

Frank Semper (Alemania) *

Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

1. Introducción

Desde fines de la década de 1980, la mayoría de los Estados latinoamericanos han intentado tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas que habitan su territorio en el marco de nuevas constituciones nacionales, y regular la relación con los pueblos indígenas bajo la influencia de una nueva actitud y política internacional.

Los pueblos indígenas y sus organizaciones políticas y sociales son un factor importante, sobre todo en los Estados andinos de Bolivia y Ecuador. En estos países, la confrontación permanente entre los gobiernos y los pueblos indígenas y sus organizaciones, producto de ideas divergentes sobre el futuro desarrollo del país, ha derivado en una profunda crisis institucional, que en el caso de Bolivia incluso podría poner en peligro la unidad nacional. En esencia, los temas centrales de estos conflictos son el alcance y los límites de la autonomía indígena, que amenaza con desbordar el marco del Estado constitucional existente. En tanto que para los Estados la reivindicación de autonomía de los indígenas excede lo posible, para los pueblos indígenas el grado de autonomía que ofrece el Estado no es suficiente. El antagonismo de las posturas encontradas afecta la identidad del Estado constitucional latinoamericano y sus cimientos.

* Periodista y doctor en Jurisprudencia, Goethe-Universität Frankfurt am Main (Alemania). Autor de varios libros sobre Latinoamérica. <frank.semper@sebra-verlag.de>

En Colombia, en cambio, la *cuestión indígena* desempeña un papel secundario en general. En buena medida ello guarda relación con el hecho de que la participación de los sectores indígenas en el total de la población no supera el 2%. De allí que la Asamblea Constituyente no tuvo mayores problemas en concederle amplios derechos en la Constitución Política de Colombia del 20 de julio de 1991 (CP).

La proclama de los derechos indígenas es un aspecto; su implementación y concreción, otro. La CP no sólo consagró constitucionalmente los derechos materiales de los indígenas, sino que además creó algunos instrumentos jurídicos procesales para su defensa y concreción, en particular la *acción de tutela* (artículo 86 de la CP)¹ y las instituciones correspondientes, entre las que se destaca la Corte Constitucional (artículos 239 ss.), de modo que los indígenas gozan de una efectiva protección jurídica. Desde que inició su labor y hasta la fecha, la Corte Constitucional ha dictado unas cincuenta sentencias² sobre los derechos de los indígenas, las que intentan iluminar las dudas existentes en cuanto a las disposiciones constitucionales.

La cuestión indígena está estrechamente relacionada con la problemática general de los derechos humanos, aunque no se limita a ella. En tanto que en lo concerniente a la conformación y el desarrollo del estatus constitucional se registran considerables avances para los pueblos indígenas en Colombia, su realidad es todo menos satisfactoria y se ve caracterizada por continuas y graves lesiones a sus derechos humanos.³

2. Las fuentes jurídicas del derecho indígena en Colombia

Con la puesta en vigencia de la nueva Constitución colombiana, el 7 de julio de 1991, comenzó una nueva era para los indígenas del país. Con la participación de tres

¹ “ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando crea que éstos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

”La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

”Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

”En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

”La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

² Los fallos de la Corte Constitucional fueron extraídos del banco de datos JURISCOL, <http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/jurisprudencia/juris_buscar_cortec_cont.html>.

³ Informes de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2004/13 § 90-92, 17 de febrero de 2004; E/CN.4/2005/10, Anexo III § 7-9, 28 de febrero de 2005.

representantes indígenas, la Asamblea Constituyente incorporó amplias disposiciones sobre el derecho indígena en el texto constitucional que en su conjunto conforman una *constitución indígena*.⁴

La *atmósfera proindígena* durante las sesiones de la Asamblea Constituyente determinó que Colombia ratificara, en directa conexión con las disposiciones constitucionales, la Convención 169 de 1989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la tradujera en derecho nacional mediante la ley 21 de 1991, que hasta ahora es la convención internacional más amplia para garantizar los derechos indígenas. Según la jurisprudencia permanente de la Corte Constitucional, las disposiciones constitucionales y las regulaciones de la convención 169 de la OIT forman un *bloque de constitucionalidad*.⁵

Las disposiciones legales pertinentes complementan las disposiciones constitucionales, y, dado que afectan al campo de los derechos humanos, queda excluida la limitación de sus contenidos, aun durante la vigencia de estados de excepción. En la medida en que se ven afectados los derechos humanos, una acción de tutela puede basarse en una violación a una disposición de la Convención 169 de la OIT.

Las disposiciones constitucionales y las regulaciones de la Convención 169 de la OIT se ven complementadas por varias leyes y decretos preconstitucionales que en parte datan del siglo XIX y siguen teniendo vigencia. Los sectores indígenas deducen algunos de sus derechos centrales de la ley 89 de 1890,⁶ mediante la cual se reintrodujo el estatus especial vigente en la época colonial para los indígenas (entre otros, el derecho a la autogestión, así como la exención del servicio militar y del pago de tributos).

