

Fecha de recepción: 8 de agosto de 2017
Fecha de revisión: 4 de junio de 2018
Fecha de aceptación: 12 de junio de 2018

Multiculturalismo y pluralismo en el constitucionalismo colombiano: el caso de la reinterpretación del mito en el diálogo intercultural *u'wa* *

*Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. ***

Para citar este artículo

Higuera, D. (2018). Multiculturalismo y pluralismo en el constitucionalismo colombiano: el caso de la reinterpretación del mito en el diálogo intercultural *U'wa*. *Vía Juris*, (25), 11-32.

Nadie podrá llevar por encima de su corazón a nadie ni hacerle mal en su persona aunque piense y diga diferente.

(Traducción del art. 12 constitucional en versión wayúu, por parte de Jaime Garzón)

RESUMEN

La reinterpretación del mito en el diálogo intercultural posibilita acercamientos entre la autonomía de los pueblos indígenas y las consagraciones de derechos humanos en el sistema colombiano, estrategia que de aplicarse como método para solucionar los conflictos resultantes de esta independencia deviene en que sus costumbres —las indígenas— riñan con las disposiciones legales sobre la protección de los derechos humanos en el reconocimiento al multiculturalismo, lo que ha generado diversas críticas, de orden materialista, (por parte de mayorías democráticas), o de ineficacia del sistema de derecho, esta última sustentada en la concepción paradójica del caso colombiano según la cual las comunidades indígenas son autónomas siempre que no contradigan la Constitución, situación que puede dar pie a grandes desequilibrios si los operadores judiciales no sopesan adecuadamente las facetas autónomas y estatales del pluralismo jurídico.

* Este trabajo es uno de los productos del proyecto de investigación: “Derecho de las Víctimas como Límite de la Justicia Transicional”, el cual se adelanta en el grupo de investigación: “PRIMO LEVI” de la Facultad de Derecho de la UPTC. (Periodo 2017-2018). Tunja (Colombia).

** Abogado; magíster en Derecho Público y Ciencia Política, Université Nancy II, Francia; doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia; docente e investigador; director de proyectos de la Fundación Fénix y miembro de Mensa Internacional. Tunja (Colombia).
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0086-0065> Correo electrónico: higuerajimenez.abogado@gmail.com Blog: thewayofthelawyer.blogspot.com

Palabras clave

Derecho fundamental, multiculturalidad, pluralismo jurídico, reinterpretación del mito en el diálogo intercultural.



<https://doi.org/10.37511/viajuris.n25a1>

Multiculturalism and pluralism in colombian constitutionalism: the case of the reinterpretation of myth in the *u'wa* intercultural dialogue

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D.

ABSTRACT

The reinterpretation of the myth on intercultural dialogue allows rapprochement between the indigenous people's autonomy and the consecrations of human rights in Colombian legal system, strategy to apply as a method of conflicts resolution that arises as outcome of this independence, and it becomes in that indigenous customs fight against legal system that rules the protection of human right to recognize the multiculturalism, and this has generated various criticisms, of materialistic order, of democratic majorities, or ineffectiveness of law system, the last sustained in paradoxical conception of the Colombian case, according to this the indigenous community are autonomous as long as don't be in conflict with the constitution, situation that can give arise to large imbalances if the judges can't properly weigh the state and autonomous facets of legal pluralism.

Keywords

Fundamental rights, juridical pluralism, multiculturalism, reinterpretation of myth on intercultural dialogue.

Multiculturalismo e pluralismo no constitucionalismo colombiano: o caso da reinterpretação do mito no diálogo intercultural *u'wa*

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D.

RESUMO

A reinterpretação do mito no diálogo intercultural possibilita aproximações entre a autonomia dos povos indígenas e as consagrações dos direitos humanos no sistema colombiano, estratégia que pode ser aplicada como método de solução dos conflitos decorrentes dessa independência, que se torna em que seus costumes (os indígenas) entram em conflito com as disposições legais que tratam da proteção dos Direitos Humanos no reconhecimento do multiculturalismo, e isso gerou várias críticas, de ordem materialista, de maiorias democráticas ou de ineficácia do sistema legal, este último baseado na concepção paradoxal do caso colombiano, segundo a qual as comunidades indígenas são autônomas, desde que não contrariem a Constituição, situação que pode levar a grandes desequilíbrios se os operadores judiciários não pesarem adequadamente as facetas autônomas e estatais do pluralismo jurídico.

Palavras-chave

Direito fundamental, multiculturalismo, pluralismo jurídico, reinterpretação do mito no diálogo intercultural.

Multiculturalisme et pluralisme dans le constitutionnalisme colombien: le cas de la réinterprétation du mythe dans le dialogue interculturel *u'wa*

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D.

RÉSUMÉ

La réinterprétation du mythe dans le dialogue interculturel permet de rapprochement entre l'autonomie des peuples autochtones et la consécration des droits de l'homme dans le système colombien, qui a développé une application appliqué pluralisme juridique national pondéré, tout en conservant le respect de l' tradition culturelle des peuples autochtones sans compromettre les garanties des droits fondamentaux en Colombie pour obtenir la reconnaissance des minorités comme sujets de droits à la reconnaissance des droits de l'homme.

Keywords

Des droits fondamentaux, du pluralisme juridique, multiculturalisme, réinterprétation du mythe du dialogue interculturel.

INTRODUCCIÓN

Más de cien años fueron necesarios para vislumbrar la necesidad de una nueva Constitución que lograra retomar las riendas de una sociedad con problemas y conflictos a los cuales la Constitución colombiana de 1886 ya no podía dar solución.

La nueva Constitución, nacida en 1991, se ha caracterizado por las amplias garantías de derechos fundamentales y la existencia de mecanismos para su protección, consecuencia de la declaratoria del Estado social de derecho, así consagrado en su artículo 1.º; sin embargo, pese a que los avances en la tutela judicial efectiva son notorios, la eficacia material directa de estos postulados no se ha concretado.

Entre las múltiples garantías se incluyó la *autonomía de las comunidades indígenas*, consagrada en el artículo 246 de la Carta Política de 1991, donde se establece el reconocimiento pluralista de su sociedad, diversidad que debemos resaltar y en la cual incluimos la pluralidad étnica; por consiguiente, se debe respeto a las milenarias formas de control social de los grupos indígenas aún existentes en Colombia.

A pesar de que Colombia es partícipe del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹, un convenio que reconoce los derechos de los pueblos indígenas y tribales, el problema surge al nivel de estructuras sociopolíticas, ya que en muchas ocasiones el Estado es el gran vulnerador de los derechos humanos —sobre todo mediante asesinatos, desplazamientos, contaminación, componentes de una lista infame en Latinoamérica— y, en otros casos, con el argumento de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales se destruye el arraigo de dichas comunidades al introducirse nuevas creencias o romper con sus paradigmas de vida. También se presenta el fenómeno de la protección-extinción; en este caso, se afecta a la comunidad paradójicamente en un intento por protegerla en su pureza antropológica, por ejemplo, al no intervenir sanitariamente o en prácticas sexistas indeseables. Así las cosas, es posible que a estos pueblos, en pleno uso de su cultura y amparados por la autonomía indígena, se les vulneren derechos humanos, de ahí que ante este escenario

el Estado se ve obligado a intervenir, cuestión que en esencia es el objeto del presente trabajo.

Aunado a lo anterior, este estudio incluye la situación de las comunidades indígenas en los reportes de riesgo que afrontan, y hace un recorrido por las causas de su disminución poblacional, la responsabilidad estatal al respecto y la normatividad que ampara a los habitantes originales de las Américas. A su vez, se detallan las diferentes perspectivas sociales respecto al tema, al igual que los arduos intentos por hacer que con la nombrada autonomía se logre un cambio pragmático a fin de establecer un escenario propicio donde se puedan respetar por igual los derechos humanos y las disposiciones de las etnias indígenas preservando su cultura y el sistema social de estas comunidades.

