos, puesto que son libres y racionales, solo bajo los conceptos occidentales de racionalidad lo que según su juicio, inevitablemente lleva a pensar que en el momento en que los indígenas no sean considerados bajo conceptos occidentales de racionalidad, no serán sujetos de derechos.

De otro lado, la Corte Constitucional institucionalizó la cosa juzgada aparente bajo el siguiente criterio: "si pese al silencio que se observa en la parte resolutive de la sentencia, existen en su parte motiva referencias suficientes para concluir que, en realidad, la Corte limitó su análisis únicamente a los cargos que le fueron planteados en la demanda, o a la confrontación de la norma acusada con el contenido de unos determinados preceptos constitucionales", bajo esa concepción, es nuestra consideración, que la Corte Constitucional ha elaborado la endeble línea jurisprudencial de los derechos de los indígenas pues hasta ahora sus decisiones son contrarias al mandato de las sentencias de cosa juzgada constitucional que en consonancia con la carta política, encuentra sustento en los principios de prevalencia del interés general, confianza legítima, igualdad de trato, debido proceso y, sobre todo, seguridad jurídica. Principios y derechos aún desconocidos para la comunidad indígena.

2.2.2 Derecho Comparado de Instituciones Judiciales Indígenas

⁵³ La expresión "libres y racionales" parece no coincidir con nuestra intuición, en la medida en que este grupo indígena carece de la capacidad de elegir autónomamente, tal como lo muestra la Corte Constitucional, puesto que su educación no rige bajo los conceptos de las leyes colombianas y además, como lo muestra la sentencia, necesitan a otros que defiendan sus derechos. Es por ello que el propósito de este trabajo será mostrar en qué sentido esta expresión argumentativa que utiliza la corte constitucional, aunque a primera vista parezca problemática puede ser útil para una discusión sobre el multiculturalismo y para la defensa de los derechos de las minorías indígenas. Versiones, n° 8, julio-diciembre 2008, Medellín, issn 1794-127X, pp. 83-91.

Partiendo de que la Corte ha sido omisiva respecto a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas por el simple hecho de no proferir sentencias de cosa juzgada constitucional, sino ignorarlas y repetir una y otra vez lo mismo en cada una de las sentencias, lo resuelto en la sentencia C-139 de 1996, esta no ha estudiado a fondo los graves y grandes problemas particulares o específicos, que están teniendo los pueblos indígenas en estos momentos. Y de otro lado, les da un trato como personas ordinarias, a sabiendas que, en la Constitución de 1991, le confiere a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, ello los hace sujetos no solo de estudio, sino de protección constitucional por ser minorías.

Para tener un panorama sur continental más claro, vamos a ver qué piensan los tribunales latinoamericanos respecto al tema: La Constitución Política del Perú en su artículo 89° reconoce que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece y la propiedad de sus tierras es imprescriptible.

Por su parte el Tribunal Constitucional Peruano destrabando una polémica jurídico-judicial, sobre el tema de la consulta ha manifestado respecto del derecho de los indígenas peruanos:

“Es así que el Estado por medio de su Carta Constitucional reconoce su diversidad pluricultural y étnica, por lo que en respeto al principio-derecho de dignidad de la persona humana, del cual se desprenden los otros derechos fundamentales de la persona humana, debe tutelar diversas formas de concebir el mundo, es decir la cosmovisión que tienen de lo que los rodea. Es necesario mencionar que muchos de los Estados y la definición de sus territorios han sido producto de luchas entre países, por lo que las conquistas han traído como consecuencias pluralidad de naciones dentro un mismo Estado. Es así que encontramos diversas manifestaciones culturales, exteriorizadas en singulares formas de convivencia, por lo que el Estado, tras largas luchas por la defensa de derechos fundamentales, se ha visto en la obligación no sólo de respetar dichas formas de convivencia sino de buscar mecanismos tendientes a garantizar que éstas comunidades subsistan, claro está todo dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales...”

En este aparte de la jurisprudencia peruana se observa cómo en el análisis se parte de la concepción general de la diversidad y se reconoce esta como característica de las naciones y se posibilita el principio de pluralismo para el reconocimiento y aceptación de tales diferencias, mientras se continúa exponiendo:

...En esta línea a los pueblos indígenas se les ha reconocido una serie de derechos fundamentales a fin de proteger su etnia, sus costumbres, sus usos, etc., por lo que, al existir un reconocimiento constitucional, éstos quedan facultados para reclamar judicialmente el respeto de dichos derechos. En conclusión, el Estado, en su función pacificadora, debe respetar y garantizar los derechos fundamentales de las diversas manifestaciones culturales, reconociéndole su identidad étnica y su arraigo con la comunidad en la que se desarrollan sus integrantes.

Asimismo, encontramos el Convenio N° 169 de la OIT, brindando un soporte a normatividad constitucional nacional, de manera que la interpretación que se realice respecto a la normativa constitucional no puede ser contraria a la interpretación que realizan los instrumentos internacionales. Lo vertido en el mencionado convenio es de suma importancia puesto que reconoce y brinda protección a los pueblos indígenas, señalando principalmente que "Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven".

Del fallo citado se desprende que ante la existencia de la diversidad, su reconocimiento lleva consecuentemente a que se le dé un trato diferente a quienes lo son por su etnia y cultura, es decir que se reconozca su existencia y condiciones que los hacen diferentes a la mayoría, y se vele por la protección de la diversidad, pero así mismo, en el fallo citado se puntualiza la diversidad a partir de la existencia de grupos indígenas y plantea como un efecto del reconocimiento de estos, la obligación de Estado frente a la protección de sus derechos y la posibilidad de estos pueblos de exigirlos. Por último, en la citada decisión del Tribunal peruano, se expone:

...En tal sentido queda claro que existe protección constitucional e internacional respecto a la protección de los pueblos indígenas. En este contexto uno de los derechos que se les reconoce a éstos es el derecho de consulta, de manera

que el Estado se ponga en contacto directo con estos pueblos verificando la existencia –como se denomina en el proyecto en mayoría– de un dialogo intercultural, buscando recoger versiones tendientes a coadyuvar al Estado en su función de protección ante alguna medida que afecte directamente su desarrollo y vivencias. Es así que debe determinarse qué medida, tanto legislativa como administrativa, debe ser pasible de reputarse como inconstitucional o ilegal por afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas, de manera que no se cuestione cualquier medida asumida por un ente estatal con la simple argumentación de afectación de derechos, ya que es necesario que exista un agravio real y concreto expresado en un acto ilegal que vulnera derechos fundamentales. Es así que se exige que el cuestionamiento que se realice a una norma a fin de denunciarla de atentatoria de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, debe de contener los argumentos tendientes a expresar de qué forma la medida legislativa, por ejemplo, le está afectando sus derechos, debiendo evidenciar de sus argumentos que la afectación debe ser a un aspecto relevante de la comunidad y no un aspecto que puede resultar hasta insustancial o irrelevante.”⁵⁴

No obstante, a pesar de todo el reconocimiento y consagración de los derechos de los indígenas, como se evidencia del aparte anterior, para el Tribunal peruano, el Estado ejerce un papel protector frente a las comunidades indígenas, y de ello concluyen en pocas palabras, la presunción de legalidad de los actos del Estado en los que se dispone de alguna manera de los derechos de los pueblos indígena, concibiendo la Consulta como un mecanismo que permite al Estado obtener la posición de la comunidad que permita la coadyuvancia o no de sus decisiones administrativas y legislativas.

De lo anterior, es posible concluir que para el Tribunal peruano la Consulta no es un mecanismo decisorio de la comunidad indígena, este permite al Estado obtener versiones, pero es este, en ultimas, quien tiene la plena facultad para decidir entorno a las circunstancias que afectan o no los derechos de los indígenas, considerándose al Estado como el guardián de los mismos.

Bartolomé Clavero (2012)⁵⁵, en su artículo el “TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE ESTADO PLURINACIONAL Y PUEBLOS INDÍGENAS: UN

⁵⁴ EXP. N.º 0022-2009-PI/TC LIMA, GONZALO TUANAMA TUANAMAY MÁS DE 5000 CIUDADANOS SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>

⁵⁵ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, y Vicepresidente del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.

RETO INÉDITO EN LAS AMÉRICAS”,⁵⁶ da cuenta del comportamiento jurisprudencial de varios países de América Latina, respecto de los papeles que juegan las cortes o tribunales constitucionales, queriendo destacar el Estado plurinacional de Bolivia que en su carta política creó un Tribunal Constitucional Plurinacional, los motivos por los cuales, según Clavero, este país de destaca obedecen a que de un lado, en la carta política de dicho país se contempla el valor constitucional de la Consulta, de otro lado, Bolivia es el único país que ha incorporado formalmente a su ordenamiento jurídico la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, instrumento internacional que refuerza el requerimiento de la consulta. Ello significa que la realización de la consulta se encuentra garantizada en Bolivia, y no se necesita jurisprudencia comparada para fundamentarla, mientras el resto de países de la región dependen en gran medida de la jurisprudencia sobre el tema de la consulta a los pueblos indígenas, y existen dificultades para que los fallos proferidos se materialicen o Incluso las cortes en algunos casos no hacen de la consulta un mecanismo obligatorio, Así por ejemplo, según Clavero, tratándose de Ecuador la Corte Constitucional no se muestra exigente respecto a la consulta como garantía de los derechos de los pueblos indígenas que requiere la propia Constitución, y en el caso de Perú, el Tribunal Constitucional del Perú ha dado un giro en contra de la exigibilidad de la consulta.

Por su parte, Clavero afirma respecto de la Corte Constitucional colombiana:

La CCC ha tenido repetidas ocasiones para declarar el mantenimiento de los resguardos coloniales como causa de un estado de cosas inconstitucional por vulneración masiva y continua de derechos fundamentales de sujetos indígenas, y para abrir así un espacio específicamente indígena de democracia deliberativa mediante las audiencias públicas consiguientes que contribuyesen al compromiso y la vinculación de todos los poderes públicos, pero nunca se le ha ocurrido hacer nada de este género. (Clavero, 2012, p. 22).

Consideramos que lo manifestado por Clavero es cierto, a tal punto que la Corte Constitucional colombiana en muchos casos ha conocido varias acciones de Tutela en las que se pretende la protección de derechos cuya vulneración ya fue denunciada en acciones presentadas con anterioridad y frente a las cuales ya existen fallos, no obstante, la realidad sigue evidenciando la vulneración de estos mismos derechos en las mismas

⁵⁶<file:///C:/Users/Equipo/Downloads/Dialnet-TribunalConstitucionalEnEstadoPlurinacionalEIretoC-3929821.pdf>

comunidades. Así, por ejemplo, solo hasta el año 2017, mediante la sentencia T 302 de 2017, la Corte Constitucional se atrevió a declarar el estado de cosas inconstitucional ante la sistemática violación de los derechos del pueblo Wayuú y aun habiéndose proferido tal decisión ha seguido presentándose la vulneración de los derechos, lo que se demuestra a partir del hecho de que se siga solicitando el amparo de los derechos de esta etnia, situación esta que será explicada con más detalle más adelante.

Con los ejemplos anteriores vemos como las garantías constitucionales de los indígenas se respetan más en algunos de los vecinos países, aun cuando en Colombia la democracia esta coadyuvada por el pluralismo como principio fundamental, esto no se evidencia en la nación para las minorías indígenas; sus derechos no son eficaces a la luz de la necesidad de hacerlos exigibles mediante Acciones de Tutela o amparo Constitucional, mediante fallos que en muchas oportunidades no contemplan en su integridad el interés del pueblo indígena y en muchos casos ni siquiera se les vincula en la recopilación de conceptos previos a la sentencia.

Así tampoco tienen elementos para hacer exigibles sus derechos por sí mismos, como se observa en las sentencias estudiadas en precedencia, en muchos casos las acciones de Tutela son interpuestas por ciudadanos ajenos a la comunidad que actúan en representación de las comunidades indígenas, tampoco cuentan con una ley que permita la efectividad su jurisdicción especial, en este caso la omisión recae sobre el Congreso siendo su deber la promulgación de las leyes, y ante ello, aun cuando la Corte Constitucional en muchos casos ha tratado de llenar con sus sentencias los vacíos de la ley ante la omisión del legislativo, en este caso particular esta corporación no ha asumido tal postura.