A pesar de la construcción básicamente poco feliz de la ley y de una gran cantidad de conceptos discriminatorios,⁷ los sectores indígenas durante mucho tiempo la consideraron esta ley el *arma jurídica* para sus acciones.⁸

Además de las reglamentaciones jurisdiccionales del derecho positivo, cabe mencionar los derechos autóctonos (derecho consuetudinario indígena, derecho popular y derecho tribal, usos y costumbres) de los pueblos indígenas.

⁴ La gran cantidad de normas constitucionales que se ocupan de los derechos de los indígenas permite hablar de una *constitución indígena*, en pie de igualdad con los restantes cuatro ordenamientos fundamentales que son la constitución económica, la ambiental, la social y la cultural.

⁵ Instructiva es la sentencia de la Corte Constitucional (SCC) Sala Unida (SU)-510/98 y (Tutela) T-606/01.

⁶ “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes, que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. Reproducido en Roque Roldán (comp.): *Fuero indígena colombiano*, Bogotá: Presidencia de la República, 1990, pp. 46-56.

⁷ LA CC declaró con sentencia de constitucionalidad (C)-139/96 como inconstitucionales las regulaciones discriminatorias de la ley 89 de 1890, aunque no puso en tela de juicio la vigencia de la ley.

⁸ Christian Gros: *Colombia indígena. Identidad cultural y cambio social*, Bogotá: Cerec, 1991, p. 220.

Los derechos autóctonos de los 82 pueblos indígenas en Colombia⁹ son múltiples y desarrollan diferentes efectos de cohesión sobre sus miembros. En el caso de la mayoría de los pueblos indígenas en Colombia, las reglas de conducta autóctonas forman parte de su orden social e identidad étnica. Sin perjuicio del reconocimiento de estos derechos en la Constitución, su fuerza interior nace de sus orígenes pre y extraestatales como derecho originario.

3. El principio constitucional de la diversidad étnica y cultural (artículo 7 de la CP)

El punto de referencia central para la actual situación jurídica de los pueblos indígenas en Colombia es la disposición constitucional del artículo 7 de la CP:

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

El artículo 7 de la CP fue introducido con el propósito de poner oficialmente fin a la política de asimilación del Estado frente a los indígenas que desde la década de 1980 suscitó el rechazo internacional.¹⁰

La disposición se basa en la evidente intención del constituyente de terminar con la tutela de los indígenas por parte del Estado. No obstante, la naturaleza jurídica y el alcance del principio constitucional formulado en términos genéricos son poco claros y problemáticos. La Corte Constitucional determina el área de aplicación del artículo 7 de la CP en el caso concreto, ponderándolo con otros principios constitucionales que poseen un peso comparable.¹¹ Ubica el principio de la *diversidad étnica y cultural* en una relación directa con los principios de *democracia* y *pluralismo* (Preámbulo, artículos 1 y 2 de la CP),¹² señalando que se trata de una manifestación de la estructura pluralista del Estado colombiano.¹³ En el principio de la *diversidad étnica y cultural* quedaría establecido el estatus especial para las comunidades indígenas, el cual se manifestaría en el ejercicio de los derechos de legislación y jurisprudencia dentro de su área territorial, en coincidencia con sus propios valores culturales (artículo 246 de la CP), de la autogestión mediante poderes propios dentro de sus usos y costumbres (artículo 330 de la CP), la creación de distritos electorales especiales para senadores y diputados indígenas (artículos 171 y 176 de la CP) y el ejercicio irrestricto de la propiedad sobre sus *resguardos* y territorios.¹⁴ Asimismo, el principio debe ac-

⁹ Con 785 356 integrantes, cifras del DANE para 2002.

¹⁰ Respecto de la formulación concreta del artículo 7 de la CP, el diputado indígena Rojas Birri en *Gaceta Constitucional* n.º 67, p. 21.

¹¹ Véase SCC n.º T-349/96.

¹² SCC n.º SU-510/98, T-188/93, T-342/94, T-039/97.

¹³ SCC n.º SU-510/98.

¹⁴ SCC n.º SU-510/98.

tuar sobre la definición conceptual de los diferentes derechos fundamentales, que la Corte constitucional ha desarrollado en beneficio de las comunidades indígenas.¹⁵

El principio sólo debe ser limitado en la medida en que quede afectado un principio constitucional o un derecho fundamental en favor de un individuo de mayor rango.¹⁶

4. Los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derechos (fundamentales) colectivos

La Corte Constitucional define a las “comunidades indígenas” como sujetos de derechos (fundamentales) colectivos. En general, el tribunal utiliza el concepto de *comunidad indígena* para asegurar los derechos colectivos de los indígenas como grupo, sin recurrir al concepto más amplio e internacionalmente vinculante de *pueblo indígena*. El concepto de *comunidad indígena* tiene en Colombia una larga tradición y es habitual tanto entre los indígenas como en la política y la administración estatales.¹⁷

La definición legal consta en el decreto 2001 de 1988, artículo 2.¹⁸ En esta definición se entiende por comunidad indígena:

[...] el conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional como formas de gobierno y control social internos que las distinguen de otras comunidades rurales.