En este contexto, se vislumbra la necesidad de recrear un mecanismo que permita garantizar el derecho de preservar su cultura a las sociedades indígenas, puesto que a veces la aplicación de la ley al margen de sus tradiciones conlleva atropellos, convirtiéndose en paradójica la idea de que siendo la Constitución garante de los derechos indígenas, también los sitúe en punto de contradicción, donde se desconozca su autonomía. Evidencia de esta tensión es en particular llamativo el caso vivido en el noreste boyacense con la comunidad indígena *u'wa* sometida a consideración y regulación por la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-030 del 2000, que versa sobre esta cultura, en la que el nacimiento en partos múltiples era una maldición para la comunidad y por ende los frutos de ese alumbramiento debían ser ofrecidos en sacrificio al dios de la tierra², situación ante la cual los entes estatales accionaron recurso de amparo para proteger la vida de los menores pese a pretenderse la reinterpretación del mito³. En esta problemática surge la relectura de la mitología indígena, que proponía adecuar la tradición al discurso de los derechos humanos realizando un sacrificio simbólico; no obstante, el Estado no aceptó esta postura, hecho que en principio generó inconformidad por parte de

1 Dicho convenio (sobre pueblos indígenas y tribales), suscrito en 1989, respondió a la necesidad de conceder a estas comunidades los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que al resto de la población, en los países en que habitan. Colombia lo ratificó con la Ley 21 de 1991.

2 En la tradición *u'wa* los niños nacidos con malformaciones o de partos múltiples han de ser abandonados, pues no son hijos del dios Sira (creador del mundo) y por lo tanto su cosmología ordena que se dejen en el lugar de nacimiento para que la naturaleza misma los recoja en sacrificio.

3 Los *u'wa* han expuesto de manera pública y oficial que dicha costumbre ha perdido arraigo, al punto que la sonada sentencia contó con la aquiescencia del padre de los niños gemelos, ante lo cual la misma comunidad decidió recontextualizar y reinterpretar su mitología, de tal forma que no se niega la existencia de la creencia, pero se modifican sus alcances.



la comunidad indígena y llevó a romper el diálogo intercultural y la convivencia con los representantes estatales.

Problema

¿Cuáles son los alcances del derecho al pluralismo jurídico en materia de afectaciones a los derechos humanos?

METODOLOGÍA

En el presente trabajo se usará el método analítico deductivo para establecer el procedimiento con el cual, sin alterar la autonomía indígena, se logre dar una orientación e interpretación a los mitos bajo los cuales las comunidades indígenas podrían violar derechos humanos —por ejemplo, al ocurrir un parto múltiple— y generar tendencias reinterpretativas en procura de subsanar legislativa y socialmente esta problemática. Además, se presenta una propuesta de alteridad y receptividad mutua, con base en la aplicación del diálogo intercultural como criterio para la aplicación idónea, necesaria y proporcional de regímenes jurídicos del pluralismo frente a la tensión creada por contradicciones ideológicas.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Problemática de la cultura indígena

Hace quinientos años daban espejos por oro, hoy se ofrecen modas por petróleo; la asimilación cultural no solo ha sido asimétrica, sino que en muchas ocasiones desecha una concepción del mundo para imponer una relación injusta bajo la fachada de ‘modernidad’ o ‘libertad de mercado’. Este hermoso continente presenció segregación, un exterminio ignominioso y la pretensión de destruir todo su legado cultural, hoy muy necesario, pues sin recuperar el respeto por la naturaleza y la vocación de solidaridad estaremos condenados.

La Constitución de 1991 estableció que Colombia es un Estado social de derecho, el cual reconoce ante todo los derechos fundamentales, y a la vez declaró en su contenido la autonomía de las comunidades indígenas, la tendencia pluralista de su sociedad y el respeto a las milenarias formas de control social de estas poblaciones.

Cuando llegaron los europeos a América Latina, hace poco más de quinientos años, las comunidades indígenas superaban, según aproximaciones, los cincuenta millones de habitantes. Durante el proceso colonial estas fueron explotadas y sometidas a un trato inhumano que llevaría a la occidentalización de sus costumbres, a violentar su dignidad humana al obligarlas a trabajar para ellos en calidad de esclavos, a la pérdida de sus milenarias costumbres y al sometimiento a un control político y social diferente.

De acuerdo con Melo (2017), en el período colonial, aproximadamente de los años 1550 a 1810, el resultado más visible de la Conquista en Colombia fue la disminución drástica de la población. En 1560 la población total era apenas de 1,2 millones, la de las costas se había reducido a menos de 100.000 habitantes en cada una de ellas, y en la cordillera Oriental solo había unas 500.000 personas. La catástrofe poblacional tuvo varias causas: la muerte violenta de los varones indígenas —e incluso de mujeres y niños— en batallas y actos de retaliación; el hambre y la falta de alimentos por la “guerra de tierra arrasada”; porque los indígenas dejaron de sembrar con la idea de que si no había alimentos los españoles se irían; por el suicidio debido a los maltratos y trabajos a que fueron sometidos, en especial como cargueros y sirvientes; por disminuir los nacimientos debido al envío de indígenas jóvenes a zonas de minería... pero, en especial, fueron las enfermedades —convertidas en epidemias— traídas por los europeos y en menor medida por los esclavos africanos, las que produjeron tal mortandad.

Este proceso de explotación y negación a las comunidades indígenas se prolongó en el tiempo e institucionalizó a lo largo de la Conquista, la Colonia y la Independencia, en una suerte de paternalismo vulnerador o, en términos hegelianos, dialéctica de negación, como se puede constatar en la Ley 89 de 1890, “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. Si bien esa ley es actualmente inexecutable de manera parcial, el uso del lenguaje peyorativo y la falta de participación de las comunidades en una nueva legislación ajustada a los postulados de la Carta del 91 dejan ver la vigencia de prejuicios y segregación a nivel institucional.

La escasa o nula participación de las comunidades indígenas en las decisiones que les afectan conlleva la pérdida progresiva de su cultura, identidad, territorio y vida. Si bien tenían influencia social⁴, carecían de intervención de carácter político, con lo cual se genera un fenómeno de invisibilización social, al presentarse como un grupo social minoritario y sin voz, ausente en los procesos que tendrían consecuencias sociales y políticas en su legislación y en su cotidianidad.

Con la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo visible la preocupación por reconocer la riqueza cultural y nacional del país, la visión de Colombia como un Estado multiétnico y pluricultural, mediante la elección de dos constituyentes indígenas: Lorenzo Muelas (20.083 votos) y Francisco Rojas Birry (25.880 votos)⁵. Según Londoño (2017), su influencia fue notoria en tres aspectos que deben señalarse: 1) el ordenamiento territorial; 2) la apertura de espacios políticos y sociales de participación para los indígenas y los demás grupos étnicos, en especial la circunscripción especial indígena para el Senado y la circunscripción especial para los grupos étnicos; 3) el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de nuestro país y la garantía a los derechos territoriales y culturales de los indígenas en la nueva Constitución.

La Carta Política de 1991, ante la problemática de negación e invisibilización de las comunidades ancestrales, se vislumbró como alternativa de solución con el otorgamiento y reconocimiento a las comunidades indígenas de autonomía, cuyo pleno uso tenía como fin preservar su cultura. Sin embargo, pese a la autonomía conferida se presentan situaciones en las que se encuentran derechos en conflicto, intereses económicos que pretenden imponerse por encima de las costumbres, la autonomía y las tradiciones de los pueblos indígenas colombianos. Por ejemplo: la 'locomotora' minera y las petroleras en poco o nada respetan los territorios ancestrales de las comunidades indígenas, impulsan proyectos de exploración y explotación de recursos naturales atropellando sus costumbres y derechos, en los planes de desarrollo y proyectos nacionales se sobrepone el interés por el lucro antes que la autonomía y respeto de los pueblos indígenas, los que en consecuencia se ven obligados

a desplazarse a otros lugares o zonas urbanas, con la consecuente extinción de tradiciones y culturas.

Frente a los anteriores elementos, que ponen en riesgo la autonomía indígena y su esencia cultural, Stavenhagen (2000) identifica las siguientes demandas de los pueblos afectados:

— Autoidentificación, en contraposición a una heteroidentificación, es decir que no puede ser una prerrogativa unilateral de los gobiernos el reconocimiento grupal y de identidad colectiva de una comunidad.

— Arraigo y hábitat con respeto al derecho a la tierra y al territorio; después de todo, la lucha por el espacio vital ha definido en gran medida la supervivencia de las comunidades, reivindicación de la cual surgen muchas de las tensiones con los gobiernos y actores económicos.