De tal forma que, aun existiendo una consagración constitucional de los derechos del pueblo indígena basados en el principio de pluralismo y en reconocimiento de la diversidad, tales derechos materialmente se están desconociendo, por lo que en el capítulo siguiente exponemos la Teoría de los Derechos como Desarrollo de cara a su vez la Teoría de las Corrientes Múltiples a efectos de determinar las posibles causas de la situación actual y en aras de analizar si es factible brindar una solución teórica que incida en la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia.

3. TEORÍA DE ENFOQUE DE DERECHOS EN POLÍTICAS DE DESARROLLO

En este capítulo se aborda el desarrollo a partir de un enfoque en el cual los derechos fundamentales son el punto de partida para el planteamiento de políticas públicas, y en consecuencia, de las estrategias de desarrollo de cada Estado, en una primera parte en la cual se exponen planteamientos de Víctor Abramovich y John Kingdon, en relación a los Derechos como Desarrollo y la teoría de las Corrientes Múltiples, respectivamente, para determinar las posibles causas de la ineficacia material de los derechos indígenas y las posibles soluciones teóricas; y una segunda parte en la cual se expone la problemática concreta de la etnia indígena Wayuú con el propósito de analizar la aplicabilidad de las soluciones propuestas.

3.1. TEORÍA DE LOS DERECHOS COMO DESARROLLO

Víctor Abramovich plantea en el marco de los derechos en América Latina en su trabajo: “Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina”, en la cual se tiene como marco teórico y normativo el derecho internacional, y se encauza la valoración de los derechos humanos a partir de una concepción más orientada a ser tenidos como obligaciones estatales y no como simples limitaciones del actuar de los Estados.⁵⁷

El enfoque basado en derechos que propone Abramovich (2006), considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado, en palabras del autor:

“Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las

⁵⁷ Entendiéndose desarrollo como la medida en la que se halla protegida y promovida la sumatoria de derechos individuales, sociales, políticos y culturales de alcance internacional, es decir el resultado de fomentar la prosperidad y las oportunidades económicas, un mayor bienestar social y la protección del medio ambiente.

obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento.

Teniendo en cuenta esta teoría, se deben abordar los derechos que son fundamentales para las estrategias de desarrollo o de reducción de la pobreza considerando que los derechos humanos así tenidos a partir del derecho internacional fijan no solo las obligaciones negativas de los Estados como garantía de no vulneración de las prerrogativas de sus asociados, sino también las obligaciones positivas, es decir, la materialización de los derechos de los individuos, y en tal sentido, orientan el programa de políticas públicas de los Estados.

Es así como, el planteamiento de políticas públicas puede darse en atención a la vulneración de derechos, caso en el cual las acciones tienden a cambiar una política existente o reformarla, pero a su vez, estas políticas pueden formularse de manera preventiva y no una vez causada la vulneración del derecho, caso este último en relación al cual se considera que verdaderamente se está cumpliendo con la garantía a los derechos fundamentales y planteando verdaderas estrategias de desarrollo.

De lo anterior se tiene que las políticas deben estar orientadas al cumplimiento de los derechos humanos, no obstante, las medidas que implemente cada Estado son propias de la discrecionalidad de estos, siendo lo relevante, que sea cual sea el tipo de acciones de gobierno implementadas mediante las diversas instituciones, estas verdaderamente tengan el alcance de garantizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas de las prerrogativas que tiene cada uno de los asociados.

En línea con lo dicho, autores como Van Hoof, mencionados por Abramovich en su propuesta teórica, desarrollan un esquema interpretativo que señala los “niveles” de obligaciones estatales que caracterizarían el complejo de obligaciones que identificaría a cada derecho, independientemente de su adscripción al conjunto de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales.

Según la propuesta de Van Hoof (1984) por ejemplo, cabría discernir cuatro “niveles”: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda

al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.(p. 99).⁵⁸

Teniendo en cuenta estos niveles, cada Estado podría establecer de un lado, cuáles son las obligaciones que deben ser atendidas de manera oportuna mediante la ejecución de estrategias públicas de desarrollo, y cuáles son las políticas a implementar teniendo en cuenta el objetivo que cada una de ellas debe cumplir para efectos de prever la eficacia de las mismas, en aras de lograr que se cumplan con las obligaciones referentes a los derechos humanos y, en consecuencia, que se promueva el desarrollo.

Lo anterior por cuanto el proceso de creación y ejecución de políticas públicas aislado de unos criterios objetivos, conllevaría necesariamente al fracaso en relación al desarrollo que se busca, es por esta razón, que Abramovich señala que a través del derecho internacional se establecen unos estándares de medición de las políticas públicas como lo son los criterios de razonabilidad, adecuación, progresividad y atendiendo a los principios de inclusión, participación y exigibilidad de los derechos de tal forma que los Estados deben identificar los sectores tradicionalmente discriminados o excluidos en el acceso a sus derechos, o sectores que requieren atención prioritaria, el grado en el cual estos estén en condiciones de hacer efectivos sus derechos e incidir en las decisiones que los afectan.(2006, p. 9).

Este planteamiento teórico cobra vital importancia para el cumplimiento de las estrategias de desarrollo, como quiera que al garantizar el acceso a los derechos se brinda a las comunidades la posibilidad de alcanzar niveles de vida en condiciones dignas respeto de su autonomía, ancestralidad y territorialidad.

Ahora bien, si bien son conocidos los derechos humanos y a partir de estos los objetivos de desarrollo planteados nivel internacional⁵⁹ la ejecución de los mismos mediante la formulación de políticas públicas por cada uno de los Estados, supone grandes retos y va ligada a la superación de diversas dificultades propias de la

⁵⁸ Abramovich remite a Van Hoof (1984, p. 99) y aclara que la distinción fue sugerida originalmente por Shue (1980). En el campo del derecho internacional sobre los derechos humanos, la distinción fue asumida —con alguna corrección, que reduce la enumeración a tres categorías: obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento— en los principales documentos interpretativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, emitidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas).

⁵⁹ Mediante resolución del 25 de septiembre de 2015, la ONU aprobó la agenda a 2030 para el desarrollo sostenible, en la cual se plantearon 17 objetivos de desarrollo sostenible y se retomaron los objetivos de desarrollo del milenio, siendo el compromiso de los Estados miembro, entre otros, la superación de la pobreza, la erradicación del hambre, la garantía del acceso a la educación, salud, saneamiento básico, igualdad, etc.

creación e implementación de las mismas.

3.2. TEORÍA DE LAS CORRIENTES MÚLTIPLES

Las políticas públicas son estrategias o proyectos implementados por el Estado a través del Gobierno y ejecutadas por las entidades de la administración pública, encaminadas a atender a las necesidades sociales y el cumplimiento de los fines del Estado este proceso de creación e implementación de políticas públicas, como se dijo anteriormente, debe atravesar por algunos retos o dificultades que evidenciamos a partir de la teoría de las corrientes múltiples, desarrollada por John Kingdon.

Según esta Teoría, en el proceso político intervienen tres corrientes de actores y procesos: una corriente de problemas que consiste en información acerca de diversos problemas y las propuestas de varias definiciones de problemas; una corriente de políticas públicas que incluye propuestas de soluciones a problemas de políticas; y una corriente política que consiste en elecciones y funcionarios electos.⁶⁰

De acuerdo con Kingdon, las corrientes funcionan normalmente en forma independiente, excepto cuando una “ventana de oportunidad” permite a los emprendedores de políticas unir las distintas corrientes. Si los emprendedores tienen éxito, el resultado es un importante cambio de políticas, así también es posible decir, que en esta teoría se plantea de un lado, la participación fluida de las organizaciones, la rotación alta, la variación de los participantes de una decisión a otra, el ir y venir de los legisladores, los burócratas, y funcionarios de alto rango, sumado a la influencia de los actores no gubernamentales, tales como las asociaciones de empleadores, sindicatos y grupos de consumidores, sobre la forma en que se toman determinadas decisiones, lo que aunado al tiempo y esfuerzo que los participantes dediquen, hace que la participación en una decisión cambie mucho, En segundo lugar, quienes formulan políticas casi nunca muestran sus objetivos en forma clara, o por restricciones de tiempo se toman decisiones sin haber formulado preferencias precisas.⁶¹

Según esta teoría, se plantea entonces, que la secuencia problema-solución y la política de la elección se ven afectadas por el grado de fragmentación en las corrientes de la política y las políticas, como también por el tipo de ventana de

⁶⁰ Extraído de: Proyecto Modernización del Estado, Jefatura de Gabinete de Ministros, Presidencia de la Nación - República Argentina. Teorías del Proceso de las políticas Públicas. Buenos aires, 2010. Ver: <file:///E:/VICTOR/VICTOR%20TESIS2/KINGDON.pdf> consultado el 10 de febrero de 2019, en el cual se cita a Kingdon, John (1996) *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Nueva York: Harper Collins. (Publicado originalmente en 1984.)

⁶¹ Ibid.

oportunidad política, es decir, que en la creación de una política pública confluyen varios factores de incidencia a decir:

Un factor Problema que constituye todas aquellas condiciones que deben ser tratadas, entre ellos algunos ejemplos son: los déficits presupuestarios del gobierno, los desastres ambientales, la inflación, los costos médicos en aumento, etc. Y se plantea que son los formuladores de políticas quienes se enteran de tales problemáticas por medio de indicadores, sucesos que captan atención y mediante retroalimentación. Los indicadores, por ejemplo, el costo de un programa, las tasas de mortalidad infantil o las muertes en autopistas, pueden utilizarse para evaluar la existencia y la magnitud de una condición, como también el alcance del cambio.

A su vez, se encuentra el factor consistente en las Corrientes Políticas determinadas por el ánimo nacional, las campañas de grupos de presión, y la rotación administrativa o legislativa. El ánimo nacional hace referencia a la idea de que un número bastante importante de individuos en un determinado país piensa siguiendo determinadas líneas comunes y que el ánimo cambia de vez en cuando. Los funcionarios del gobierno que detectan cambios en este ánimo, por ejemplo, a través del control de encuestas de opinión pública, actúan para promocionar determinados puntos de la agenda o, a la inversa, para opacar las perspectivas de otros. Además, los políticos generalmente ven el apoyo o la oposición de grupos de interés como indicadores de consenso o disenso en la arena política general. Además de los factores anteriormente mencionados, la rotación legislativa o administrativa influye con frecuencia en la elección de manera bastante importante.⁶²

Según la teoría de las corrientes múltiples, no siempre existen ventanas de oportunidad para que los defensores de las propuestas de políticas públicas impulsen las soluciones que pretenden u obtengan la atención a sus problemas. Así mismo, los formuladores de políticas lo hacen bajo importantes restricciones de tiempo, debido a que muchos temas pugnan por la atención, los formuladores de políticas deben actuar mientras la situación es propicia. Y en tal sentido, las restricciones de tiempo que limitan el alcance y la cantidad de alternativas a las que se presta atención.

De lo anterior se tiene que la Política pública como solución a un problema es el resultado de múltiples ideas, intereses, actores, problemas, posibles soluciones y solo aquellas propuestas que logran captar la atención suficiente y contar

⁶² Extraído de: Teorías del Proceso de las políticas Públicas <file:///E:/VICTOR/VICTOR%20TESIS2/KINGDON.pdf> consultado el 10 de febrero de 2019, p. 77.

con el respaldo adecuado son las que finalmente se formulan como soluciones a problemas específicos:

“Una “sopa” de ideas que compiten para ganar aceptación en las redes de políticas públicas. Son los especialistas de comunidades de políticas (redes que incluyen burócratas, miembros del personal del congreso, académicos, e investigadores en grupos de expertos que comparten una misma inquietud en una determinada área de políticas, tal como la salud o la política ambiental) quienes generan las ideas y son considerados de varias formas y en varios foros, como audiencias, artículos y conversaciones. Algunas ideas sobreviven este período inicial casi sin sufrir cambios, otras se mezclan con propuestas nuevas, y otras simplemente desaparecen. Mientras que la cantidad de ideas que circulan es bastante importante, únicamente algunas se consideran seriamente.”⁶³

Al examinar la teoría del desarrollo como derechos planteada por Victor Abramovich de cara a la teoría de las corrientes múltiples desarrollada por Kingdon, podría decirse que si bien a raíz de los derechos humanos de los que se derivan obligaciones del Estado, se genera la necesidad de implementar políticas públicas que atiendan a la solución de problemáticas específicas, ya sea para prevenir o corregir una situación particular, en el proceso de creación de estas políticas confluyen diversos factores que inciden en la implementación de soluciones y en el diseño de las mismas, ya sea por el ánimo nacional, las corrientes políticas imperantes en el momento, las ideologías de gobierno de turno, etc.