En buena medida, la definición se guía por la discusión que simultáneamente se desarrolló en la OIT respecto del concepto de *pueblos indígenas* y que luego fue integrado en el artículo 1.b de la convención 169, por un lado, y por las particularidades de la situación colombiana, por el otro.

El reconocimiento de la *comunidad indígena* como sujeto de derechos (fundamentales) propios surge del principio fundamental del artículo 7 de la CP y constituye una necesaria premisa para su protección. La Corte Constitucional aclara que la comunidad indígena es un sujeto de derecho colectivo y no una acumulación de sujetos de derecho individuales que comparten los mismos derechos o extensivos intereses comunes, y les abre de esta manera la protección jurídica a través de las demandas populares que tienen a su disposición.¹⁹

¹⁵ SCC n.º SU-510/98.

¹⁶ SCC n.º T-496/96.

¹⁷ Frank Semper: *Die Rechte der indigenen Völker in Kolumbien*, Hamburgo: Sebra, 2003, pp. 48 ss.

¹⁸ Por el cual se reglamentan el inciso final del artículo 29, el inciso 3.º y el § 1.º del artículo 94 de ley 135 de 1961, en lo relativo a la constitución de *resguardos* indígenas en el territorio nacional.

¹⁹ SCC n.º T-380/93.

Para la Corte Constitucional los pueblos y comunidades indígenas no son únicamente un dato de la realidad sino también sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce diferentes formas de vida y concede a las comunidades indígenas personería jurídica para que puedan ejercer sus derechos fundamentales y reclamar protección.²⁰ La consagración de la titularidad de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas es un desvío de la concepción predominante de los derechos fundamentales individuales en el capítulo 2 de la Constitución (artículos 11 ss. de la CP) y que, en la medida en que fueron incorporados a la lista del artículo 85 de la CP, obligan al poder público.

5. Los derechos centrales de los pueblos y comunidades indígenas

Los derechos centrales de los pueblos y las comunidades indígenas apuntan a asegurarles su territorio, fortalecer y desarrollar su autodeterminación y proveer a una justa participación en el Estado y sus instituciones.

La Corte Constitucional enumera expresamente entre los derechos fundamentales de la comunidad indígena:²¹

- el derecho a la subsistencia a resultas del derecho a la vida (artículo 11 de la CP);
- el derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica a resultas del derecho a la integridad física (artículo 12 de la CP), en particular como derecho a la defensa contra la desaparición forzada;
- el derecho a la propiedad de tierra comunitaria;
- el derecho a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas, en particular relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios según el artículo 6.15 de la ley n.º 21 de 1991, artículo 330 de la CP (“Consulta previa”).

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional se infieren otros derechos en favor de las comunidades indígenas.²²

No queda claro, sin embargo, si se trata de derechos fundamentales independientes o más bien de diferentes concreciones de los derechos fundamentales enumerados más arriba. La Corte Constitucional tampoco rechaza los derechos a la identidad o diversidad y autodeterminación (autonomía), reclamados y reconocidos en el plano internacional, pero no los cuenta entre los derechos fundamentales.

²⁰ SCC n.º T-606/01.

²¹ SCC n.º SU-510/98.

²² Por ejemplo, el derecho a reconocimiento y protección de las prácticas medicinales tradicionales, SCC n.º C-377/94 n.º T-214/97.

Sin perjuicio de la consagración constitucional del derecho a la identidad (cultural) en el artículo 68 § 5:

Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

Se plantean dificultades conceptuales y dogmáticas. En las sentencias de la Corte Constitucional se alude en diferentes oportunidades al derecho a la identidad (cultural), pero sin pasar de un sentido declaratorio. El derecho a la identidad se concreta sobre la base de los otros derechos fundamentales.