— Respeto a la identidad cultural, esto es, reconocimiento de las lenguas indígenas como lenguas nacionales, la reevaluación de las políticas indigenistas, la etnoeducación y, en general, la dignificación de la cultura, lo cual es un acto directo de dignificación ante tradiciones racistas y excluyentes que solo aceptan la segregación o la asimilación.

— Organización social y costumbre jurídica. Dado que el desconocimiento de la organización social local y la costumbre jurídica por parte del sistema jurídico estatal y de la administración pública contribuye al debilitamiento y desaparición potencial de las culturas, muchas organizaciones indígenas han planteado como objetivo su reconocimiento formal. Se demanda el reconocimiento a las formas tradicionales de autoridad local, a los mecanismos para la resolución de conflictos, a las prácticas relativas a la herencia y el patrimonio, a los patrones de uso de la tierra y los recursos comunales. Se trata de demandas que persiguen un mayor grado de participación política de los pueblos indígenas.

— Participación política. Los pueblos indígenas no solo reclaman representación política en las instituciones gubernamentales (consejos municipales, legislaturas estatales, congresos nacionales), sino que también tratan de obtener el derecho a la libre determinación (reconocido en el derecho internacional), el cual se expresa a través de la autonomía y el autogobierno local y regional.

4 Influencia social, mas no política; influían en lo que les competía directamente, pero no definían su camino, ni individual, ni comunitario.

5 De la lista del M-19.

Muchos gobiernos todavía temen a estas demandas por considerarlas un paso a la secesión y fragmentación del Estado nacional. Sin embargo, sostiene *Stavenhagen* (2000), las organizaciones indígenas solo piden autodeterminación interna y mayor participación, no como una minoría, sino en su calidad de descendientes de los primeros habitantes del país; por lo tanto, como los 'auténticos' representantes de la nación.

La Corte Constitucional, como garante de la Constitución y por ende de sus postulados, ha protegido en sede de tutela los derechos de las comunidades indígenas al amparar su derecho a participar, a tener injerencia en las decisiones, a su autonomía, fortaleciendo así el pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Así las cosas, la tensión se da es en las instituciones estatales, pues mientras las políticas de unas ramas del poder público actúan con desconocimiento o en contravía de dichos derechos, otras les amparan y revierten las acciones⁶, lo que puede verse en el caso de la Corte al referirse a la consulta previa como el

derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. (Corte Constitucional, Sentencia T-348, 2012)

Actualmente en Colombia existen 102 grupos indígenas, conformados aproximadamente por 1.300.000 integrantes, el 3,4% de la población total colombiana (Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas - DANE, 2006), distribuida, según reportes del 2006, en resguardos estatales para la preservación indígena (ver figuras anexas). Aunque en cierta medida la negación jurídica y la disminución de la población se han detenido, aún se debe ahondar bastante en los problemas estructurales, para lo cual se requiere la articulación institucional.

6 Esa irregularidad ha iniciado una serie de demandas por responsabilidad extracontractual del Estado.

Perspectiva del análisis en Colombia

Sobre los derechos de los indígenas y el concepto de diversidad de culturas o multiculturalismo en el sistema constitucional y de derecho colombiano se ha escrito en diferentes ocasiones, plasmándose puntos a favor y en contra frente a los avances y limitaciones de tipo social, jurídico y político en los diversos grupos que componen el multiculturalismo en Colombia. Si bien es cierto la producción literaria al respecto es extensa, nos limitaremos a dar algunas referencias que nos permitan indagar cuál es el estado de investigación en que se encuentra el tema del multiculturalismo en Colombia y la protección y respeto de la jurisdicción indígena.

Pineda (1997) en su artículo "La Constitución Política de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia" trata con relativa profundidad la dimensión del concepto diversidad cultural y la implementación de garantías, mecanismos y protección de las comunidades indígenas. Le da importancia al estatus que la Constitución otorga en lo referente al derecho a la igualdad entre las comunidades indígenas y los ciudadanos comunes y la ponderación que debe hacerse en caso de enfrentamiento de derechos. Analiza el proceso de mestizaje en el siglo XVIII y posteriores, la propuesta y discusión en la Asamblea Constituyente de 1991, la implementación y materialización de los postulados constitucionales que garantizan el respeto y el derecho de los pueblos con diversidad cultural, y la aplicación jurisprudencial de derechos indígenas en materia de ejercicio de tradiciones, lenguaje y constitución de resguardos indígenas como entidades territoriales.

Moreno (2012), por su parte, hace énfasis en la importancia de reconocer los derechos de las comunidades indígenas y ampliar la visión de un Estado social de derecho a un Estado social y multicultural de derecho que reconozca la diversidad étnica, cultural, lingüística, de enseñanza y autonomía en las múltiples culturas presentes en la sociedad colombiana. Afirma que con la creación de la Constitución Política de 1991 se consolida un proceso de luchas que permite materializar los derechos de las comunidades indígenas. También se refiere a la tensión presente entre los derechos de los ciudadanos y los derechos diferenciados de los indígenas, así como el choque entre la autonomía indígena y la sujeción al régimen constitucional nacional.

Por otro lado, Turizo (2009) analiza el fenómeno del multiculturalismo en Colombia y en la Constitución de 1991 de manera similar a las referencias ya expuestas, además de contrastar los derechos propios de las comunidades diversas con el catálogo de derechos universales para la totalidad de ciudadanos colombianos, y expone las tensiones y la labor de la Corte Constitucional como mediadora en los conflictos sociales y jurídicos.

De manera un tanto crítica, Vélez (2013) nos habla de la relación entre desplazamientos forzados y grupos étnicos, indicando así el fracaso institucional en el deber de garantizar espacios para el multiculturalismo y la preservación de la riqueza cultural. A pesar de que Colombia consagró el reconocimiento de diversas culturas y etnias y la obligación del Estado de conservar la riqueza natural y cultural, el desplazamiento forzado y el conflicto armado interno amenazan la materialización del respeto y protección a las diversas formas y expresiones culturales y sociales en nuestro país. Su análisis lo realiza viendo el número de desplazados, la ruralización en las principales ciudades y la imposibilidad del gobierno de evitar el crecimiento de la migración de la población rural a los grandes centros urbanos, lo cual deriva en el fracaso del multiculturalismo consagrado en la Constitución.

Un enfoque diferente desarrollan Rojas y Castillo (2007) al analizar la contribución del multiculturalismo en la forma de enseñanza a grupos étnicos con diversidad cultural y cómo las políticas educativas actuales inciden en la protección y reproducción de representaciones culturales, a la vez que exponen la posibilidad de implementar un proyecto educativo surgido de los pueblos que hacen parte del multiculturalismo (indígenas, negritudes, gitanos, entre otros) y enfocado en dichos grupos sociales.

De Sousa y Villegas (2001) desarrollan en el segundo tomo de *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* el tema del multiculturalismo jurídico en un capítulo que trata de la autonomía territorial y la jurisdicción indígena, en el que se relacionan antecedentes históricos previos a la promulgación de la Constitución del 91, el estatus de los grupos indígenas, su autonomía territorial, de gobierno y jurisdiccional, las características de la jurisdicción indígena, los choques con la jurisdicción nacional, el papel de la Corte Constitucional en la resolución de dichas controversias por medio del desarrollo jurisprudencial, la integración que se ha hecho con la

jurisdicción nacional y la jurisdicción especial indígena usando la Ley 270 de 1996 que los vincula a la rama judicial de Colombia a causa del vacío jurídico existente, y los límites al poder jurisdiccional de los grupos indígenas. Si bien el análisis es jurídico, también se observan las implicaciones sociales del otorgamiento de jurisdicción a los territorios indígenas.

Por su parte, Bengoa (2000) señala la nueva marginalidad indígena, a raíz de sus estudios sobre la creación de barrios indígenas en ciudades capitales como México, Bogotá, Quito, Lima y Santiago de Chile. Haciendo lo propio, Bonilla (2006) en su libro *La Constitución multicultural* expone la diversidad cultural de un país como Colombia y la necesidad de reconocer y regular, así como proteger, las distintas formas de expresión cultural y étnica, materializadas en la promulgación de la Constitución de 1991, y de nuevo se da estudio al papel que ha desempeñado la Corte Constitucional en la materialización de las garantías establecidas en la Constitución Política y las facultades de autogobierno y administración de justicia en los grupos indígenas.