En este sentido las comunidades indígenas se ven envueltas en una lucha constante porque sus derechos lleguen a ser problemas de interés nacional de tal relevancia que sus derechos sean efectivamente atendidos como verdaderas obligaciones del Estado, viéndose en el imperativo de buscar lo que Kingdon denomina “ventanas de oportunidad política”, las cuales define como “oportunidades para que los defensores de las propuestas impulsen sus soluciones favoritas o inciten la atención a sus problemas especiales”.(1995)

De tal manera que, no basta el simple reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas que se ha hecho a través de los mecanismos internacionales y en la Constitución Política Nacional, como quiera que a la luz de la realidad, la eficacia

⁶³ Ibid.

de estas prerrogativas está en función, como lo hemos señalado, de aquello que es considerado por el Gobierno como un tema o problema de interés que demanda la atención del Estado y en ello influyen las ideologías de quienes formulan y deciden las políticas y la fuerza que tengan estas comunidades para lograr que sus derechos sean considerados de interés.

3.3. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA TEORÍA DEL DESARROLLO COMO DERECHOS Y LA TEORÍA DE LAS CORRIENTES MÚLTIPLES Y POSIBLES SOLUCIONES.

La existencia de los factores traídos a colación por la teoría de las corrientes múltiples desarrollada por Kingdon, es talvez la razón que explicaría por qué los derechos de las comunidades indígenas no logran materializarse sino a través de decisiones de la Corte Constitucional, una vez estas comunidades recurren mediante acciones de Tutela o amparo de sus derechos fundamentales, es decir, por qué no llega a prevenirse o corregirse las situaciones que afectan a las comunidades indígenas producto del deber que le atañe al Estado, y por qué la falta de atención frente a la necesidad de promulgar una ley armonizadora entre la jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena.

La respuesta posible obedece a la falta de factores que incidan favorablemente en la atención de sus derechos especiales, y ello inevitablemente indica que, en el Estado Colombiano, contrario a garantizar el carácter pluralista y participativo consagrado en la Constitución Nacional, se le imponen aún mayores cargas a las comunidades indígenas para que sus derechos sean garantizados.

Esta problemática tendría solución a partir de la teoría ya explicada de Abramovich, si de un lado se le diera el alcance de obligaciones a los derechos, y, en consecuencia, los factores que inciden en la formulación de Políticas Públicas que plantea Kingdon no logran afectar el interés del Gobierno en atender estas prerrogativas, siendo verdaderos deberes del Estado ajenos al cumplimiento de una agenda Política.

Pero a su vez, se propone como solución a la lucha que enfrentan las comunidades indígenas en el reconocimiento de sus derechos y en la creación de una ley que efectivice la jurisdicción especial reconocida en la Constitución Nacional, la implementación de los principios de inclusión, participación, y acceso a la justicia, planteados por Abramovich, como indicadores que deben orientar la implementación de las políticas y estrategias de desarrollo.

Así, por ejemplo, en tratándose del principio de inclusión, este no solo

debe verse desde la óptica de garantizar la igualdad y no discriminación por parte del Estado, pues en esta materia, y tal como lo señala Abramovich (2006), a partir del derecho internacional sobre los derechos humanos, instrumentos que pueden aportar conceptos más claros que sirvan como parámetros para definir y evaluar políticas públicas, no solo se requiere del Estado una obligación de no discriminar, sino también en algunos casos la adopción de medidas afirmativas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados.

“...el sistema interamericano no recogió solo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanzó hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren medidas especiales de equiparación. Esto implica la necesidad de dar un trato diferenciado cuando, por las circunstancias que afectan a un grupo en desventaja, la igualdad de trato supone coartar o empeorar el acceso a un servicio o un bien, o el ejercicio de un derecho”. (Abramovich 2006, p. 44)

De acuerdo a lo anterior, las comunidades indígenas, como sectores tradicionalmente discriminados y como minorías en desventaja frente al acceso de sus derechos, deben tener un trato diferenciado en el que se garantice la igualdad material frente al resto de la población y en esa medida se garantice el acceso de los derechos sin la necesidad de retos o luchas adicionales.

En esa medida, sería un deber del Estado antes de establecer las políticas a implementar, identificar los sectores que requieren atención prioritaria para el efectivo ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales, y la garantía del derecho de igualdad material como sectores de especial protección debe ser un pilar que oriente no solo las políticas públicas, sino también las leyes que se profieran.

En relación al principio de participación, el Estado tiene el deber de identificar que sectores tradicionalmente discriminados o excluidos socialmente y que tienen dificultades para ejercer sus derechos civiles y políticos. Frente a las comunidades indígenas tiene especial importancia el derecho de estas a ser consultadas sobre políticas que puedan afectar sus territorios culturales, como las que se traducen en explotaciones económicas y de recursos naturales, y a dialogar con las instancias del Estado y otros actores sociales a través de sus propias representaciones políticas. (Aylwin, 2004, p. 153-

222).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que es obligación de los Estados disponer mecanismos adecuados de participación y consulta de los pueblos indígenas respecto de aquellas decisiones que puedan incidir en el uso de sus recursos naturales o alterar de alguna manera sus territorios ancestrales.⁶⁴

Los pueblos indígenas deben tener la potestad de dar o negar su consentimiento a las decisiones que los afecten y a los proyectos de exploración y explotación de sus tierras, aguas, bosques, flora y fauna, ello en respecto de su derecho a la auto determinación concebido en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De tal manera que, mecanismos como la consulta previa permiten la concreción de los derechos a la territorialidad, autonomía y ancestralidad, y por lo tanto no debe ser concebida ni practicada como un simple procedimiento administrativo, sino como un elemento constitutivo de la protección y garantía de un conjunto más amplio de derechos diferenciados de los pueblos indígenas y tribales, frente al cual no basta el agotamiento de la simple consulta previa siendo necesario obtener el consentimiento de la comunidad. (San Jose de Costa Rica IIDH, 2018).

Ese carácter imperativo, se evidencia en la Declaración de las Naciones Unidas y en instrumentos como el Convenio 169 de la OIT, este último en el cual se establece:

Los Estados y otras partes tienen que realizar consultas de buena fe con los pueblos indígenas antes de iniciar cualquier proyecto (...) que afecta los recursos sobre los cuales las comunidades tienen derechos. Estos proyectos tienen que ser fundamentados en una consulta significativa con los pueblos indígenas, a través de sus propias instituciones representativas, con el objetivo de obtener su consentimiento previo, libre e informado (FAO. 2012, p. 16).
Negrilla fuera del texto original.

El principio de participación implica a sí mismo, el derecho de las

⁶⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Artículo 19. Resolución aprobada por la Asamblea General 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007, extraído de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf. Consultado el 8 de febrero de 2019.

comunidades indígenas a tener representación política, participar en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones, y en la implementación de leyes y políticas.

Como tercer principio orientador de las políticas públicas en el marco de la teoría de los Derechos como Desarrollo, se encuentra el de exigibilidad de los derechos, a partir del cual, deben existir mecanismos para hacerlos efectivos, sin que se limiten solo a los mecanismos judiciales, lo que es explicado por el mismo precursor de la teoría.

Abramovich señala que cuando se habla de mecanismos para hacer exigibles los derechos no se hace referencia solo a los sistemas de administración de justicia, se incorporan asimismo en el concepto, entre otros instrumentos, los procedimientos administrativos de revisión de decisiones y de fiscalización ciudadana de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias parlamentarias de fiscalización política y las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales (defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc.). También se consideran particularmente los sistemas de protección de derechos que funcionan a nivel internacional, como el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos y los comités y relatorías temáticas de las Naciones Unidas, entre otros. (Abramovich. 2006, p.47).

Es decir que, el Estado debe garantizar que existan instrumentos, procedimientos, instituciones y en general canales para la manifestación de quejas, reclamos, peticiones y otros mecanismos de fiscalización, en procura del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos objeto de protección Estatal, siendo la vía de acciones judiciales, una sola de las múltiples opciones con las que deben contar las comunidades para exigir la efectividad de sus derechos individuales y colectivos, considerando que acudir a los mecanismos judiciales supone necesariamente desgaste para los actores, y la demora en la concreción de las obligaciones en disputa, hasta tanto se profiera una decisión que defina el asunto ventilado y otorgue una solución, tiempo en el cual la efectividad del derecho se ve suspendida.

De acuerdo a lo anterior se propone la necesaria promulgación de una ley que armonice la Jurisdicción ordinaria con la jurisdicción especial indígena, en la cual se asuma la concepción de los derechos de las comunidades indígenas como obligaciones del Estado, y en consecuencia se establezca el deber de implementar políticas y estrategias de desarrollo que atiendan a la garantía de los derechos, las cuales deben estar orientadas por los principios de inclusión, participación y efectividad, otorgándole a las comunidades indígenas la capacidad de hacer exigibles sus derechos por sí mismas,

a través de la justicia especial de la cual son titulares, sin que por su parte sea la Justicia ordinaria la que defina situaciones entorno a temas que afectan dichas comunidades.

Lo anterior sin desconocer que el ejercicio de la Jurisdicción Especial no debe estar al margen de los derechos humanos reconocidos mediante los diversos instrumentos internacionales.

4. ANALISIS EN EL CASO COLOMBIANO

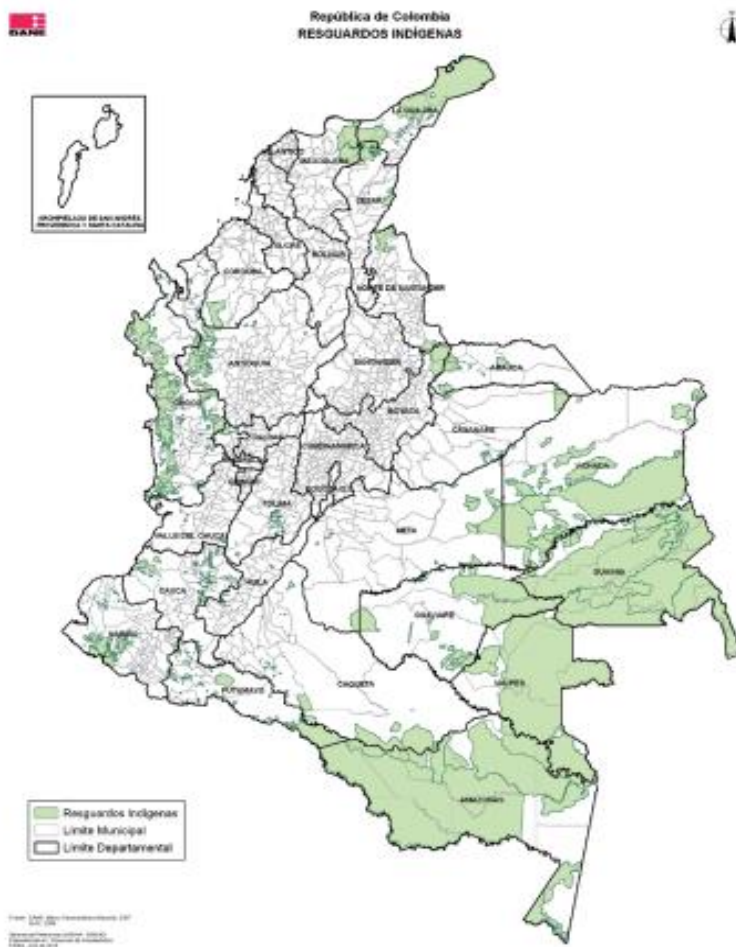
4.1. CONTEXTO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA Y EL CASO PUNTUAL DE LA ETNIA WAYUÚ.