5.1. *Resguardo indígena*²³

El artículo 63 de la CP define la propiedad de tierras comunitarias de los indígenas bajo la forma jurídica del *resguardo*:

[...] las tierras de resguardo [...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

La disposición se ve complementada por el artículo 329.2:

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

De esta manera se consagra constitucionalmente la prohibición de vender o gravar las tierras comunitarias indígenas. El reconocimiento constitucional de la propiedad colectiva del *resguardo* sirve a la preservación de las culturas indígenas y de sus valores espirituales. La tierra indígena no sólo constituye la base de su subsistencia, sino que es al mismo tiempo parte fundamental de su cosmovisión, cultura y religiosidad.²⁴

El *resguardo* es una invención de la época colonial que perdura en el presente. Sin embargo, ya no se condice con las ideas actuales de los indígenas sobre su tierra. Por eso durante las sesiones de la Asamblea Constituyente se desarrollaron conceptos más amplios respecto de los territorios indígenas (artículos 286 y 287 de la CP) y *entidades territoriales indígenas* (artículo 329 de la CP), que fueron volcados al texto constitucional sin que quedara claro qué relación guardan las diferentes figuras jurídicas entre sí. Tampoco la Corte Constitucional ha contribuido con sus sentencias a una mayor claridad en este ámbito, al constatar, desconcertada, que un *resguardo* no es idéntico a una entidad territorial.²⁵

²³ Los 638 resguardos que jurídicamente les han sido asignados a las comunidades indígenas cubren el 27% del territorio nacional, con un total de 31,3 millones de hectáreas de superficie titulada. El 13% de los indígenas vive en territorios que no constituyen superficies de resguardo (cifras DANE, 2002).

²⁴ SCC n.º T-188/93.

²⁵ SCC n.º T-634/99.

La institución de los *resguardos* se remite al *repartimiento* español, que era la repartición y asignación de las tierras a los indígenas. En los siglos XVII y XVIII no se trazaron límites precisos, sino que se designaba a la tierra según puntos y caminos dentro de cuya superficie debían asentarse los indígenas.²⁶ En el caso del *resguardo*, se trató de la figura de propiedad de la tierra comunal para los indígenas (*pleno dominio y propiedad*), que debía ser no enajenable y que era confirmada mediante el otorgamiento de títulos sobre las tierras.²⁷

A medida que crecía la población criolla y mestiza, hacia fines del siglo XVIII se prohibió la constitución de nuevos *resguardos* y los existentes fueron integrados sucesivamente a las parroquias de la población española y criolla.²⁸

El primer presidente de Colombia y libertador, Simón Bolívar, dispuso por decreto de fecha 20 de mayo de 1820 la devolución de los *resguardos* a los indígenas. Sin embargo, al año siguiente el Congreso de Cúcuta dispuso la disolución de los *resguardos*. La ley del 11 de octubre de 1821²⁹ quería romper la tradición colonial y perseguía la división de la tierra de los *resguardos* y su traspaso a la propiedad privada.

La ruptura de la tradición de la propiedad comunitaria de los indígenas se manifestó más tarde en la disposición del Código Civil de 1873.³⁰ No obstante, la figura del *resguardo* revivió en la Ley 89 de 1890. El Congreso colombiano quería someter los asuntos indígenas a una ley uniforme e integral, porque creía que sólo de ese modo podría garantizar el orden interno de vastas partes del país contra la persistente resistencia de los indígenas. Por eso, el artículo 40 de la ley dejaba abierta una puerta trasera para más expropiaciones legales de tierras indígenas y no fue aplicado a superficies de *resguardo* que eran consideradas “abandonadas” por los indígenas.³¹

Que la figura del *resguardo* pudiera sobrevivir hasta el presente se debe a la resistencia indígena contra la política estatal. En particular, el relevamiento efectuado por el indígena páez Manuel Quintín Lame (1916-17) y la elaboración de un programa de siete puntos que, entre otras cosas, reclamaba la reintroducción y ampliación de las superficies de *resguardo*, terminaría siendo la chispa inicial para el posterior desarrollo de un movimiento indígena nacional.

²⁶ Juan Friede: *El indio en lucha por la tierra*, Bogotá: Punta de Lanza, 3.^a ed., 1976, p. 153.

²⁷ Respecto del procedimiento de asignación en particular, Margarita González: *El resguardo en el Nuevo Reino de Granada*, Bogotá: Universidad Nacional y El Áncora, 1992, pp. 32 ss.

²⁸ Semper: o. cit., p. 82; Augusto Gómez: *Indios, colonos y conflictos. Una historia regional de los Llanos Orientales 1870-1970*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Colombiano de la Antropología y Siglo XXI, 1991, “Introducción”, sección III.

²⁹ Reproducido en Roldán: o. cit., p. 13.

³⁰ El Código Civil colombiano de 1873 se basa en gran parte en el Código chileno, que ya había sido adoptado por el estado de Santander el 18 de octubre de 1858 y el estado de Cundinamarca en 1859.

³¹ Semper: o. cit., p. 103.

La ley sobre la reforma agraria social (ley 135 de 1961) fue sancionada con la intención de democratizar las actuales formas de propiedad de las tierras, en particular de superar la antinomia entre latifundios y minifundios. La ley de reforma agraria de 1961 reconoció a las comunidades indígenas, aun cuando a los efectos de insertarlos en el sistema económico capitalista como unidades de producción y de consumo.³²

El presidente Virgilio Barco Vargas dictó durante su gobierno (1986-1990) el decreto 2001 de 1988, que debía reorganizar los procedimientos de asignación de tierras de *resguardo*. En la práctica se cristalizaron dos diferentes formas de asignación: por un lado, a través de *terrenos baldíos*; por el otro, a través de predios y mejoras del *Fondo Nacional Agrario*.