También deben resaltarse los estudios de la antropóloga Sánchez (2007) relacionados con las dinámicas del ejercicio legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y la aplicación de la justicia tradicional indígena. Investigaciones más recientes, como las de Rodríguez (2014), enuncian cómo en el caso colombiano los pueblos indígenas no son solo titulares de los derechos humanos —además de individuales, universales— presentes en la Constitución y en los convenios internacionales, sino también de un catálogo de derechos humanos colectivos, a saber: 1) la libre determinación y autonomía gubernativa, 2) derechos sobre territorios ancestrales y los recursos presentes en ellos, 3) derechos de participación y consulta pública, 4) integridad cultural, y 5) no discriminación.

Como podemos observar, la línea de investigación sobre multiculturalismo tiene aspectos comunes de estudio, como son: antecedentes, garantías establecidas en la Constitución de 1991, el papel del alto tribunal constitucional colombiano en la materialización de los derechos para impedir que sean letra muerta, análisis del amplio rango de autogobierno, administración de recursos, educación, cultura y justicia, los roces con la justicia y leyes ordinarias, y las limitaciones que tiene el ejercicio de estos derechos diferenciales.



Multiculturalismo, autonomía indígena y pluralismo jurídico

Derecho fundamental al multiculturalismo, efecto del pluralismo multicultural

El pluralismo multicultural, es decir, la inclusión de diferentes formas de entender la relación con los fenómenos sociales en una comunidad (coexistencia de culturas), fundamenta el derecho al multiculturalismo (garantía fundamental de tener una cultura propia), que incluye los derechos a la autonomía administrativa, la protección del legado cultural, la participación política reforzada y el pluralismo jurídico.

Esta postura garantista busca apartarse del paternalismo estatal, pues respeta la capacidad y potencialidad de la autodeterminación de los pueblos rompiendo un sesgo histórico que erradamente ha visto a las comunidades ancestrales como incapaces; enfrenta el centralismo radical que tanto daño ha hecho en nuestro sistema, pues permite a las comunidades tomar sus decisiones sin necesidad de pasar cada acto de administración por el gobierno central; y finalmente, se aparta del liberalismo —neoliberalismo económico— moderno que se despliega en el pluralismo liberal, es decir, el que énfasis en la autonomía personal, pero desestima la identidad de los pueblos (Kymlicka, 2009).

Nuestra Constitución establece que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, pluriétnico y multicultural; así lo expresa el artículo 7.º, al establecer que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Por lo tanto, tiene una actitud incluyente y garantista respecto de toda la población, reconociéndonos en el mestizaje y los múltiples antepasados que nos componen, estableciéndose garantías a los grupos sociales que más han sido excluidos, esto es, las comunidades tradicionales, indígenas o afro. Podemos ver entonces cómo el derecho fundamental al multiculturalismo es una forma calificada, colectiva y derivada del derecho a la igualdad material, lo que se concreta al expresar la Carta Magna: “Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su idoneidad cultural” (art. 68, CP).

Cabe en este escenario mencionar, grosso modo, que la Constitución faculta a las comunidades indígenas a su autonomía, con derechos sobre su territorio, inherentes a la propia administración, al

pluralismo jurídico, a la participación y al amparo de su legado cultural; en concordancia con el artículo 246, 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.

Bloque de constitucionalidad y multiculturalismo, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

En el contexto internacional, instrumentos como el Convenio 169 de la OIT, ratificado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, reconocen los derechos de las comunidades indígenas. A pesar de su falta de valor vinculante ante una vulneración al mismo, fue ratificado por una gran parte de países de América Latina. Con la firma de dicho convenio este sistema normativo adquirió rango constitucional, de manera tal que en caso de violaciones a nivel interno de sus disposiciones se puede tomar acción jurisdiccional a fin de aplicar justicia y hacerlas respetar. Como se expresa:

Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola identidad cultural, idioma, religión), y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia. (Yrigoyen, 2010)

Lo anterior hace alusión a reconocer constitucionalmente la existencia de heterogeneidad en la sociedad colombiana, provista de distintas cosmovisiones, la cual se refleja en la concepción del Estado social de derecho, donde se propugna el pluralismo y el deber de respetar las conductas sociales primigenias.

Por otra parte, el Convenio 169 vuelve a dar bases a la autonomía indígena, pues el texto, en su quinto considerando, reza:

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, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven. (OIT, 1989)

Asimismo, dicho convenio reconoce a los indígenas como sujetos de derecho, además de hacerlo también con sus comunidades en torno a sus costumbres y territorios, siendo este el factor más garantista al respecto.

Como se ha señalado, política y socialmente Colombia es un escenario plural, caracterizado en gran medida por la absorción del poder, o sea que en el país convergen diversas formas sociales y las estructuras mayoritarias intentan subsumir a las minoritarias; empero, en su conjunto componen un *todo político*. Precisamente es alrededor de este concepto que los grupos minoritarios buscan llevar a cabo procesos de emancipación frente a dicho monopolio, mediante la organización sociopolítica.

Como bien se dijo en el conversatorio sobre pluralismo jurídico de la Universidad Nacional

(...) Entender los alcances de esas formas de derecho ligadas a lo comunitario, en perspectiva de pluralismo jurídico, y su incidencia en los procesos organizativos y de participación de las sociedades latinoamericanas, son una pregunta recurrente para los estudiosos y los activistas sociales de este tipo de fenómenos, que no solo atraviesan la realidad colombiana, sino en general la de todos los países de esta parte del hemisferio. (2011)

Lo anterior lleva a la necesidad de conocer si los grupos sociales que difieren normativamente son una estructura de carácter participativo o, por el contrario, constituyen únicamente un engranaje orgánico determinado como un componente del sistema social y político.

Al respecto, el artículo 8.º del Convenio 169 de la OIT, dispone: "Artículo 8.º. Deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". En ese sentido; este artículo dispone que el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas debe respetar y, por tanto, ser compatible con las disposiciones nacionales e internacionales en los sistemas jurídicos de protección a los derechos fundamentales. De igual manera, esta lógica se comparte a nivel del bloque de constitucionalidad, en disposiciones como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo artículo

3.º determina: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (ONU, 2007). Pero aclara que el ejercicio del derecho a su libre determinación debe practicarse en armonía con el derecho internacional.

Elementos del multiculturalismo

A continuación se establecen los contenidos fundamentales del multiculturalismo, desarrollados en cinco grupos principales de garantías para los pueblos indígenas:

Autonomía administrativa

Autogobierno: la autonomía indígena les faculta a gobernarse con autoridades propias.

Autogestión: en un territorio propio pueden ejercer las administraciones y decisiones que les correspondan.

Autonomía financiera: están facultados para administrar sus recursos y cobrar a sus habitantes los tributos necesarios para su sostenimiento.

Protección del legado cultural

La calidad de sujeto de especial protección: titularidad de derechos colectivos; derecho a la propiedad colectiva; amparo preferencial en materia del juicio de igualdad; protección de la riqueza cultural y los conocimientos ancestrales.

Etnoeducación: están facultados para decidir la forma de enseñanza y los maestros que han de impartirla:

Ley 115 de Febrero 8 de 1994 Por la cual se expide la ley general de educación, artículo 56.-*Principio y fines*. La educación en los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley y tendrá en cuenta además los criterios de integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad. Tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura.

Ella se desarrolla por los principios de:

- a. Interculturalidad
- b. Participación comunitaria
- c. Flexibilidad
- d. Progresividad
- e. Autonomía
- f. Adaptabilidad

Participación política reforzada

— Son partícipes de derechos políticos, facultados para participar en el poder mediante la postulación de sus propios representantes en la Cámara y el Senado, quienes deberán a su vez velar por⁷:

- a. La aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
- b. Diseñar las políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
- c. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
- d. Percibir y distribuir sus recursos.
- e. Velar por la preservación de los recursos naturales.
- f. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
- g. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instituciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
- h. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren, y las demás que les señalen la Constitución y la ley.

— Tienen garantía reforzada frente a la consulta previa que debe hacerse para efectuar proyectos mineros en sus territorios.

— Cuentan con iniciativa legislativa.

— Tienen reconocimiento reforzado en la participación política. Cuentan con cupos en el Congreso de la República.