Según datos entregados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE a partir del Censo realizado en el año 2005, la población indígena en Colombia equivalía al 3,43% de la totalidad de la población, quienes se ubicaban en 710 resguardos titulados, ubicados en 27 departamentos y en 226 municipios del país, los cuales ocupaban una extensión de aproximadamente 34 millones de hectáreas, es decir, habitan en el 29,8% del territorio nacional, para el año 2010, de acuerdo a las proyecciones, se estimaba que habían 737 resguardos legalmente constituidos, una población indígena de 79621 ubicados en 234 municipios y en 27 departamentos, y las cifras de estos resguardos proyectada para el año 2011 a 1.064.229 personas. (DANE, 2010 p.31).

A partir de este informe, los departamentos con mayor porcentaje de población indígena son Vaupés (66,65%), Guainía (64,90%), La Guajira (44,94%), Vichada (44,35%) y Amazonas (43,43%). Cauca (21,55%) y Putumayo (20,94%). Los departamentos de La Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba y Sucre, concentran el 65,77% del total de la población indígena. Los departamentos que tienen menos del 1% de indígenas son: San Andrés, Bolívar, Santander, Bogotá, Cundinamarca, Quindío, Boyacá, Antioquia, Valle del Cauca, Norte de Santander y Magdalena. En Bogotá (99,89%), Atlántico (86,62%), Bolívar (81,27) Norte de Santander (74,38%), Quindío (73,71%) y Santander (67,43%), la población indígena se concentra en su mayoría en las cabeceras municipales.⁶⁵ (Ver mapa a continuación).

⁶⁵ Ibid.

Mapa de los Resguardos Indígenas legalmente Constituidos según el DANE (2010).



Fuente: DANE. (consultado el 7 de 02 de 2019) **La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos.** Imprenta Nacional. Bogotá D.C, 2010: https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf (consultado el 12 de 11 de 2018).

Como se observa en el anterior mapa de Colombia, los resguardos indígenas reconocidos se encuentran ubicados en las zonas verdes que comprenden algunas zonas de los departamentos delineados en negro y en los municipios delineados en gris.

Por su parte, la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, manifiesta que no obstante el DANE solo reconoce la existencia de 87 pueblos indígenas en Colombia a partir del Censo realizado en el año 2005, en el territorio nacional habitan 102 pueblos indígenas, ello por cuanto no todos han tenido el reconocimiento de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, siendo reconocidos por las

Organizaciones Indígenas o auto reconocidos desde su condición étnica y cultural (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2010)

Esta falta de reconocimiento de las comunidades indígenas es denunciada por la ONIC como un desconocimiento a la diversidad etnográfica del país, que dificulta el reconocimiento de derechos sobre el territorio, por cuanto el primer paso para ello proviene del reconocimiento étnico, el cual resulta proporcional a la capacidad de las comunidades indígenas para exigir sus derechos, aunado a que del Censo General realizado por el DANE en el año 2005, se presenta una población indígena de 1.378.884, de los cuales solo 933.800 personas se encuentran asentadas en resguardos, de acuerdo con esta información, existirían 44.084 personas que no poseen un territorio colectivo, es decir el 27% de los indígenas.⁶⁶

Uno de los pueblos indígenas más numerosos de Colombia, es la etnia Wayuu, la cual representa el 19,42% del total de la población indígena nacional. (CINEP/Programa por la Paz, 2016).

De acuerdo con el censo realizado en 2005, la población total Wayuu en Colombia es de 270.413 personas, los cuales se asientan en la región comprendida por el Departamento de La Guajira. (DANE, 2010.)

Este departamento se encuentra en un territorio peninsular ubicado al noreste de Colombia, en la costa Caribe, con una extensión total es de 20.848 km², del cual se desconoce el número y ubicación real de la población que habita en el departamento, dificultad ocasionada a pesar de que en el año 2005 el DANE realizó el censo general nacional, como quiera que, durante el proceso se presentaron limitaciones logísticas y operativas en las áreas rurales de la alta y media Guajira que impidieron al DANE la aplicación de la encuesta a hogares, recurriendo a una técnica censal con base en las proyecciones de población, sin que se aplicara una encuesta post-censal para medir la cobertura del censo (Gobernación de La Guajira, 2016).

A lo anterior se suma el hecho de que el 8,0% de los menores que nacen en La Guajira no están registrados, cifra superior al promedio nacional (3,5%). (DANE, 2010).

De tal manera que se desconoce el número y ubicación de los habitantes del departamento, en especial de aquellos que ocupan las zonas rurales, en su mayoría indígenas. Circunstancias que son preocupantes, pues no se cuenta con datos ciertos que

⁶⁶ Ibid.

permitan una correcta destinación de recursos, y ello se traduce en la cobertura insuficiente de salud, educación, seguridad alimentaria, justicia, etc, y limita el desarrollo de políticas públicas, programas e intervenciones pertinentes para la garantía y respeto de sus derechos.

Este no es el único problema que enfrenta el pueblo indígena Wayuú, aunado a la falta de reconocimiento estadístico, esta etnia se encuentra asentada en el departamento de la Guajira, territorio en el que históricamente ha existido explotación minera de carbón principalmente, la cual es desarrollada por la concesión minera Cerrejón existente desde 1976.

De conformidad al informe realizado por la Misión de Observación Salud Ambiente y Minería en La Guajira (2018), la explotación minera en la Guajira inicio en el año 1984 una vez la empresa estatal Carbones de Colombia - Carbocol S.A. e Intercor (subsidiaria de EXXON Móvil Petroleum Company) firmaron el contrato de exploración, explotación y construcción de la infraestructura necesaria para el transporte de carbón.

Desde sus inicios el proyecto de explotación generó fuertes cuestionamientos por su inconveniencia para el país, al entregar a la empresa extranjera la producción de la mina, y pactarse que la empresa podía enviar o retirar del país todas sus utilidades, incluyendo sus reservas legales exentas de impuestos.

En el año 2000, el gobierno vendió la participación de Colombia a BHP-BILLITON, ANGLO-AMERICAN y GLENCORE, empresa que, en 2002 adquirió la participación de EXXON, de tal manera que, en la actualidad, la totalidad de la mina y el carbón colombiano pertenecen al capital internacional, operado por el consorcio Carbones del Cerrejón LLC.

La explotación de carbón en el departamento ha traído consigo consecuencias nocivas para la población que habita este territorio, entre ellos el pueblo indígena Wayuú, a rasgos generales las problemáticas ocasionadas se derivan de que la mina de Cerrejón es una de las minas a cielo abierto más grandes del mundo, con una producción anual de 32 millones de toneladas de carbón térmico, las cuales son exportadas en su totalidad a países en todos los continentes, de tal manera que el carbón de La Guajira (y la energía que con él se produce) no es utilizado ni aprovechado en Colombia. La empresa tiene permiso de explotación hasta 2033 y hoy en día se ha visto afectada la vocación productiva del departamento.

Mientras en la década de 1960 la agricultura aportaba al departamento el 39,6% de su Producto Interno Bruto, y el comercio ocupaba el 37,5%, hoy, de acuerdo

con el censo DANE 2005, las actividades extractivas representan el 56,9% del PIB y sólo generan el 2,9% de los empleos; por su parte, la agricultura registra el 7,5% del PIB, generando el 17,6% de los empleos, mientras que el comercio cuenta con apenas el 1,3% en la composición del PIB y aporta el 29,7% de los empleos.⁶⁷

En el informe realizado por la Misión de Observación Salud Ambiente y Minería en La Guajira (2018), se plantaron algunas de las consecuencias traídas por las actividades extractivistas desplegadas en el departamento, resumidas en las siguientes:

- La crisis humanitaria derivada de la escasez de agua y la desnutrición infantil, producto de la explotación minera en la baja y media Guajira, zona de planicie aluvial que en años anteriores tenía la capacidad de producir alimentos para abastecer incluso a la alta Guajira, no obstante, con ocasión de la explotación minera en la zona y el desplazamiento gradual de la población originaria, ya no se generan las actividades económicas propias de los Wayuú, quienes a través del trueque intercambiaban productos y de ello se abastecían familias en las diferentes regiones del departamento.

- La carencia de empleos de las comunidades ubicadas en el área de influencia de la mina y la desaparición de modos de trabajo y subsistencia tradicionales, a causa de la expansión de la mina y la adquisición de varias fincas que empleaban a los Wayuú como jornaleros.

- El deterioro de la calidad de los suelos, la alteración de las estaciones de lluvia, causado por el polvillo de carbón y la sedimentación de residuos generados por la explotación de carbón a cielo abierto. Circunstancias que ponen en riesgo la seguridad alimentaria de la región.

- Los diversos efectos ambientales, entre ellos: contaminación del aire con polvillo de carbón, acaparamiento de grandes volúmenes de agua provenientes del río Ranchería, Arroyo Bruno, Arroyo Tabaco, pozos acuíferos y pozos de despresurización, circunstancias que han alterado el ciclo ecológico del cual dependía la etnia indígena Wayuú, quienes ante sequías muy largas cambiaban sus asentamientos, y una vez llegan las lluvias regresaban a sus actividades de agricultura tradicional. (Morales Guerrero y Enrique R, 2004).

- El desvío del río Ranchería y el Arroyo Bruno (de los que tradicionalmente se abastecen las comunidades) con el fin de explotar el carbón subyacente a sus caudales.

⁶⁷ “El Cerrejón, carbón para las potencias y miseria y pobreza para Colombia y La Guajira”, 2015. Extraído de <http://extractivismoencolombia.org/el-cerrejon-carbon-para-las-potencias-y-miseria-y-pobreza-para-colombia-y-la-guajira/>. Consultado el 2 de enero de 2019.

- El desplazamiento y despojo de las comunidades, por la adquisición de gran cantidad de tierras de la región para su explotación, aunado a que las áreas dadas en concesión comprenden amplias franjas territoriales de la península de la Guajira con espacios ancestrales y sagrados del pueblo Wayúu y de comunidades afrodescendientes, las cuales han sido apropiadas para la infraestructura de la mina, el puerto de embarque, el ferrocarril, la carretera alterna al mismo y complejos habitacionales para sus empleados. Al respecto, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), ha indicado que la etnia Wayúu a lo largo de los años ha sido desplazada de las zonas más aptas para la agricultura en la Baja Guajira y en el Departamento del Cesar, de forma que gran parte de este pueblo debe subsistir en las zonas desérticas de la Alta Guajira.⁶⁸

De lo anterior se evidencia que todo el desarrollo de la infraestructura minera ha implicado atropellos a las comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes asentadas en el departamento de la Guajira

Es de resaltar que se han visto especialmente afectados los pueblos indígenas, como quiera que estos no contaban con el reconocimiento estatal como comunidades étnicas con derechos sobre su territorio antes de la Constitución Política de 1991, de tal forma que al conceder la extracción minera en los territorios de la Guajira no se pensó en la pertenencia de dichos territorios, muchos de ellos ancestrales, y mucho menos se realizó la consulta previa que hoy día se le reconoce como derecho a partir de la Carta Constitucional vigente.

En Colombia, solo hasta la Constitución Política de 1991, que consagró el Estado Social de Derecho, se concibió la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación con el alcance de principio constitucional. A partir de ello, se reconoció la igualdad y dignidad de todas las culturas que viven en el país y se estableció la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus propios territorios, como también el derecho de las comunidades indígenas a tener representación política.

Es mediante la Carta magna de 1991, que se consagran los principios de territorialidad, ancestralidad y autonomía, con derecho de los pueblos a auto determinarse, así también, se reconoce la Jurisdicción Especial de la cual son titulares los pueblos indígenas para aplicar justicia dentro de su propio territorio.

El Estado, reconoció a los miembros de las comunidades indígenas todos

⁶⁸ Ver: Corte Constitucional. Sentencia T 302- 2017. Referencia: Expediente T-5.697.370. Mp. AQUILES ARRIETA GÓMEZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>

los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos y ciudadanas, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, además, y en aras de proteger la diversidad cultural, reconoció derechos radicados en la comunidad como ente colectivo.