La actual situación jurídica sigue asignándole al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) las tareas legales de *constitución, ampliación y saneamiento* de *resguardos*, según la ley 160 de 1994 en relación con el decreto 2164 de 1995.

Por *saneamiento* se entiende una estrategia de conservación ambiental y recuperación de aquellas zonas en las que se superponen superficies de parques nacionales, *resguardos* y superficies de uso agropecuario.³³

El INCORA constata, sobre la base de estudios propios, si el *resguardo* cumple la función social y ambiental establecida.³⁴ No queremos entrar en los pormenores del complejo procedimiento de asignación y nos limitamos a señalar simplemente que las trabas burocráticas a la hora de formar una propiedad de *resguardo* obstaculizan el derecho de propiedad de los indígenas y su derecho a la autonomía, aun cuando la figura jurídica especial fue revaluada por su inclusión en la Constitución.

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, la propiedad comunitaria del *resguardo* está sujeta a la sistemática de contenidos y barreras según el artículo 58 de la CP, como está vigente también para la propiedad privada. En la jurisprudencia constitucional, el derecho a propiedad de *resguardo* se emplea prácticamente en forma equivalente al derecho de los indígenas a una existencia segura. De esta manera se desdibujan los contornos específicos del derecho fundamental de la propiedad, que pasa casi por completo a un segundo plano frente al ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida (en forma de la subsistencia) y el derecho fundamental a la integridad étnica, social, cultural y económica.

³² El artículo 29 contiene disposiciones sobre la asignación de *baldíos*, en zonas que fueron pobladas por indígenas, lo que encierra, al mismo tiempo, la negación de las reivindicaciones indígenas tradicionales sobre las superficies de *posesión inmemorial*.

El artículo 94 intentó solucionar el problema de los minifundios indígenas y encargó al INCORA estudiar la situación socioeconómica, para restablecer sobre esa base las antiguas estructuras de *resguardo*, volver a asentar a la población indígena original y eventualmente ampliar el *resguardo* comprando otras superficies del distrito comunal.

³³ Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, p. 243.

³⁴ En particular Semper: o. cit., pp. 139 ss.

La propiedad de los recursos naturales no renovables en los *resguardos* no es de los indígenas sino del Estado. Dice el artículo 332 de la CP:

El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Los indígenas sólo obtienen un derecho privilegiado según el artículo 124 del Código de Minas (ley 685 del 2001).

5.2. *Contenidos y límites de la autonomía indígena*

Mucho más difícil se plantea la inclusión y concreción del proclamado derecho indígena a la autodeterminación (autonomía) en la sistemática constitucional. En virtud de las consecuencias jurídico-internacionales que acarrea el *derecho a la autodeterminación de los pueblos*, los Estados son sumamente cautos en el reconocimiento de este derecho. Colombia no es la excepción.

El concepto de autonomía es entendido como la capacidad de un grupo de darse formas de organización social, económica y política propias, poseer el derecho a designar autoridades propias, diseñar sus relaciones en virtud de sus tradiciones y sus actividades económicas, preservar su lenguaje, poseer formas de educación y salud propias.³⁵

Encontramos bases constitucionales del derecho a la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en las regulaciones sobre la organización territorial (título XI, artículos 287, 329 y 330 de la CP) y en las regulaciones respecto de la *jurisdicción especial indígena* (artículo 246), entre otros instrumentos.

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, la garantía de la autonomía indígena es una cuestión atinente a la protección de los derechos fundamentales, cuando las injerencias afectan el derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos y las comunidades indígenas.

La autonomía de las entidades territoriales se establece en el artículo 287 de la CP:

Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

³⁵ Rojas Birri, en Enrique Sánchez, Roque Roldán y María Fernanda Sánchez: *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá: Disloque (Coama), 1993, p. 37.

A los territorios indígenas se aplica el artículo 329 de la CP:

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

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

El artículo 329 de la CP se ve complementado por el artículo 330:

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

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

La Corte Constitucional subrayó que la circunstancia de que hasta ahora no se sancionara la Ley sobre Ordenamiento Territorial no debe constituir un obstáculo para la existencia y el desarrollo de la identidad y la autonomía indígenas.³⁶ Pero el tribunal tuvo que reconocer que, en la aplicación práctica del derecho, el trazado de límites de los territorios indígenas es una condición importante para una adecuada aplicación del derecho a consulta previa en relación con decisiones y medidas del Estado que garantiza la Constitución.³⁷ La falta de una ley ha creado, por otra parte, permanentes problemas en relación con las *transferencias de la nación* para subsidiar los territorios indígenas.