7 La Ley 649 de 2001 desarrolló, después de diez años, el artículo 176 de la Constitución, al señalar en su artículo 2.º que habrá cinco curules, distribuidas así: “dos para las comunidades negras, una para las comunidades indígenas, una para las minorías políticas y una para los colombianos residentes en el exterior”.

Pluralismo jurídico

— Existencia de un régimen legal (en particular penal propio).

— Jurisdicción independiente de carácter sancionatorio.

— Autoridad para la conformación de un cuerpo coercitivo propio, la llamada guardia indígena.

Igualdad material como colectivo

En este caso la acción estatal está encaminada a lograr materializar el derecho a la igualdad mediante las llamadas acciones afirmativas, las cuales complementan los derechos diferenciados enunciados. En consonancia, autores como el politólogo Rodríguez (2013) afirman que la idea es favorecer la integración de los individuos o grupos discriminados, en igualdad de condiciones, a la sociedad.

Así por ejemplo, en el ámbito de la Ley 1448 de 2011 las acciones realizadas por la Unidad de Víctimas, del Gobierno Nacional, concretamente la Dirección de Asuntos Étnicos, se encargan de promover la formulación de políticas de atención y reparación integral a las víctimas con un enfoque diferencial étnico para la atención, asistencia y reparación integral con miras a la no repetición.

Pluralismo jurídico

Se entiende como pluralismo jurídico la capacidad que tiene un orden normativo de estar conformado por más de un sistema “de derecho”, permitiendo que los diversos grupos sociales que componen un todo político se vean relacionados entre sí, aunque con la capacidad de regirse bajo sus propios estatutos, además de organizar su sociedad de la manera que considere más adecuada. El pluralismo jurídico reconoce las distintas expresiones sociales y culturales; asimismo, entrega herramientas jurídicas para la materialización de la diversidad étnica y el multiculturalismo.

Teniendo como eje la coexistencia de regímenes normativos con características diferentes, el pluralismo jurídico entiende que no resulta coherente igualar u homogeneizar los sistemas de justicia en una sociedad, por motivo de que las diferencias de cada uno de los ordenamientos se originan en nociones culturales,

sociales y contextos propios de cada grupo. En ese orden de ideas, en torno a la administración de justicia: “No es justo juzgar en preceptos de justicia ordinaria, a una comunidad que no entiende nuestro concepto de justicia” (Bacca, 2008).

De las diversas formas del pluralismo jurídico

Existen algunas divisiones del pluralismo jurídico, siendo las más representativas el pluralismo clásico, el pluralismo convencional y el pluralismo jurídico moderno o nuevo pluralismo jurídico.

El pluralismo clásico es aquel en el que se estudian las relaciones entre el derecho de los colonizadores en la época de la conquista española y los derechos del pueblo conquistado (Sarmiento 2014), pues el tratamiento por el origen de las personas definía el estatus que poseía en el Nuevo Mundo, generándose un ordenamiento jurídico diferenciado para los blancos españoles, los mestizos y las comunidades indígenas y negritudes.

El pluralismo jurídico convencional⁸ estudia los distintos grupos culturales y sociales que definen y catalogan el derecho o la norma, siendo esta aplicable a los grupos que así lo definen pero sin ser excluyente con el ordenamiento jurídico macro que los cobija. De acuerdo a lo expuesto por Sarmiento (2014) citando a Bonilla y Ariza (2007) “[...] lo jurídico brotaría de las convenciones sociales y no de una estructura exterior a ellas” (p. 181). Así, de acuerdo con esta corriente, el derecho es lo que las personas definen como tal, en su práctica social, lo que da un espacio más amplio al multiculturalismo y la pluriétnicidad, así como el reconocimiento jurídico de las distintas formas de expresión social y cultural.

El nuevo pluralismo jurídico establece que la fuente del derecho no debe ser exclusivamente el Estado, sino que distintas formas de organización en diversos niveles de la sociedad puede producir regulaciones que rijan el ámbito que corresponda; al respecto Sarmiento (2014) citan algunos ejemplos, como el espacio doméstico, el espacio laboral como el de las fábricas y la institución de reglamentos internos de trabajo, el espacio ciudadano reglado esencialmente por el Estado, o la creación y presencia de empresas y entidades internacionales y transnacionales a las cuales se les aplica regímenes diferentes.

8 No debe confundirse con el pluralismo jurídico producto de normas de orden convencional internacional.

Una crítica que se le hace a este último enfoque es el hecho de no reconocer que las comunidades indígenas también generan sus propios ordenamientos y normas, cuyo génesis está determinado por el contexto social, histórico y ancestral de su comunidad, con lo cual se vislumbra que ese nuevo pluralismo jurídico tiene como fuente primigenia la cultura y cosmovisión indígenas.

Pluralismo jurídico en Colombia

En Colombia el pluralismo jurídico define la autonomía indígena, derivada del reconocimiento de que los pueblos indígenas son capaces de obrar bajo sus propias formas de control. Empero, este reconocimiento no es de carácter absoluto, ya que se limita la autonomía al respeto por los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de 1991.

El pluralismo jurídico implica que el Estado colombiano está en la obligación de legitimar las decisiones que afectan o influyen sobre las comunidades indígenas, por lo cual debe ceñirse a ciertos parámetros que respeten el territorio o sus costumbres, como por ejemplo, los preceptos de consulta previa o la justicia especial indígena.

Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado:

[...] La Constitución señaló como un deber estatal el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, correspondiéndole garantizar la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, lo cual se complementa con la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, el respeto a la autodeterminación de los pueblos en el manejo de las relaciones exteriores y el reconocimiento de que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. [...] La jurisprudencia constitucional ha entendido que (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos; y (iii) los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos. (Corte Constitucional, Sentencia T-601, 2011)

A nivel jurisprudencial se evidencia la protección de los derechos de las comunidades indígenas en su noción individual y colectiva, y por ende, el reconocimiento

del pluralismo jurídico; sin embargo, esto contrasta con las situaciones en las cuales entra en conflicto dicha autonomía con el límite que el Estado colombiano estableció, a saber, lo concerniente a la vulneración de derechos fundamentales; desde una perspectiva social en su más amplio espectro, de esto se infiere el derecho a la vida, la intolerabilidad de la tortura, la abolición de la esclavitud y el principio de legalidad, cuando se les confiere la capacidad de autojuzgarse.

Sobre este particular la Corte Constitucional:

Ha destacado que los límites están determinados por “el núcleo duro de los derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y por los derechos fundamentales como mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación, *ha llevado a la Corte a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía*, teniendo en cuenta que allí también se encuentra el mencionado núcleo duro o contenido esencial. En este contexto, la jurisprudencia constitucional ha ilustrado estos ámbitos al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades. (Corte Constitucional, Sentencia T-030, 2011)

De acuerdo con lo anterior, resulta imperativo analizar la problemática que surge tras la existencia de dos posturas; por un lado, el respeto que debe tener el Estado por la autonomía indígena (puntualmente a favor de reconocer el pluralismo y el multiculturalismo), y por otro, el respeto que la autonomía indígena debe procurar a los derechos humanos y fundamentales, entre los que se destacan el derecho a la vida y la dignidad humana.

El conflicto entre los postulados enunciados se refleja en la práctica, como en el caso del análisis y estudio de la literalidad en el mito sobre partos múltiples en la comunidad u'wa, caso en el cual se requirió la intervención del Estado aun a costa de vulnerarse la autonomía indígena (que él reconoce), con el objetivo de respetar derechos humanos, ponderar y ofrecer soluciones. En este escenario, en concreto, las medidas adoptadas van desde la toma de custodia de los menores por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), o soluciones de orden pedagógico, entre las cuales se destaca la promoción en esta comunidad de imaginarios que ayuden a reinterpretar el mito, a fin de que se respeten tanto la cultura

indígena presente como los derechos humanos vulnerados ante determinadas conductas.

La reinterpretación del mito en la comunidad u'wa

Problemática general. Tensión multicultural en el pluralismo

Al noreste de Colombia, en los Andes, se encuentra asentado el pueblo indígena u'wa, una comunidad primigenia que a la fecha cuenta con alrededor de 7.000 habitantes. En ella se ha suscitado la problemática de que los partos múltiples se generan debido a que la madre toma una indebida postura después de haber mantenido relaciones sexuales, razón por la que la naturaleza les castiga, ya que los hijos nacidos de esa relación sexual ya no son hijos del dios Sira, quien según ellos creó la naturaleza, el mundo y todo cuanto se conoce, y pasan a ser una especie diferente, lo que hace que sean infértiles, enfermizos y deshonra para su comunidad, de ahí que los devuelven a la naturaleza, abandonándolos en un terreno desolado, a la espera de un depredador, o de la muerte por desnutrición.