3.2.2 Análisis del caso concreto de la etnia indígena Wayuú en Colombia de cara a la teoría de los Derechos como Desarrollo

A pesar de los avances en materia de reconocimiento de los derechos de las comunidades Indígenas en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, la realidad de etnias como los Wayuú, evidencia la ineficacia del amparo y goce de los derechos reconocidos, así como la discrepancia entre la circunstancia que enfrentan las comunidades indígenas en Colombia y los principios fundamentales del Estado Colombiano.

Los Wayuú son uno de los ejemplos de etnias indígenas en peligro de exterminio a causa de la violación de sus derechos individuales y colectivos sobre su territorio ancestral, autonomía y autodeterminación, acceso a información veraz y completa frente a las decisiones que los afectan y el poder de participar en ellas e incluso decidir a través de mecanismos como la consulta previa, y la aplicación de la Jurisdicción especial de la cual son titulares.

Lo anterior, ligado a la insuficiente intervención del Estado e implementación de políticas públicas tendientes a solucionar de manera efectiva las problemáticas que enfrenta el pueblo Wayuú.

La grave situación evidenciada en la Guajira, ha conllevado a la presentación de varias acciones de Tutela⁶⁹ entre las cuales se destaca amparo solicitado el año 2016 por el señor Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán contra el Presidente de la República, el Ministro de Salud y Protección Social, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, la Directora del Departamento de Prosperidad Social, la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Superintendente Nacional de Salud, el Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, la Gobernadora

⁶⁹ La Acción de Tutela es un mecanismo judicial consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, en virtud del cual cualquier persona por sí mismo a través de otro que la represente puede solicitar ante cualquier juez de la república el amparo o protección de sus derechos fundamentales cuando estos se encuentran ante una amenaza la vulneración o inminente perjuicio irremediable.

de La Guajira , y los alcaldes de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao “y con la citación e intervención de los representantes de los pueblos wayúu y de los señores Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo”.(sic)⁷⁰

En dicha acción de Tutela se alegó la vulneración de los derechos a la vida, derecho a la salud derechos fundamentales de los niños y derecho a la igualdad, con fundamento en la Constitución Política nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre derechos económicos, sociales y culturales, el Convenio 169 de la OIT.⁷¹

Así mismo, se destacó el incumplimiento por parte del Estado frente a la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) adoptada el 11 de diciembre de 2015 en la cual emitió resolución de medidas cautelares, debiendo el Estado de Colombia “adoptar las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo wayúu, en el departamento de La Guajira”. (sic)⁷²

En la acción formulada se alega la muerte de 4770 niños de la comunidad Wayúu en los últimos ocho años, debido a problemas relacionados con alimentación y agua potable.

La mencionada Acción de Tutela fue de Conocimiento del Tribunal Superior de Rioacha en primera Instancia, y de la Sala Civil de Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, corporación que emitió sentencia confirmatoria, en la cual se tutelaron los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada y al acceso al agua potable de los niños y niñas pertenecientes a la comunidad Wayúu asentada en los municipios de Maicao, Uribia, Riohacha y Manaure.

Esta sentencia fue objeto de revisión de la Corte Constitucional, que mediante decisión de radicado N° 302 de 2017, sentó lineamientos importantes en

⁷⁰ Ver: Sentencia T 302- 2017. Referencia: Expediente T-5.697.370. Mp. AQUILES ARRIETA GÓMEZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>

⁷¹ Ibid.

⁷² Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 60/2015, Medidas Cautelares No. 51/15 “Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, asentados en el departamento de La Guajira, respecto de Colombia”, 11 de diciembre de 2015

relación a la situación de los Wayuú, declarando el estado de Cosas Inconstitucional⁷³, siendo estos los siguientes:

Para la Corte Constitucional, hay una violación múltiple de derechos fundamentales de los Wayuú. Por una parte, se ha desconocido el derecho a la salud por las diversas omisiones de las entidades territoriales, las EPS Indígenas y las IPS Indígenas, violación del derecho a la salud que es causa a la vez de una violación del derecho a la vida, contribuido por otros desconocimientos de los derechos fundamentales.

La Corte fundamenta que las muertes ocurren frecuentemente en niños que no han recibido una alimentación adecuada, por omisión bien sea de sus comunidades o de las entidades estatales que se han comprometido a entregar alimentos; así también, por la falta de acceso al agua, normalmente como efecto de la sequía, agravada por la falta de provisión principalmente debido a que “...*el Estado no ha realizado los proyectos para asegurar un acceso continuo y sostenible al agua potable*”.

Así mismo, se fundamenta que “...una de las causas de la ineffectividad de las acciones gubernamentales destinadas a garantizar los derechos de los niños es precisamente las violaciones de los derechos a la autodeterminación y a la participación de las comunidades wayuú. La imposición de programas gubernamentales con desconocimiento de las costumbres, las tradiciones y las instituciones económicas del pueblo Wayuú...”

De manera adicional, se plantea que la causa de la vulneración de los derechos se produce por la ausencia de infraestructura básica y la baja penetración del Estado colombiano en la Alta Guajira.⁷⁴

En la sentencia T 359 de 2018, fallo proferido con ocasión a una nueva solicitud de amparo presentado por autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del pueblo Wayúu ubicadas en el municipio de Uribia –La Guajira, ante la crisis causada, entre otros aspectos, por la falta de abastecimiento de agua potable, la escasez de alimentos, la necesidad de servicio de salud y la falta de atención integral a los niños, niñas y adolescentes, madres lactantes y gestantes, frente a esta solicitud de amparo, la

⁷³La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal *estado de cosas*” QUINTERO, NAVARRO E IRINA. **La figura del Estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia.** Revista Jurídica MARIO ALARIO D´FILIPPO, 2011. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>

⁷⁴ Sentencia T 302 de 2017.

Corte Constitucional recoge algunas de las apreciaciones más destacables de la sentencia T 302 de 2017⁷⁵ citada antes, así:

(...) Con base en lo expuesto, (i) sobre la violación del derecho al agua, concluyó que las comunidades Wayúu sufren una vulneración grave y persistente, en especial, en sus dimensiones de *disponibilidad* y *accesibilidad*, pues no cuentan con fuentes de agua potable o enfrentan importantes dificultades para acceder a ellas; (ii) en relación con el derecho a la alimentación, estimó que esta situación se presenta por la inseguridad alimentaria, causada, entre otros motivos, por la pérdida de las tradiciones alimentarias y por la ausencia de políticas y medidas acordes con los usos y costumbres o el derecho propio de estas comunidades; y (iii), en lo concerniente al derecho a la salud, señaló que los niños y niñas Wayúu tienen dificultades para acceder a la atención en salud debido a factores como la existencia de un modelo de atención inadecuado para las zonas rurales dispersas, la corrupción, la falta de disponibilidad de la red hospitalaria y los problemas administrativos que aquejan al Departamento de La Guajira y a sus municipios.

(...)En ese contexto, reconoció la existencia de diversas acciones de las autoridades destinadas a enfrentar la crisis; pero constató también que la respuesta estatal ha sido insuficiente, entre otras razones, porque (i) los planes y programas para enfrentar estos problemas no tenían una cobertura universal y no contaban con una sostenibilidad a largo plazo; (ii) no existía coordinación entre las diferentes entidades a nivel nacional y territorial; (iii) no se había realizado un censo veraz y actualizado de la población Wayúu; (iv) no presentaba indicadores claros destinados a la satisfacción de necesidades básicas; (v) había poco conocimiento de las respectivas autoridades sobre las tradiciones y formas de vida del pueblo Wayúu; y (vi) se evidenciaba una falta de claridad en cuanto a los criterios de selección de los contratistas u operadores para ejecutar ciertos programas, así como sobre quiénes son los beneficiarios o por qué ciertas poblaciones reciben primero los servicios, mientras otras nunca acceden a estos.

(...) A nivel nacional señaló que, si bien se ha previsto un plan para la protección de sus derechos, este adolece de distintos

⁷⁵ Sentencia objeto de revisión de la Corte Constitucional en la cual se amparan los derechos fundamentales de la comunidad Wayúu a causa de la vulneración ocasionada por la falta de agua potable y desnutrición, en este fallo se reiteran los fundamentos de la Sentencia T 302 de 2017. (Sentencia T 359 de 2018. Referencia: Expediente T-5.697.370. MP. AQUILES ARRIETA GÓMEZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017) Ver: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm#_ftn2)

defectos que lo hacen inadecuado desde el punto de vista constitucional. El plan mencionado –explicó la Sala Séptima de Revisión– (i) es *parcial*, pues no incluye todos los elementos anunciados por la Presidencia de la República para 2017, en torno a la crisis humanitaria descrita; (ii) no es *público*, pues no se encuentra vertido en un documento, no se ha traducido al idioma *wayuunaiki* y no se ha dado a conocer efectivamente a las comunidades Wayúu; (iii) no establece tiempos para la satisfacción de cada etapa y para así evaluar el progreso alcanzado; (iv) no cuenta con indicadores de resultado; (v) no incorpora un enfoque diferencial; (vi) enfrenta problemas críticos de sostenibilidad; (vii) no cuenta con criterios transparentes para la selección de beneficiarios; y (viii) no garantiza espacios de participación reales y efectivos para las comunidades y personas destinatarias del mismo.

La sentencia T 302 de 2017 tiene especial importancia, por cuanto en él se destacó el deber de múltiples actores gubernamentales, a pesar de que estos alegaron la ausencia de legitimación frente a las problemáticas expuestas mediante el amparo, es decir, la Corte Constitucional establece la responsabilidad del Estado frente a los problemas que hoy afrontan los Wayuú.

En tal sentido, en la sentencia T-302 de 2017 la Sala Séptima de Revisión, se refirió al carácter multicausal de la violación de derechos humanos denunciada no solo por las comunidades Wayúu, sino por otras autoridades públicas, como la Defensoría del Pueblo, así como por distintos actores sociales.

En esta sentencia, además se estableció la necesidad de adoptar un conjunto de medidas estructurales y culturalmente adecuadas para solucionar la problemática de los Wayuú, en la parte resolutive del fallo se resolvió:

(...)

“TERCERO. - ORDENAR que se tomen las medidas adecuadas y necesarias para constituir un Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de las Políticas Públicas para la superación del estado de cosas inconstitucional constatado, teniendo en cuenta para ello los apartados (9.2) y (9.3) de las consideraciones de esta providencia. El mecanismo deberá realizar las tareas previstas en el apartado (9.3) y estará dirigido a: (i) garantizar los derechos de los niños y niñas del pueblo Wayúu al agua, a la alimentación, a la salud, a la igualdad y a la diversidad cultural. (ii) Cumplir las cuatro condiciones establecidas en el punto resolutive décimo para la superación del

estado de cosas inconstitucional. Y (iii) cumplir los objetivos mínimos constitucionales que se establecen en el punto resolutorio cuarto de esta sentencia. Para este efecto la Sala **ORDENA** a la Presidencia de la República, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, al Departamento de La Guajira y a los municipios de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao, que cumplan los objetivos mínimos constitucionales señalados en el punto resolutorio cuarto, de acuerdo con sus competencias legales y constitucionales, en el marco del Mecanismo Especial creado de acuerdo con el apartado (9.2), en los términos y en los plazos señalados en el apartado (9.3) de las consideraciones de esta providencia, con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional declarado en esta sentencia.

Para que las funciones y labor de seguimiento del mecanismo especial de seguimiento y evaluación sea efectivo, el Gobierno Nacional junto con las entidades que han sido vinculadas a este proceso, deberán convocar al proceso de cumplimiento de la presente sentencia, al menos a las siguientes entidades, de acuerdo con el marco de sus competencias legales y constitucionales, para las tareas específicamente previstas en el numeral 9 de las consideraciones y en esta parte resolutoria: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Departamento Nacional de Planeación, Corpoguajira, Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Transporte, INVIAS, Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, Fiscalía General de la Nación, Contraloría General de la República, Contraloría Departamental de La Guajira y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Las autoridades directamente vinculadas al proceso de tutela deberán tomar las medidas necesarias para contar con la cooperación de las entidades mencionadas. Para el efecto, se **REMITIRÁ** copia de esta sentencia a todas las entidades mencionadas, para que ejerzan sus funciones constitucionales y legales, incluyendo a la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, a través de la Secretaría General.