³⁶ SCC n.º T-606/01.

³⁷ SCC n.º SU-383/03 respecto de las fumigaciones con *glifosato* contra plantaciones de coca en la región amazónica de Colombia.

Por eso, mediante el decreto 1718 de 2001 se reincluyó el artículo 359 de la CP, que en el número 4 se refiere a la figura de los *resguardos* como beneficiarios de las transferencias de la nación.

El 25% de los recursos del impuesto del valor agregado IVA que se recaude a nivel nacional, se destinarán única y exclusivamente al fortalecimiento de los planes y programas de inversión social en un 13% para los municipios con menos de 25.000 habitantes, un 4% para todos los corregimientos, un 4% para los *resguardos indígenas* y un 4% para los estratos uno (1), dos (2) y tres (3) de los Distritos y Municipios del país.

En la medida en que no esté sancionada la Ley de Ordenamiento Territorial, la administración recurre al artículo transitorio 56 de la CP:

Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

En primer término, *autonomía* significa para los pueblos y las comunidades indígenas autonomía territorial, y describe la autodeterminación sobre una cierta franja territorial delimitable. Es decir que la autonomía indígena no es concebible sin referencia a un determinado territorio. El ámbito territorial es la base irrenunciable para la institución y el ejercicio de la autogestión indígena, que incluye, entre otros elementos, la elección de autoridades propias (artículo de la 330 CP) y el derecho a la jurisdicción especial indígena (artículo 246 de la CP).

A los pueblos y comunidades indígenas no sólo se les concede dentro de sus territorios la misma autonomía administrativa, fiscal y financiera que también se concede a los departamentos, distritos y municipios, sino, además, una cierta autonomía en cuestiones políticas y jurídicas.³⁸

Asimismo, existen elementos de autonomía personal en cuanto a idioma, educación (artículo 68, párrafo 5, de la CP) y cultura (artículo 70, párrafo 2) de los indígenas.

La autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas no se funda sólo en las disposiciones constitucionales correspondientes y las regulaciones de la ley 21 de 1991, en particular el artículo 7, párrafo 1, que les concede a los pueblos indígenas el derecho a establecer las propias prioridades del proceso de desarrollo.

Los indígenas extraen elementos centrales de su derecho a autonomía de la ley 89 de 1890. Los decretos reglamentarios 2001 de 1988 y 2164 de 1995 modernizaron la terminología de la ley, adaptándola a la nueva política indígena. La institución más importante de autogestión de los pueblos y comunidades sigue siendo el *cabildo indígena*, a cuyo frente está el *gobernador*, sobre todo en los pueblos indígenas más populosos en la región andina meridional del país, entre los que figuran las etnias Páez³⁹ y Guambiano, según el artículo 3 de la ley 89 de 1890. La Constitución habla

³⁸ SCC n.º T-254/94, n.º T-606/01.

³⁹ Con 120 000 miembros, es la etnia más grande y políticamente más influyente.

además de *consejos* (artículo 330) y *autoridades de los pueblos indígenas* (artículo 246).

5.3. *El principio de la maximización de la autonomía indígena*

La autonomía de la que se benefician los pueblos y comunidades indígenas se deduce de los principios generales de la participación democrática y pluralista consagrada en el artículo 7 de la CP.

La Corte Constitucional ha destacado reiteradas veces que sólo se habrá hecho justicia al artículo 7 de la CP una vez que se les conceda a las comunidades indígenas un máximo de autonomía. Sólo con un máximo de autonomía se puede asegurar la supervivencia cultural de las comunidades indígenas.⁴⁰ Sobre la base de esta reflexión, la Corte Constitucional desarrolló el principio de la maximización de la autonomía, frente al que se opone una limitación de injerencia como forma de proteger intereses superiores.⁴¹

El principio de maximización de la autonomía en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas trasciende todo el orden jurídico nacional. Su manejo práctico queda demostrado en el caso de la colisión de bienes e intereses entre diferentes derechos e intereses privados y generales.

Consideraciones de orden procesal deben pasar a segundo plano frente a la noción de autonomía. Así lo decidió la Corte Constitucional ya en 1992, cuando suspendió la construcción de una carretera cuyo trazado atravesaba un *resguardo*.⁴²

Por primera vez se estipuló que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas (a la autonomía) no son meros intereses particulares, sino intereses generales que se desprenden del principio consagrado en el artículo 7 de la CP.

En caso de derechos e intereses contrapuestos de igual rango, éstos deben ser llevados a un justo equilibrio, en el cual los derechos fundamentales involucrados no pueden verse afectados en su esencia.⁴³ En su sentencia sobre la legalidad de las fumigaciones de plantaciones de coca desde el aire con el herbicida *glifosato* en las zonas del Amazonas colombiano, la Corte Constitucional dejó en claro que no bastaba una remisión global a la convivencia pacífica y al orden público como bienes jurídicos de mayor rango para la limitación de derechos constitucionales.⁴⁴

⁴⁰ SCC n.º SU-510/98, T-349/96, T-523/97, T-266/99.