En ese ámbito, la comunidad u'wa, en ejercicio de su derecho a la autonomía y en aplicación de sus creencias sobre los partos múltiples representadas en su mitología, vulnera el derecho a la vida, a la integridad, a la salud y a la familia, al no permitir bebés fruto de partos múltiples en su comunidad, y obligando a los padres a abandonarlos, por lo cual el Estado colombiano, garante de los derechos humanos, pero de igual forma respetuoso de la autonomía indígena, debe tomar parte, encontrando como solución neutra la reinterpretación del mito y convirtiendo el mencionado conflicto jurídico entre autonomía indígena y derechos humanos en una situación de carácter interpretativo.

Balance constitucional del derecho fundamental al multiculturalismo.

En la Sentencia T-030 de 2000 la Corte Constitucional analiza las medidas de protección vía tutela de los derechos de dos menores de edad pertenecientes a la comunidad indígena u'wa, en relación directa con lo que dispone el artículo 7.º de la Constitución Política, por el cual se reconoce y protege la diversidad étnica de la Nación; con lo estipulado en el artículo 40 de la misma, sobre la garantía del derecho de participación social y comunitaria, así con lo señalado

en el artículo 246 de la Carta, frente al derecho de los pueblos indígenas a 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; y en cuanto al derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas consagrado en el artículo 330 superior.

Para la Corte, las decisiones del juez constitucional de primera instancia, posteriormente confirmadas por la Sala Civil de la Corte Suprema, respecto de tutelar los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la familia de los menores sobre los cuales se solicitó su protección, y para el efecto de ordenar la continuación del proceso administrativo de protección correspondiente, no solo se ajustan a los lineamientos del ordenamiento jurídico, sino que permiten viabilizar la función esencial de este tipo de acción cuyo objetivo no es otro que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, y más tratándose de los derechos de los niños.

Ahora bien, conforme al tribunal constitucional, se trata de una situación compleja que implica el ejercicio de varios preceptos constitucionales y legales que conlleva un ejercicio de interpretación jurídica y de ponderación tanto exhaustiva como cuidadosa, con miras a garantizar la protección efectiva de los derechos tutelables de los menores y el cumplimiento de los objetivos propios de un Estado social de derecho respecto a la realización plena de principios tales como el pluralismo, la igualdad en la diferencia, la solidaridad, entre otros, dentro del proceso de consolidación de la Nación.

En concreto, la tradición de los integrantes de la comunidad u'wa sobre el rechazo a los menores nacidos en partos múltiples, y el hecho de considerar el dejarlos en el lugar de nacimiento para que la madre naturaleza se hiciese cargo de ellos, con el transcurrir de los tiempos y la interrelación e influencia por parte de otras culturas ha hecho que dicha tradición haya perdido arraigo y vigencia en el seno de esta comunidad.

Para la Corte el significado y alcance de los preceptos con los cuales el constituyente de 1991 buscó proteger y garantizar los derechos de las minorías, entre ellas las comunidades indígenas de todo el territorio nacional, y de manera concreta el reconocimiento a

la jurisdicción especial indígena, se dirige a entender que esta diversidad propicia el proceso de consolidación de la Nación en cuanto se considera el principal insumo para la integración y fortalecimiento de la sociedad y la búsqueda de una convivencia pacífica a partir de la realización de los principios del pluralismo y la igualdad en la diferencia.

Sin embargo, para la Corte, esta jurisdicción especial indígena debe cumplir con cuatro elementos esenciales que permitirán establecer el alcance de sus decisiones:

[...] la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y a 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 T-030, 2000)

En cuanto al caso en estudio, precisa la corporación que la tradición ancestral de la comunidad indígena u'wa no puede asumirse como legítima, ya que, contradice fundamentos esenciales al Estado social de derecho, en la medida en que sobre ella prevalecen los derechos a la vida e integridad de los menores. Sin embargo, también determina la Corte que el negar al grupo indígena realizar una consulta interna respecto del contenido esencial de una tradición cultural y ancestral implica desconocer la específica cosmovisión de esa comunidad y los mandatos de orden constitucional que garantizan el reconocimiento y protección a la diversidad étnica (art. 7.º, CP) y el derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas (art. 330, CP).

La Corte se ha pronunciado sobre el tema, así:

[...] la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que estos no solo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. (Corte Constitucional, Sentencia T-380, 1993)

Finalmente, se expresa la obligación de los jueces y funcionarios administrativos que tienen a su cargo la definición de las medidas de protección aplicables a menores indígenas, de incorporar los fundamentos y preceptos del orden constitucional, el contenido de los tratados internacionales aprobados por Colombia sobre la materia, así como el desarrollo jurisprudencial constitucional de ese marco normativo, en la medida en que será viable trascender la mera formalidad al momento de evaluar los conceptos y los resultados de los procesos consultivos y participativos que prevén la Constitución y la ley, encaminados esencialmente a dar cabida a fundamentos ideológicos diferentes, bajo el acatamiento del ordenamiento jurídico nacional.

Aspectos propositivos: reinterpretación del mito cultural

En este artículo se ha dilucidado el contenido del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas y sus limitaciones en torno al respeto de los derechos humanos y fundamentales. La tensión que se genera está contenida en el pluralismo jurídico, es decir, ocurre por la confluencia de diversos sistemas de justicia en un conglomerado social. En ese sentido, sobre el caso que se ha tratado, nos encontramos en una situación en la cual diferentes derechos (ambos protegidos y amparados por disposiciones constitucionales) colisionan entre sí y su ámbito de protección varía de acuerdo con su contexto e interpretación.

El debate en apariencia se soluciona amparando el derecho de los niños a tener una familia, a la salud y a la vida, ya que las actuaciones de la comunidad *u'wa* en efecto contradicen el límite de la autonomía de los usos y costumbres indígenas mediante la práctica del abandono de los menores nacidos en partos múltiples. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿existe otra alternativa que limite de forma menos impositiva y grave el derecho de la autonomía indígena?

En este escenario, la ponderación de derechos entra a desempeñar un papel fundamental en la resolución de esa tensión. La propuesta de reinterpretar el mito atiende a una solución lingüística, mediante la cual se busca una alternativa diferente al abandono que armonice y atienda el respeto a los derechos humanos y a la autonomía indígena. Sin embargo, surgen varias problemáticas, como lo son la literalidad del mito y el detrimento a la cultura, siendo estas últimas las razones por las cuales el Estado concede la autonomía al grupo indígena. Al respecto se pronuncia el doctor

Bacca Elche (2008): “[...] Por ende, no es justo juzgar con nuestra justicia, a un grupo que no entiende nuestra definición de justicia”.

El planteamiento anterior conduce a proponer un método con el cual los derechos en juego encuentren mayor protección y se adecúen de forma necesaria y proporcional, disminuyendo en gran medida la restricción impuesta, mediante el fallo en sede de tutela por parte de la Corte Constitucional colombiana, a la comunidad *u'wa*.

Si bien es cierto el conflicto que se suscita en principio tiene un contenido de carácter jurídico (emanado de los elementos del multiculturalismo y el pluralismo jurídico), su desarrollo se torna de carácter lingüístico y, con mayor precisión, un conflicto de interpretación.

¿Cómo es esto posible? La noción de reinterpretación del mito *u'wa* implica optar por la solución menos lesiva, que se traduce en generar un espacio donde el abandono de los menores se reemplace por una visión en la cual se realice un sacrificio de carácter simbólico. Con esta opción lo que se pretende es que el mito en la comunidad indígena siga siendo parte de sus usos, saberes y costumbres ancestrales, sin que su aplicación se convierta en un agente vulnerador de derechos humanos.