CUARTO.- ADOPTAR los siguientes objetivos constitucionales mínimos, los cuales deberán ser cumplidos por medio de las acciones que establezcan las entidades públicas en el marco del Mecanismo Especial, en los términos y plazos señalados en

el apartado 9 de las consideraciones, y cuyas metas serán medidas de acuerdo con los indicadores que se establezcan en el marco del Mecanismo Especial: (1) aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua, (2) mejorar los programas de atención alimentaria y aumentar la cobertura de los de seguridad alimentaria, (3) aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de salud a cargo del Gobierno Nacional; formular e implementar una política de salud para La Guajira que permita asegurar el goce efectivo del derecho a la salud para todo el pueblo Wayúu, (4) mejorar la movilidad de las comunidades Wayúu que residen en zonas rurales dispersas, (5) mejorar la información disponible para la toma de decisiones por todas las autoridades competentes para realizar acciones tendientes a la superación del estado de cosas inconstitucional, (6) garantizar la imparcialidad y la transparencia en la asignación de beneficios y en la selección de contratistas, (7) garantizar la sostenibilidad de todas las intervenciones estatales y (8) garantizar un diálogo genuino con las autoridades legítimas del pueblo Wayúu.”

Si bien podríamos decir que el fallo se queda corto al no vincular a las comunidades indígenas en el proceso de creación del mecanismo especial de seguimiento y evaluación ordenado en el numeral primero de la sentencia, así también por cuanto no determina el papel de las comunidades indígenas en el proceso de cooperación con las demás entidades vinculadas, también es menester destacar que este fallo aporta importantes planteamientos de cara a la evaluación de la aplicabilidad de la Teoría del Desarrollo como Derechos, por cuanto en él se reconocen falencias que se pueden traducir en la inobservancia de los principios de inclusión, acceso a los derechos, participación y exigencia de los derechos, principios estos planteados como ejes orientadores de las políticas públicas y estrategias de desarrollo, en el análisis teórico de Abramovich de los Derechos como Desarrollo, expuesto en líneas precedentes.

Es posible afirmar para el caso Wayuú y partir de este para las comunidades indígenas de Colombia (considerando que los Wayuú son la población indígena más grande que habita el territorio colombiano), que las políticas de desarrollo y planes del gobierno nacional no están siendo guiados por los principios de participación, acceso a los derechos y exigibilidad de los mismos.

En tal sentido, la aplicabilidad de la teoría de los Derechos como Desarrollo es planteada como una solución teórica a las problemáticas que afrontan las etnias indígenas que habitan el territorio colombiano, en especial tratándose de la etnia Wayuú.

Lo anterior, por cuanto a fin de que cese la vulneración sistemática de los derechos, es necesario que las prerrogativas reconocidas por la Constitución Política de 1991 y los instrumentos internacionales, sean concebidos como obligaciones del Estado Colombiano, lo que significa que el Estado no solo tiene el deber de intervenir ante la vulneración del derecho, sino que está obligado a ejecutar todos los planes, proyectos y políticas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos de los indígenas, más aun cuando este se trata de un sector históricamente vulnerable de la sociedad colombiana, es decir que, no debe ser una opción sino una obligación para el Estado a través de sus instituciones, elaborar estrategias y políticas de desarrollo que tengan como finalidad la atención y la satisfacción oportuna de los derechos de los pueblos indígenas.

Pero a su vez, las políticas y estrategias implementadas deben ser evaluadas de tal forma que mediante las mismas se atienda de manera eficaz todas las problemáticas de los pueblos indígenas, y no solo aquellas que ganen o lleguen a llamar la atención del Gobierno después de una ardua lucha de los defensores de derechos y representantes de las comunidades indígenas, u otros de los factores expuestos por Kingdon en su teoría de las corrientes múltiples tratada en líneas anteriores; estos deben ser contrarrestados a efectos de que ni la agenda política, ideologías políticas del gobierno de turno, ni la elección subjetiva de las problemáticas, afecten el cumplimiento de las obligaciones del Estado y en consecuencia, se garanticen todos los derechos de las comunidades indígenas.

En tal medida, los principios orientadores de las políticas públicas planteados por Abramovich, cobran especial importancia para la identificación de los sectores que requieren atención y los objetivos que deben cumplir las políticas y estrategias de desarrollo a efectos de que sean eficaces.

Primeramente, las políticas y estrategias a implementar deben garantizar el acceso a los derechos individuales reconocidos a los miembros de las comunidades indígenas de manera singular y a la comunidad como ente colectivo con derechos propios, es decir que debe existir una verdadera inclusión de los pueblos indígenas, a quienes se les garantice una igualdad material partiendo de que son una población vulnerable que ha sufrido de discriminación y vulneración histórica de sus derechos.

Así mismo, todas las acciones del Estado, deben estar orientadas por el principio de participación que no se limita a la representación política de las comunidades indígenas en las corporaciones de elección popular, y en el hecho de que tengan lugar comicios periódicos transparentes, en palabras de Abramovich, se requiere

fundamentalmente la posibilidad de ejercer algunos otros derechos que actúan en cierto modo como una condición previa para que un proceso democrático funcione con cierta regularidad, tales como el derecho de asociación, de reunión, la libertad sindical, la libertad de expresión y el derecho de acceder a la información, entre otros. (Abramovich, 2016, p. 46).

En la medida en que las comunidades indígenas puedan ejercer estos derechos así determinará su incidencia en los procesos políticos y en la orientación de las decisiones del gobierno.

4.2. CONSULTA PREVIA

La Consulta Previa tiene un papel fundamental en cuanto a la participación de las comunidades en las decisiones concernientes a sus territorios y recursos naturales, proceso en el cual se debe brindar información veraz y completa frente a todas las circunstancias que atañen a los planes y proyectos en los que se pueden ver afectados los territorios y recursos de los indígenas, para ello, debe ser una obligación garantizar el acceso a la información relacionada, pero así mismo, debe concebirse el derecho a la Consulta más allá de un simple procedimiento previo, la Corte Interamericana ha conceptualizado que mediante este mecanismo no solo se busca la consulta sino también el consentimiento de las comunidades para la ejecución de los proyectos y planes que los afecten de manera directa o indirecta. (DDPI, 2007).

Si bien, a partir del Convenio número 169 de la OIT,⁷⁶ sobre pueblos indígenas y tribales (2014) no se deriva la obligación de obtener el consentimiento de las comunidades, simplemente se limita la consulta previa al deber de brindar la información a la comunidad interesada, con el fin de determinar si esta se vería afectada, la consulta debería estar orientada al consentimiento del pueblo indígena para todos los planes y proyectos que se quieran ejecutar de los que se pueda generar la intervención o alteración de un pueblo indígena, sobre todo de aquellos en los que se pretende la extracción de recursos naturales que se hallan en territorios indígenas.

En la actualidad, el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 21 de 1991, reglamentada por el decreto 1320 de 1998, establece que:

⁷⁶ Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014. 130 p.

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”⁷⁷

Como es de observarse, la norma faculta a que sea el mismo Estado Colombiano quien determine si se causara una afectación o no de la comunidad indígena en la cual se pretende ejecutar un proyecto, sobre el fundamento de tratarse de recursos minerales o del subsuelo que son de propiedad del Estado, y es frente a las decisiones tomadas en pro de la ejecución de proyectos de explotación o extracción no aceptadas por los pueblos indígenas, que entra en conflicto el interés general del Estado, contra los intereses y derechos de las comunidades indígenas, siendo la Corte Constitucional la que en muchos casos ha entrado a dirimir la situación ordenando en ocasiones sea la suspensión, interrupción o aplazamiento de proyectos en territorios indígenas.

Así, por ejemplo, en Sentencia T-769 de octubre de 2009, la Corte Constitucional exigió la interrupción de la fase exploratoria del proyecto minero Mandé Norte en Murindó (Antioquia) por consulta deficiente de las comunidades afectadas Emberá y afrodescendientes. En la sentencia se hace referencia a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Saramaka (2007).⁷⁸

En esta última sentencia, la Corte Interamericana define en qué debería consistir el cumplimiento con el requisito de la consulta previa en el contexto de proyectos de minería a gran escala. La CIDH determina que la consulta debe tener lugar en las primeras etapas del plan de desarrollo, con base en información completa y a través de procedimientos culturalmente adecuados y a través de instituciones representativas indígenas, así también, que el Estado no sólo tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas y con las comunidades tribales que posiblemente serían afectadas, sino que además tiene que asegurarse de obtener un acuerdo, quiere decir su

⁷⁷ Ver: DECRETO 1320 DE 1998 (julio 13) Diario Oficial No 43.340, del 15 de julio de 1998. <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/decreto-1320-98-consulta-previa.pdf>

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C 769 de 2009. Referencia: expediente T-2315944. Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009). Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-769-09.htm>

consentimiento libre, informado y previo (CIDH 2007, p 42-44).⁷⁹

A pesar de la sentencia de la Corte Interamericana (2007) reiterada por la Corte Constitucional mediante sentencia T 769 de 2009, aun en Colombia no se aplica la Consulta Previa como un mecanismo para el obtener el consentimiento de la comunidad interesada, pues lo determinante no es su aprobación sino su posición u opinión, y por su parte, el decreto 1320 de 2001 que reglamenta el procedimiento de la consulta ha sido ampliamente criticado no solo por la OIT sino por la Corte Constitucional, por cuanto no fue elaborado en consulta y con la participación de los pueblos cubiertos por el Convenio, ni respecto de su contenido, a tal punto que se le solicitó al gobierno colombiano su modificación.

Estas falencias son expuestas por IKVPAX CRHISTI, en el documento CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA: EL CASO DE EXPANSIÓN DEL PROYECTO DE CERREJÓN, así:

“El Decreto 1320 regula la consultación de comunidades indígenas y afrocolombianas previamente a la explotación de recursos naturales renovables, y no se expresa específicamente sobre la consulta en caso de exploración y explotación de recursos no-renovables, tales como materias primas minerales y combustibles fósiles. (2) El decreto no regula el derecho a la consulta de forma exhaustiva, porque no atañe la toma de decisiones dentro de dominios que tienen que ver con las culturas y las formas de vida de comunidades indígenas y afrodescendientes (por ejemplo, la educación, el sistema de salud, el desarrollo rural). Al fin y al cabo, el derecho a la consulta se refiere en términos generales a medidas legislativas o administrativas que pueden afectarles directamente (OIT C169, artículo 6.1). 8 (3) 8 El Decreto 1320 tampoco regula la consulta a pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas acerca de la legislación que pueda afectarles directamente (o sea que potencialmente tenga consecuencias para su cultura y su estilo de vida). La consulta a representantes de comunidades indígenas o afrodescendientes está regulada en reglamentos separados; en el Decreto 2248 de El lenguaje del decreto ya no está al día (el decreto es de 1998). Con relación a los objetivos del proceso de consulta, el reglamento habla de “acuerdos” entre partes, sin referir al derecho de la población indígena y afrodescendiente a CLPI (consentimiento). De esta forma, la legislación se queda muy atrás con respecto a desarrollos sobre el tema en el derecho

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

internacional y en sentencias recientes de la Corte Constitucional en Colombia. Finalmente es importante señalar que el Decreto 1320 genera confusión sobre el derecho a la consulta de comunidades indígenas y afrodescendientes que no disponen de títulos de propiedad sobre su territorio (quiere decir que no tienen un resguardo jurídicamente reconocido). Por un lado, el decreto obliga al gobierno a realizar las consultas con comunidades que viven en “zonas no tituladas (colectivamente) y habitadas en forma regular y permanente”, pero por otra parte supedita este derecho al reconocimiento de estas comunidades y sus territorios ancestrales por parte del Ministerio del Interior y de Justicia y el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (artículos 2 y 3). Ya en varias ocasiones el comité técnico de la OIT ha determinado que “La consulta prevista en [el Convenio] procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no, título de propiedad sobre los mismos” (OIT 2007). También en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, de noviembre de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) determinó que estas comunidades tienen derechos sobre sus tierras ancestrales, independientemente de lo que diga la legislación nacional al respecto, y que es con base en ello que deben de ser consultados.” (IKVPAX CRHISTI, 2012, p.7).