⁴¹ SCC n.º T-349/96; n.º T-523/97; SU-383/03.

⁴² SCC n.º T 428/92.

⁴³ SCC n.º SU-383/03.

⁴⁴ SCC n.º SU-383/03.

5.4. Derecho a consulta previa

A partir de las diversas regulaciones de la participación de pueblos y comunidades indígenas, establecidos en la Constitución y en la ley 21 de 1991, la Corte Constitucional desarrolló el instrumento de la *consulta previa* y lo dotó de la protección de la que gozan los derechos fundamentales.⁴⁵

En principio, se trata del deber del Estado de consultar a los indígenas cuando se adoptan medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarlos en forma directa. La *consulta previa* no es un fin en sí mismo, sino que tiene por objeto asegurar la efectividad y la concreción de los derechos fundamentales a la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena y su subsistencia como grupo social. Al mismo tiempo, la *consulta previa* sirve a la concreción o bien maximización de la autonomía indígena.⁴⁶

La disposición central es el artículo 6 de la ley 21 de 1991:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Una concreción constitucional del derecho general de consulta previa en beneficio de los pueblos y las comunidades indígenas existe respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas. Este tipo de medidas constituye una considerable amenaza para la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas afectados y su supervivencia como grupo social. Así lo explicitó firmemente la Corte Constitucional en su sentencia *U'wa*.⁴⁷

Dice el *parágrafo* del artículo 330 de la CP:

⁴⁵ Mayores detalles brinda la SCC n.º T- 652/98.

⁴⁶ SCC n.º SU 383/03.

⁴⁷ SCC n.º SU-039/97 (explotación de petróleo en el territorio de los U'wa).

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las disposiciones que se adopten respecto a dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La disposición constitucional sigue al artículo 15 de la ley 21 de 1991:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, obtenga 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 exploración de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

La Corte Constitucional ha relativizado la *consulta previa* haciendo referencia al artículo 34 de la ley 21 de 1993, en la medida en que se remite a la posibilidad que todo país posee de diseñar en forma flexible la naturaleza jurídica y las medidas que serán aplicadas para la concreción de ese derecho.⁴⁸

Por lo tanto, en lo que se refiere a la mera fijación y delimitación de las zonas mineras indígenas por la autoridad minera competente establecida en el artículo 122 del Código de Minas (ley 685 de 2001),⁴⁹ el legislador no necesariamente tiene que remitirse a las disposiciones sobre la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas, porque la disposición debe leerse en relación directa con el segundo párrafo.⁵⁰

5.5. *Jurisdicción especial indígena*

Una manifestación especial de la idea de autonomía indígena es la constitución de una *jurisdicción especial indígena* con arreglo a lo estipulado en el artículo 246 de la CP:

⁴⁸ SCC n.º SU 383/03; n.º C-418/02.

⁴⁹ “*Zonas mineras indígenas*. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la explotación y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

”Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código”.

⁵⁰ SCC n.º C-418/02.

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

La disposición plantea una serie de preguntas metodológicas y prácticas.

La Corte Constitucional ha deducido cuatro criterios individuales del texto poco claro de la disposición: 1) la existencia de autoridades asimilables a jueces en los pueblos indígenas; 2) la facultad de fijar normas y mecanismos; 3) el sometimiento de la jurisdicción indígena, sus normas y procedimientos, a la Constitución y a la ley, y 4) la competencia del legislador de coordinar la jurisdicción especial indígena con el sistema jurídico nacional.

La sistemática de la disposición sugiere que la *jurisdicción especial indígena* sería interpretada como otra forma más de jurisdicción especial, además de la jurisdicción militar (artículo 221 de la CP) y los jueces de paz (artículo 247 de la CP). En ese sentido, forma parte de la justicia extraordinaria pero no extraestatal. A los efectos de la aplicación jurídica, el Consejo Superior de la Judicatura ha desarrollado para los otros órdenes jurisdiccionales un *Atlas para la jurisdicción especial indígena* que brinda, ordenado por pueblos y *resguardos*, una breve introducción a los temas: territorio, identidad y autoridad; representación y participación; desarrollo propio y actividad económica, seguidos de un glosario.⁵¹

A diferencia de las restantes jurisdicciones especiales, la jurisdicción indígena no está alcanzada por la reserva de ley, por lo que las consecuencias normativas deben resultar directamente de la Constitución.⁵²

La jurisdicción indígena no está integrada a una vía de instancias.

Hasta la fecha, el legislador no ha hecho uso de su facultad para coordinar la jurisdicción indígena con el sistema jurídico nacional, lo que ha dado lugar a una considerable inseguridad jurídica. En el caso de demandas individuales de indígenas o de sus órganos de representación reconocidos ante los tribunales ordinarios, éstos en general se declaran competentes, con lo que interfieren con la jurisdicción de las autoridades indígenas.