Por consecuencia, se suscita la idea de que se trata de un problema completamente literal, referido a la interpretación, y no al contenido estricto del mito. Si bien el mito propone devolver a los niños a la naturaleza para que esta se encargue de ellos, el Estado debe estar en capacidad de dialogar con la comunidad *u'wa*, de aplicar el mito de manera diferente, así el Estado no interviene ante esta situación con su jurisdicción y justicia ordinaria y, por su parte, las comunidades indígenas respetan los derechos humanos. ¿Pero si el Estado interviene, no sería entonces un retroceso? La respuesta es no, puesto que se busca darle un nuevo sentido al mito, una nueva perspectiva, sin cambiar una sola letra de él; generar un cambio de conductas que, como ha sido el objetivo de esta propuesta, resulte en un completo respeto a los derechos humanos y culturales de las comunidades indígenas y, como es de nuestra incumbencia, de los niños indígenas.

Lo señalado se basa en los fundamentos del diálogo intercultural. Esta figura propugna por el reconocimiento y la coexistencia de multiplicidad de culturas,

cada una con una identidad propia y marcadas diferencias, que encuentran como punto de interrelación y conexión el aprendizaje, el respeto y la cooperación entre ellas.

Como se mencionó, la relación hegeliana de negación se presenta en el caso analizado de la comunidad u'wa, escenario en el cual el Estado colombiano, a pesar de la existencia de alternativas que fortalecen el diálogo con ella, decide condicionarla, desconociendo el valor de su mitología, y opta por la alternativa de interpretar su cosmovisión adaptada en un sentido que no resulte violatoria de los derechos humanos.

El análisis en abstracto es simple; la premisa establece que ante la vulneración de derechos fundamentales el Estado tiene el deber de intervenir, pues es garante de su protección. Pero en concreto, el análisis implica la existencia de más factores: no solo se debe partir de la violación a los derechos fundamentales a raíz de las tradiciones indígenas, esta es tan solo una cara de la moneda; la otra, se trata de analizar y estudiar cómo incorporar también las alternativas de interpretación respetuosas de los derechos fundamentales y la autonomía indígena mediante la aplicación del diálogo intercultural y la reinterpretación del mito u'wa.

La aplicación del diálogo intercultural es un imperativo para lograr construir una sociedad abierta a la diferencia y coexistencia de múltiples actores en ella. Las comunidades indígenas han sido diezmadas desde la Conquista; la misma suerte corrieron sus tradiciones, al ser consideradas salvajes, y su carácter diferenciador se ha intentado homogeneizar con la imposición de reglas ajenas a su cultura. Por lo tanto, si actualmente nos encontramos en un Estado social de derecho, cuya esencia es el reconocimiento de su pluralidad étnica y cultural, no es coherente repetir los actos bajo los cuales la visión cultural y antropológica indígena fue negada e incluso casi eliminada.

La sociedad colombiana no ha logrado comprender que resulta totalmente legítimo la existencia de visiones de vida diferentes. El diálogo intercultural posibilita la convergencia de distintas posturas que, en caso de entrar en colisión, puede armonizarlas con el aprendizaje mutuo, sin imposición de una visión sobre otra. A pesar de ello, si se continua la concepción que determina los estándares de normalidad bajo el cálculo de las mayorías, resulta infructuoso si desde los espacios institucionales no se propone la aplicación de las bases

del diálogo intercultural, siendo esto evidencia de una sociedad intolerante y desconocedora de sus orígenes pluriétnicos y multiculturales.

La riqueza social de una sociedad se deriva sobre todo de su proceso de construcción; no se puede pretender avanzar y alcanzar los fines esenciales del Estado desconociendo el tejido social y la autonomía propia de un grupo. Es así como las grandes civilizaciones del mundo son producto, en gran parte, de la mezcla intercultural y social de sus habitantes. Ejemplos de interculturalidad se evidencian en la confluencia de culturas como la romana, la griega, los pueblos nórdicos y vikingos, que gracias a su interrelación construyeron un legado cultural, artístico y patrimonial que ha trascendido hasta nuestros días.

La construcción de los pueblos bajo el reconocimiento, valoración y exaltación de las distintas formas de ver el mundo y su autonomía se posibilita con el diálogo intercultural, el cual promueve la igualdad por medio de la coordinación, el intercambio y el aprendizaje con el fin de romper las relaciones de subordinación y la tendencia social de homogeneizar la sociedad. La creación de visión y el sentimiento propio de valía de los pueblos implica su dignificación.

CONCLUSIONES

Al preguntarnos por los alcances del derecho al pluralismo jurídico como elemento del multiculturalismo, en materia de afectaciones a los derechos humanos nos encontramos ante una auténtica tensión jurídica. Si bien el Estado reconoce en su Carta Política la autonomía indígena y provee de facultades administrativas a las comunidades indígenas, que cabe resaltar sobre determinado territorio, de igual forma es responsable de velar por que el ejercicio de esta autonomía no vulnere los derechos humanos.

El Estado colombiano se encuentra entonces en una dicotomía entre la vulneración de la autonomía indígena y la preservación de los derechos de los niños indígenas; ante este problema se debe hacer, entonces, una ponderación de derechos, para lo cual el Estado requiere poner en balanza los dos conceptos, sopesarlos y tomar una decisión ecuánime.

Ante tal disyuntiva, este trabajo analiza la existencia de otra alternativa, consistente en darle una nueva interpretación al mito, de modo que, sin cambiarlo —so pena del detrimento de la cultura— le dé una



aplicación a este que no vulnere los derechos humanos y se sigan respetando los principios y creencias culturales de los indígenas. Es la estrategia de la reinterpretación del mito.

Se confirma, por lo tanto, que los derechos analizados no están compuestos por núcleos rígidos e inamovibles, sino, por el contrario, que el tratamiento debido a los derechos fundamentales, y en ellos incluido el multiculturalismo, debe ser el de la proporcionalidad y la razonabilidad en cada caso concreto. Lo anterior nos permitirá conciliar los valores, la convivencia de estos y su coherencia con los hechos.

Tras lo expuesto, y con miras a potenciar las garantías multiculturales de los pueblos indígenas, hemos establecido que el tratamiento a las garantías contenidas en los derechos de las comunidades ancestrales debe ser el de un derecho fundamental optimizable, de ahí que permanentemente, y conforme a la posibilidad de los hechos, debe buscarse un mayor desarrollo de los derechos a la autonomía administrativa, a la protección del legado cultural, a la participación política reforzada y al pluralismo jurídico, ponderándose ellos en cada caso específico. Lo anterior implica la posibilidad de amparo ante las omisiones legislativas, la falta de políticas, los excesos en las operaciones administrativas que perjudiquen a las comunidades indígenas y la necesidad de motivación razonable de las decisiones públicas que las afecten.

Para finalizar, cabe recordar una de las conferencias más memorables de Jaime Garzón ante la comunidad universitaria, en la cual contó la experiencia de traducir la Constitución a algunas comunidades indígenas. En esa ocasión hizo referencia a la traducción en español del artículo 12 superior, el cual manda: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. Propio de ese realismo mágico colombiano, es paradójico que la Constitución colombiana deba proscribir un acto que por su misma naturaleza contradice la dignidad humana; es algo tan obvio que, como señalaba Jaime Garzón, es casi como llegar de visita y decir: “por favor, no se sune con el mantel”.

Por su parte, la versión indígena afirma: “Nadie podrá llevar por encima de su corazón a nadie ni hacerle mal en su persona, aunque piense y diga diferente”. De esta manera, la lectura desde el punto de vista del diálogo intercultural invita a interpretar el artículo 12 como un mandato de empatía y aprendizaje de las diferencias culturales, sociales y políticas.

El deber inherente a la dignidad humana como ciudadanos es el respeto por el otro, entender que existen visiones heterogéneas de vida y que estas convergen en la construcción de una sociedad mejor. Ese sentimiento moral de empatía conlleva ponerse en el lugar del otro; es una invitación abierta a ver, no desde la barrera, sino a conocer qué piensa y siente el otro; es una oportunidad de construcción y dignificación de la sociedad desde su base multicultural.