Las anteriores críticas tienen verdadero fundamento, por cuanto, es cierto que el decreto 1320 de 2001, se queda corto en cuanto a la regulación de la Consulta, no es claro en cuanto a la aplicabilidad ante la explotación de recursos renovables, no se constituye como una obligación del Estado frente a decisiones diferentes a la disposición de los territorios y recursos, cuando lo cierto es que son muchos más los aspectos de la vida de las comunidades indígenas que pueden verse afectados en gran o menor medida por las acciones del Estado y de los particulares. Pero aún más preocupante resulta el hecho de que la norma en comento no contemple la consulta como un mecanismo por el cual debe existir el consentimiento de la comunidad para la toma de decisiones que los afectan, es decir, no es necesario la aprobación de la comunidad, basta su concepto y es el Estado quien determina o no su viabilidad, y así también, genera gran desconcierto el que se supedite la realización de la consulta a los indígenas que se encuentran en resguardos indígenas reconocidos por el Gobierno Nacional, esto deja por fuera de este mecanismo participativo a aquellas comunidades que no han obtenido dicho reconocimiento.

Por último, regresando a los principios orientadores, las políticas y

estrategias del gobierno deben garantizar que se generen verdaderos mecanismos de exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas, en la actualidad el mecanismo más usado en Colombia para la exigibilidad de derechos resulta ser las acciones de Tutela interpuestas ante los organismos de la Jurisdicción Ordinaria, que se ven investidos por facultades constitucionales para efectos de establecer si se está o no vulnerando los derechos invocados. No obstante, de ello se evidencian grandes falencias, entre ellas:

- Que tengan que recurrir a las acciones judiciales como quizá el único medio de lograr una efectiva protección de los derechos, cuando deberían existir mecanismos eficaces para la fiscalización de las acciones gubernamentales.
- Las acciones de Tutela y las diferentes acciones judiciales generalmente tienden a formularse ante la existencia de una vulneración u amenaza inminente de violación a los derechos⁸⁰, lo que significa que no se trata de un mecanismo preventivo sino correctivo.
- Es posible observar, por ejemplo, para el caso de los Wayuú, como aun existiendo fallos judiciales como la sentencia 302 de 2017, planteada a rasgos generales en líneas anteriores, en los que se amparan los derechos del pueblo indígena, no cesa la vulneración de sus derechos y continúan existiendo graves circunstancias de exclusión, pobreza, desnutrición y muerte infantil, desconocimiento de los derechos del pueblo indígena como colectivo titular sobre sus territorios ancestrales, a su derecho de autodeterminación.

En este punto es preciso que uno de los mecanismos de exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas sea la aplicación de su propia Jurisdicción Especial dentro de sus territorios, no obstante, para ello ha de armonizarse la aplicación de la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial.

⁸⁰ “La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es una herramienta procesal preferente, informal, sumaria y expedita que pretende el amparo de los derechos fundamentales de una persona que se ven vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o particular. No obstante, para que la solicitud de amparo proceda, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia ius-fundamental del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez)” Sentencia T-010/17. Referencia: Expediente T-5.733.392. MP Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil diecisiete (2017). ver: http://spij.minjus.gob.pe/content/jurisprudencia_extranjera/repositorio/2017/05/colombia/SentenciaT-010-2017.pdf

5. RECOMENDACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

A pesar del reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural de la nación y la inclusión del pluralismo como un principio fundamental del Estado colombiano, así como del desarrollo de la Corte Constitucional frente a los derechos de las comunidades indígenas, es factible afirmar que en Colombia no existen mecanismos vinculantes para la efectividad de los derechos de los indígenas, diferentes a las acciones judiciales entre ellas principalmente las acciones de tutela o amparo, como medidas correctivas frente a la amenaza inminente de vulneración de los derechos.

Así, por ejemplo, a partir de la información obtenida y desarrollada a lo largo de este estudio, se evidencia que mecanismos como la Consulta Previa, reconocido mediante el convenio N° 169 de la OIT, adoptado por Colombia mediante ley 21 de 1991, en muchos casos no es aplicado. Frente a esta circunstancia la Corte Constitucional ha debido intervenir para proteger los derechos de las comunidades, ordenando la suspensión o aplazamiento de los proyectos ejecutados en los territorios indígenas o con incidencia en estos.

En otras ocasiones, la Consulta Previa es aplicada como un formalismo para obtener el concepto de la comunidad indígena, requisito para la obtención de las licencias necesarias para la ejecución de los proyectos de impacto, en la realidad no se busca el consentimiento frente al proyecto que se espera realizar con incidencia sobre una comunidad indígena, muy a pesar de que a nivel internacional la Organización de las Naciones Unidas a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hayan reconocido la necesidad de que medie el consentimiento de las comunidades, para que se puedan ejecutar proyectos de incidencia sobre sus territorios y costumbres.

En Colombia se evidencia, por ejemplo, como ante los proyectos de extracción y explotación de recursos naturales, entra en conflicto los intereses del Estado y los derechos del pueblo indígena sobre los territorios, a pesar que la Corte Constitucional haya reiterado el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, en tratándose de decisiones atinentes al manejo de recursos naturales, especialmente, minerales del subsuelo, se requiere la autorización del Estado Colombiano para la disposición sobre los mismos y cuando existe contradicción entre la posición del Estado y de la comunidad indígena, termina siendo la Corte Constitucional la mediadora entre el conflicto.

Por su parte, las decisiones de la Corte Constitucional parten de criterios de racionalidad propios de la corporación, que en muchas ocasiones se alejan de la manera de entender el mundo por parte de la comunidad indígena, y es que solo el pueblo indígena es el legitimado para determinar lo concerniente a sus costumbres, y en muchas ocasiones se profieren decisiones judiciales en las cuales no ha mediado el concepto de las autoridades indígenas.

Así también es de observar, por ejemplo, como solo hasta el 2017 la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional frente a la sistemática, desproporcionada e irrazonable violación de los derechos de la etnia Wayuú, cuando antes de este fallo se había negado a establecer la existencia de cosa juzgada, argumentando que las diversas acciones de Tutela interpuestas para la protección de los derechos indígenas, obedecían a cargos diferentes. Ello es muestra de que ni siquiera la Corte Constitucional logra hacer efectiva la protección de los derechos, y aun existiendo fallos en los que concede el amparo constitucional, se sigue generando la violación sistemática.

De igual forma, las sentencias de la Corte Constitucional se tornan insipientes para la eficaz garantía de los derechos y principios de los pueblos a su Jurisdicción Especial, como quiera que ante la omisión legislativa - inexistencia de una ley que armonice la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial, la Corte no ha entrado a suplir la ausencia de la ley, como si lo ha hecho en tratándose de otros temas no regulados, y tampoco ha exhortado al Congreso de Colombia para que profiera una ley que reglamente la Jurisdicción Especial.

Lo anterior conduce a que la aplicación de la Jurisdicción Especial siga supeditada a las decisiones de la Corte Constitucional, cuando las decisiones de una comunidad indígena entran en conflicto con las decisiones de alguno de los organismos de las ramas del Estado, lo que significa, la ausencia de obligatoriedad de las decisiones del pueblo indígena.

Esta circunstancia genera, como se ha visto, en el particular caso de los Wayuú, como muestra indígena tomada para el desarrollo de este trabajo, que se desconozcan los derechos de la comunidad étnica y se tomen decisiones gubernamentales y legislativas que desembocan en la afectación de las poblaciones. La ineficacia de la Jurisdicción especial, proviene de una falta de conciencia Estatal frente al respeto por la auto determinación de los pueblos, y sus derechos de autonomía y territorialidad.

Frente a ello, la Teoría del Desarrollo como Derechos es la solución teórica propuesta, mediante la cual los derechos deben ser considerados como obligaciones del Estado y en tal sentido las actuaciones de cada uno de sus organismos deben estar orientadas por los principios de participación, inclusión - acceso a los derechos y exigibilidad de los mismos, la integración de estos principios debe conllevar a la identificación de los sectores de especial protección para el planteamiento de políticas y estrategias de desarrollo que atiendan de manera efectiva la garantía de todos los derechos de los pueblos indígenas.

En la creación de estas políticas debe buscarse la eliminación de cualquier factor que incida negativamente en la formulación de las mismas, es decir, las múltiples concepciones subjetivas sobre los problemas, las diversas ideologías de los actores, la agenda de gobierno, los temas llamativos a nivel nacional, (factores expuestos por Kingdon en desarrollo de la teoría de la corrientes múltiples) no pueden afectar la creación de las políticas y estrategias que deban implementarse para la efectividad de todos los derechos de las comunidades indígenas.

Mucho menos puede dejarse la implementación de políticas públicas al resultado de la lucha incesante de los pueblos indígenas, supeditados a tener lo que Kingdon ha denominado “ventanas de oportunidad política”.

El acceso a los derechos debe ser un producto del cumplimiento de las obligaciones del Estado y no el resultado de la lucha del pueblo indígena, ello significa que bajo el principio de inclusión debe asegurarse el ejercicio de sus derechos, bajo criterios de igualdad material, en tratándose de la población históricamente excluida y vulnerable en relación al resto de la población nacional.

Lo que se evidencia hoy es la sistemática vulneración de los derechos, de lo que es posible decir que no existe inclusión de los pueblos indígenas. Etnias como los Wayuú, hoy sufren las consecuencias de un Estado excluyente, que ha adoptado planes y proyectos sin tener en cuenta los derechos de la comunidad, y en muchos casos incluso, las políticas públicas que deberían implementar las entidades de Gobierno, son inexistentes, razón por la cual, es factible establecer que la garantía de acceso a los derechos económicos y sociales, como la alimentación, salud, atención temprana, educación, y saneamiento básico, son índices de medición objetivos de la eficacia de las políticas públicas.

Pero en igual medida, cada actuación del Estado debe ser orientada por la participación de las comunidades sobre todas las decisiones que los afectan de manera directa o indirecta y sobre todo de aquellas que tienen que ver con sus territorios, bajo el

reconocimiento ineludible de los derechos de autodeterminación y autonomía.

A tal punto que la Consulta Previa debe ser un mecanismo de información veraz y completa sobre los planes y proyectos que se quieran ejecutar con incidencia en las comunidades indígenas, siendo condición necesaria, el consentimiento de la comunidad, en respeto por los derechos sobre su territorio y cultura ancestral.

El Estado debe orientar a su vez todos sus esfuerzos por garantizar la existencia de mecanismos para la exigibilidad de los derechos, de tal manera que existan medios preventivos de fiscalización de las decisiones administrativas y legislativas, y no solo medios correctivos a los cuales haya lugar una vez causada la vulneración, de tal manera que las acciones judiciales sean el ultimo mecanismo de exigibilidad al cual se recurra, y en todo caso, uno de los mecanismos de efectividad de los derechos sea la misma Jurisdicción especial.

Para lo anterior debe existir una ley que permita la armonización entre el sistema jurisdiccional ordinario y la jurisdicción especial indígena, en la cual se recojan como cimientos conceptuales y ejes orientadores, la concepción del principio de pluralismo y los principios orientadores de participación, inclusión y exigibilidad de los derechos.

Para que ello sea posible, se requiere que exista un reconocimiento reciproco entre las jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria, en una relación horizontal y no de control o revisión, ese reconocimiento implica ser conscientes y respetar la existencia, autonomía, independencia e importancia social y cultural.

Este respeto significa abstenerse de interferir u obstaculizar la administración de justicia de los pueblos indígenas en los términos en los cuales lo ha posibilitado la Constitución Política, de tal manera que solo exista intervención de la jurisdicción constitucional ante la vulneración de derechos fundamentales.