El dilema radica precisamente en el amplio campo de aplicación de la acción de tutela según el artículo 86, párrafo 1, de la CP, que abre la vía judicial a través de los *actos jurídicos* de las autoridades indígenas como sujetos del poder público ante los tribunales ordinarios.

La cuestión del juez natural se plantea en otro sentido más. La no consideración de la jurisdicción indígena (por parte de otros órdenes jurisdiccionales o autoridades

⁵¹ <<http://200.74133.182/atlasjei/>>.

⁵² SCC n.º T-606/01.

administrativas) es una violación al principio del juicio justo y el derecho a la debida defensa en el proceso.⁵³

En definitiva, se trata de una injerencia en la autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas.

Para evaluar las decisiones de las autoridades indígenas, la Corte Constitucional toma como parámetro los derechos humanos generales.

6. Conclusión

Con su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha contribuido a concretar y robustecer los derechos indígenas consagrados constitucionalmente.

Claro que existen muchas preguntas centrales que hasta la fecha siguen sin solución.

A primera vista, la cuestión de las tierras parece estar resuelta de manera bastante satisfactoria en Colombia a través del modelo de los *resguardos*, porque un gran porcentaje de los pueblos y las comunidades indígenas vive dentro de superficies tituladas. Pero, a pesar del elevado porcentaje de superficies asignadas oficialmente a los indígenas, en muchos casos éstas son insuficientes para una adecuada explotación, ya que se trata básicamente de tierras de calidad inferior. Los procesos de ampliación y saneamiento de *resguardos* ya existentes son complejos y largos, por lo cual se incrementa la pobreza extrema dentro de muchos *resguardos*.

En cuanto al alcance de la autonomía indígena, la CP prevé numerosas disposiciones. La concreción de la autonomía se materializará sobre la base de las entidades territoriales indígenas. En la medida en que no se concrete un reordenamiento del orden territorial colombiano y no se instituyan las entidades territoriales indígenas, la autonomía de los indígenas queda limitada al área de sus *resguardos*. Los *resguardos* no están previstos como entes de derecho público y, por ende, tampoco pueden elevar reclamos frente al gobierno central u otros entes territoriales.

Para paliar las necesidades más urgentes dentro de los *resguardos*, la política oficial y la administración les otorgan el mismo trato que a los entes territoriales, a lo sumo, en cuanto a determinadas transferencias de la nación. Es un recurso de urgencia que aún sigue muy lejos de la concreción y maximización de la autonomía indígena.

Es preciso que el derecho de *consulta previa* de los indígenas se ordene de manera vinculante y que efectivamente sea aplicado en la práctica. Tal como lo demuestra la gran cantidad de sentencias dictadas por la Corte Constitucional, existe un grave déficit en este campo. Es necesario que el derecho a *consulta previa* adopte por fin una forma institucional obligatoria, como ya ha ocurrido en parte con *comisiones* y *mesas permanentes* a escala nacional y departamental.

⁵³ SCC n.º T-606/01.

En el ámbito de la *jurisdicción especial indígena* es donde más se aprecia el antagonismo entre la aspiración del Estado constitucional moderno a la unidad nacional, en particular en forma de unidad jurídica, y el postulado del pluralismo de derechos. La superación de este antagonismo y la confluencia de diferentes sistemas jurídicos presupone dos cosas: por un lado, un Estado constitucional democrático con instituciones que se acerquen a los indígenas y a sus ideas en forma comprensiva y brinden apoyo en caso de duda; por el otro, pueblos y organizaciones indígenas que puedan interpretar a las instituciones del Estado como propias y participen (tengan la posibilidad de hacerlo) en su desarrollo.

Bibliografía

- FRIEDE, Juan: *El indio en lucha por la tierra*, Bogotá: Punta de Lanza, 3.^a ed., 1976.
- GÓMEZ, Augusto: *Indios, colonos y conflictos. Una historia regional de los Llanos Orientales 1870-1970*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Colombiano de la Antropología y Siglo XXI, 1991.
- GONZÁLEZ, Margarita: *El resguardo en el Nuevo Reino de Granada*, Bogotá: Universidad Nacional y El Áncora, 1992.
- GROS, Christian: *Colombia indígena. Identidad cultural y cambio social*, Bogotá: Cerec, 1991.
- ROLDÁN, Roque (comp.): *Fuero indígena colombiano*, Bogotá: Presidencia de la República, 1990.
- SÁNCHEZ, Enrique, Roque ROLDÁN y María Fernanda SÁNCHEZ: *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá: Disloque (Coama), 1993.
- SEMPER, Frank: *Die Rechte der indigenen Völker in Kolumbien*, Hamburgo: Sebra, 2003.