Ello significaría que las decisiones de los pueblos indígenas deben ser cumplidas por las partes involucradas y por las autoridades, esto es, deben tener fuerza vinculante. Al respecto, la Corte Constitucional reconoce que las comunidades indígenas tienen derecho a que la jurisdicción indígena sea respetada, y señala que, por tanto, una vez asuman un caso para su conocimiento, la decisión adoptada tiene la misma jerarquía de una sentencia ordinaria.⁸¹

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T 001 de 2012. Referencia: expediente T-2.801.782. Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Bogotá, D.C, once (11) de enero de dos mil doce (2012). Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-001-12.htm>

Finalmente, para la creación de dicha ley y la determinación de su contenido deben conformarse mesas de trabajo integradas por los representantes de las comunidades indígenas, pues resultaría contradictorio promulgar una ley que regule la jurisdicción Especial Indígena sin la participación activa y decisoria de estos.

6. REFERENCIAS

ABRAMOVICH, V. **Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo**. Revista de la CEPAL 88, 2006. Disponible en: <http://www.bivipas.unal.edu.co/handle/10720/342>. Acceso el: 10 de octubre de 2019.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA CO. **DECRETO 1320 DE 1998**. Diario Oficial No 43.340 del 15 de julio de 1998. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/sites/default/files/decreto-1320-98-consulta-previa.pdf>. Acceso el: 3 de febrero de 2019.

ARBELÁEZ de Tobón, Lucia. **La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional**. Módulo Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Guatemala, 2004.

AYLWIN, J. **Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos**, Temas de derechos humanos en debate, Lima, Instituto de Defensa Legal. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Chile, 2004.

BARRIOS, J. **Derecho Constitucional, Derecho Interamericano y Derechos Indígenas. Avances y Frustraciones**. Visión Renacer Editores. Bogotá, 2007.

BERNAL, C. **El derecho de los derechos, precedente constitucional**. Universidad Externado. Bogotá, 2008.

BLANCO, J. **La Jurisdicción Especial Indígena: más allá del mandato constitucional**. Universidad Libre Facultad de Derecho. Bogotá, 2008.

BORRERO, C. **Multiculturalismo y derechos indígenas**, CINEP. Bogotá, 2003.

CENTRO DE DOCUMENTACION JUDICIAL (DENDOJ) CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991**, actualizada con los Actos Legislativos hasta 2010. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>. Acceso el: 2 de noviembre de 2018.

CIDH. **Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007**. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Acceso el: 10 de febrero de 2019.

CINEP / Programa por la Paz. **Informe Especial: Minería, conflictos agrarios y**

ambientales en La Guajira". Bogotá, 2016. Disponible en: http://cinep.org.co/images/institucional/informes_especiales/Informe_EspecialMineriaLa_Guajira.pdf. Acceso el: 5 de febrero de 2019.

CLAVERO, B. **Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El Reto Constituyente de Bolivia**. Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 94, enero-abril (2012), págs. 29-60.

CNDH. **El derecho a la identidad de las personas y los pueblos indígenas**, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Ciudad de México 2016. Disponible en: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Cartilla-Derecho-Identidad-Indigenas.pdf>. Acceso el: 10 de febrero de 2019.

CONGRESO DE COLOMBIA. **Ley 270 de 1996, ley Estatutaria de Justicia**. Marzo 7. Diario oficial 42.745 del 15 de marzo de 1996. Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%20270%20de%20207%20de%20marzo%20de%201996.pdf>. Acceso el: 12 de enero de 2019.

CONGRESO DE COLOMBIA. **LEY 89 DE 1890, Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada**. Dada en Bogotá, a diez y seis de noviembre de mil ochocientos noventa. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4920>. Acceso el: 5 de febrero de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Organigrama Corte Constitucional**. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/organigrama.pdf>. Acceso el: 10 de noviembre de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia T 342 de 1994**. Expediente T-20973. Magistrado Ponente: ANTONIO BARRERA CARBONELL. Santafé de Bogotá, D. C., julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-342-94.htm>. Acceso el: 12 de noviembre de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia T 254 de 1994**. Expediente T-30116. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Bogotá, mayo 30 de 1994. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>. Acceso el: 12 de noviembre de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia C 139 de 1996**. Expediente D-1080. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, Acta No. 18. Santafé de Bogotá, D.C., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y seis (1996). Disponible em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>. Acceso el: 15 de

noviembre de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia T 652 de 1998**. Expedientes acumulados T-168.594 y T-182.245. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Santafé de Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>. Acceso el: 15 de diciembre de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia C 418 de 2002**. Expediente D-3786. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil dos (2002). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-418-02.htm>. Acceso el: 17 de diciembre de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia T 379 de 2003**. Expediente T-620511. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil tres (2003). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-379-03.htm>. Acceso el: 20 de diciembre de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia C 029 de 2009**. Expediente D-7290. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>. Acceso el: 20 de diciembre de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia C 769 de 2009**. Expediente T-2315944. Magistrado Ponente: Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-769-09.htm>. Acceso el: 22 de diciembre de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia C-063 de 2010**. Expediente D-7755. Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-063-10.htm>. Acceso el: 21 de diciembre de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia C 617 de 2010**. Expediente T-2.433.989. Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>. Acceso el: 10 de enero de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia C 366 de 2011**. Expediente D-8250. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Bogotá D.C, once (11) de mayo de dos mil once (2011). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>. Acceso el: 10 de enero de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA **Sentencia T 001 de 2012**. Expediente T-2.801.782. Magistrado Ponente: JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Bogotá, D.C, once (11) de enero de dos mil doce (2012). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-001-12.htm>. Acceso el:10 de enero de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia T 302- 2017**. Expediente T-5.697.370. Magistrado Ponente: AQUILES ARRIETA GÓMEZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>. Acceso el: 11 de enero de 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia T 359 de 2018**. Expediente T-5.697.370. Magistrado Ponente: AQUILES ARRIETA GÓMEZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm#_ftn2. Acceso el: 11 de enero de 2019.

DANE. **La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos**. Imprenta Nacional. Bogotá D.C, 2010: Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf Acceso el: 7 de febrero de 2019.

DE LUCAS, J. **Diversidad, Pluralismo y Multiculturalidad**. CIP-Ecosocial – Boletín ECOS N° 8, agosto-octubre 2009. Disponible en: http://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Boletin%20ECOS/Boletin%208/diversidad_pluralismo_multiculturalidad_J.DELUCAS.pdf. Acceso el: 7 de febrero de 2019.

EGGP. Escuela de Gestión Pública Plurinacional. Disponible en: <http://teleeduca.egpp.gob.bo/materiales/Mod5Tribunal-Constitucional-en-Estado-Plurinacional>. Acceso el: 12 de noviembre de 2018.

ALARCON, O. **La Séptima Papeleta**. EL ESPECTADOR. 29 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/la-septima-papeleta-columna-569151> Acceso el: 12 de febrero de 2019.

FAO. **Directrices voluntarias sobre la Gobernanza responsable de la tenencia de la**

tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, (2012). Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i2801s.pdf>. Acceso el: 4 de febrero de 2019.

FERNÁNDEZ, J. **La Inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español**. Civitas. Madrid, 1998. Págs. 33, 114 ss.

GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. **Oportunidad para todos y propósito de país**. Plan de Desarrollo. Riohacha, 2016. Disponible en: <http://www.laguajira.gov.co/web/attachments/article/3371/Plan%20de%20Desarrollo%20La%20Guajira%202016-2019%20-%20Parte%201%20De%205.pdf>
Acceso el: 5 de febrero de 2019.

HABERMAS, J. **Identidades nacionales y postnacionales**, Madrid: Tecnos, 1989.

HÄRTEL, G. **Constitutional Courts as Positive Legislators**. German National Report, XVIII International Congress of Comparative Law, Washington, July, 2010.

HERNANDEZ, M. **Sobre los sentidos de “Multiculturalismo e interculturalismo”**. Universidad Autónoma de México. Ra Ximhai, mayo-agosto, volumen 3. 2007.

IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Pueblos indígenas y afrodescendientes, herramientas para la defensa del territorio: Indicadores para la evaluación de la consulta y protocolo para la resolución de conflictos socioambientales**. San Jose de Costa Rica, 2018. Disponible en: <file:///C:/Users/Equipo/Downloads/Pueblos%20indi%C3%8C%20genas%20y%20afrodescendientes%20defensa%20del%20territorio.pdf> Acceso el: 1 de febrero de 2019.

KINGDON, J. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. Longman Classics Edition. Nueva York, 1984.

KYMLICKA, W. **Ciudadanía multicultural**. Ediciones Paidós. Barcelona, 1996.

LONDOÑO, B. **La Constitución de 1991 y los indígenas: nuevos espacios de participación política**. Revista Credencial Historia N° 146. 2016. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/la-constitucion-de-1991-y-los-indigenas>. Acceso el: 6 de febrero de 2019.

LÓPEZ, D; GORDILLO, R. **Consideraciones ulteriores sobre el análisis estático de jurisprudencia**. Revista de Derecho Público N°. 5 Universidad de los Andes. Bogotá, 2002.

MEJÍA, O. **Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho**. Humanitas N° 33. México: Centro de Estudios Humanísticos de la Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006.

MISIÓN DE OBSERVACIÓN SALUD, AMBIENTE Y MINERÍA DE CARBÓN EN LA GUAJIRA, **Informe 2018**. Bogota, 2018. Disponible en: <https://www.desdeabajo.info/images/pdf/INFORME.pdf>. Acceso el 12 de febrero de 2018.

MORALES, E. **Zenú, Embéra, Wayú. Tres culturas aborígenes.** Fondo Nacional Universitario (2004). P. 150-151.

MÚNERA, A. **El fracaso de la nación.** Editorial Planeta Colombiana. Bogotá, 2008.

OIT. **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.** Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014.

OLANO H. **Tipología de nuestras sentencias constitucionales.** Revista Universitas. Universidad Javeriana. Bogotá, 2004.

ONIC. Organización Nacional Indígena de Colombia. **¿CUALES SON, CUANTOS Y DONDE SE UBICAN LOS PUEBLOS INDIGENAS DE COLOMBIA?** Disponible en: <https://www.onic.org.co/noticias/2-sin-categoria/1038-pueblos-indigenas>. Acceso el: 29 de noviembre de 2010.

PAX EN COLOMBIA. IKV PAX CRHISTI. **Consulta Previa en Colombia: el caso de expansión del proyecto de Cerrejón.** 2012. Disponible en: <https://paxencolombia.org/wp-content/uploads/2016/01/Informe-consulta-previa-Cerrejon.pdf>. Acceso el: el 10 de febrero de 2019.

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN - REPÚBLICA ARGENTINA. **Proyecto Modernización del Estado, Jefatura de Gabinete de Ministros: Teorías del Proceso de las políticas Públicas.** Buenos aires, 2010.

QUINTERO J; NAVARRO, A; IRINA, M. **La figura del Estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia.** Revista Jurídica MARIO ALARIO D'FILIPPO, 2011. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4767667.pdf>. Acceso el: 5 de diciembre de 2018

RAMA JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. **Organigrama. Disponible en:** <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/organigrama> Acceso el: 12 de diciembre de 2018.

RENDÓN, L; GONZÁLEZ, F. **Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de Colombia.** Fundación Hemera. Bogotá, 2006.

RODRÍGUEZ, J. **La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado.** In: **El caso español.** Civitas. Madrid, 1998.

SÁNCHEZ, B. **Caleidoscopio de la justicia, cap. XII.** In: **El reto del multiculturalismo jurídico: la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena.** Universidad Nacional. Bogotá, 2001.

SÁNCHEZ, E. **Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena**

en Colombia. 2da edición. Bogotá, 2007.

SANCHEZ, E. **Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia**, Universidad Nacional, Unidad de investigaciones socio jurídicas, Facultad de derecho UNAL. Bogotá, 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERU. Expediente N.º 0022-2009-PI/TC LIMA: Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html> Acceso el: 3 de noviembre de 2018.

UMPE. Unidad de Planeacion Minero Energetica. Disponible en:

<http://www.upme.gov.co/> Acceso el: 2 de enero de 2019.

VAN HOOFF, G.H.J. **The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views**, en P. Alston y K. Tomasevsky (comps.). **Rights to Food**. Utrecht Países Bajos, 1984.