REFERENCIAS

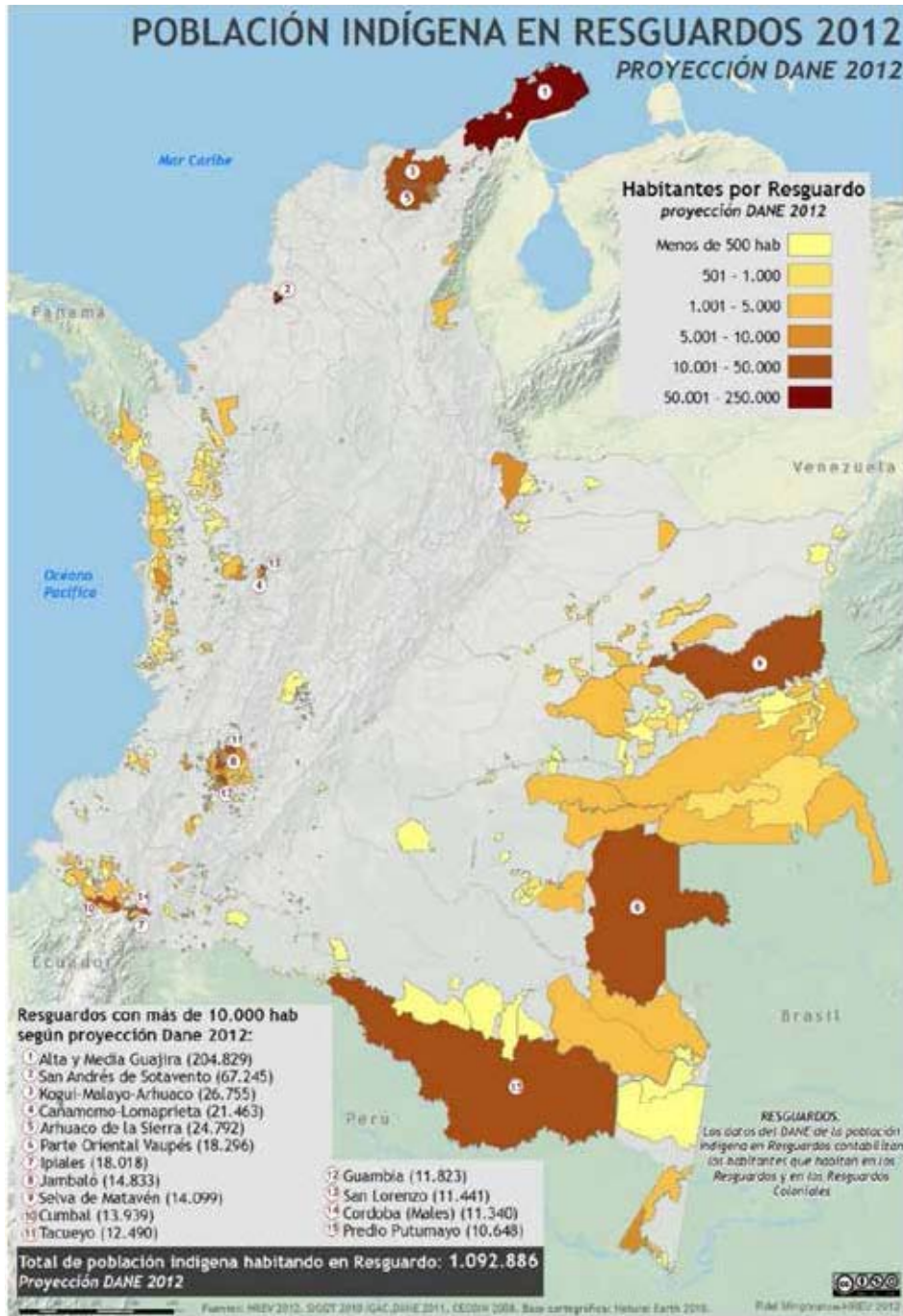
- Ardila, E. (2002). Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. Fellow of international innovators for the public-Ashoka. *El otro derecho*, número 26-27.
- Bacca, P. (2008). Aporías alrededor del pluralismo jurídico: hacia una configuración del estado del arte y una crítica de sus preceptos conceptuales. Tunja, *Principia Iuris*. Vol 9, número 9117138.
- Bengoa, J. (2000). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago, Chile. Fondo de Cultura Económica.
- Bonilla, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Instituto Pensar.
- Constitución Política de Colombia, (CPC). 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencias T-380/93 y T-84771/97. (Barrera Carbonell, Antonio).
- Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-030/00. (Morón Díaz, Fabio).
- Corte Constitucional. República de Colombia. Sentencia T-601/11. (Palacio, Jorge Iván).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE (2006). *Insumo para la visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. Bogotá.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE (2012). *Resguardos y estadísticas indígenas*. Bogotá.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE (2014). *Listado de poblaciones indígenas en resguardos*. Recuperado de <http://sige.dane.gov.co:81/gruposEtnicos/index.phtml> - <http://geoactivismo.org/2012/06/06/poblacion-indigena-en-resguardos-2012/> Bogotá.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE (2016). *La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*. Bogotá.
- De Sousa, B., y Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo II. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes. Disponible parcialmente en: <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=6hCTVcS2NeIC&oi=fnd&pg=PA68&dq=multiculturalismo+en+colombia&ots=PRX0xObzz0&sig=pnWDMlxTKU3uhH3O7qkNbzDOHVQ#v=onepage&q=multiculturalismo%20en%20colombia&f=false> Bogotá
- Fonte, M., y Ronaldo, C. (2008). Desarrollo rural, territorios e identidades culturales. Perspectivas desde América Latina y la Unión Europea. *Opera*, (7). 9-31.
- Giménez, G. (1996). Territorio y cultura. *Estudios sobre culturas contemporáneas*, Estudios sobre las Culturas Contemporáneas, vol. II, núm. 4. 9-30.
- Giménez, G. (1999). Territorio, cultura e identidades. La región sociocultural. *Estudio sobre las culturas contemporáneas*, Época II. Vol. V. Núm. 9. 25-57.
- Gutiérrez, M. (2011). *Pluralismo jurídico y cultural en Colombia*. (Tesis de Doctorado). Bogotá
- Hernández, C. (2009). Pluralismo jurídico en Colombia. En *X Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Bogotá
- Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. Ensayo de ponencia en el Congreso de los Americanistas. *El otro derecho*, número 26-27.
- Kymlicka, W. (2009). *Las odiseas multiculturales*. Barcelona, España. Editorial Paidós.
- Londoño, B. (2016). *La Constitución de 1991 y los indígenas*. Bogotá, Colombia. Credencial. Recuperado de: <http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/laconstitucion-de-1991-y-los-indigenas>

- Melo, J. O. (2017). *Historia mínima de Colombia*. Madrid, España. Turner.
- Ministerio de Salud y Protección Social. República de Colombia (2016). *Perfil de salud de la población indígena y medición de desigualdades en salud*. Bogotá.
- Moreno, S. (2014, en prensa), "Antropología abierta, antropología ambigua. Tendencias actuales de la antropología ecuatoriana", *Multiculturalismo e Interculturalidad en América Latina*, Coord. A. Barabas, México, INAH.
- Organización de las Naciones Unidas. ONU (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*.
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1989). Convenio 169. Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- Pineda, R. (1997). La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia. *Alteridades*, (14), 107-129. Recuperado de <http://biblioteca.ues.edu.sv/revistas/108002837.pdf>
- Rojas, A., y Castillo, E. (2007). Multiculturalismo y políticas educativas en Colombia: ¿interculturalizar la educación? *Educación y Pedagogía*, XIX (48). Recuperado de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/revistaeyp/article/viewFile/6651/6094>
- Rodríguez, E. (2013). Justicia cultural y políticas públicas: de las acciones afirmativas a las políticas interculturales (una propuesta normativa para el caso de los grupos étnicos) *Vniversitas*, 91-125 (2013) doi:10.1144/Javeriana.VJ127. jcpp Bogotá
- Rodríguez, N. (2014). Derechos humanos colectivos y Multiculturalismo: Respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia. *Precedente*, vol 4. 7-56
- Salazar, F. (2005). *Sistemas normativos en el pluralismo jurídico colombiano*. Bogotá
- Sánchez, E. (2007). *Derechos propios*. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Sarmiento, J. (2014). *Derecho sin Estado*. En J. Bernal, & C. Guzmán, (Ed.), *Los derechos humanos una mirada transdisciplinaria*. (167-198). Colombia Universidad del Norte. Grupo Editorial Ibañez.
- Semanario Virtual Caja de Herramientas (2016). Edición 285. [Viva.org.co](http://viva.org.co) Recuperado de <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0287/> Bogotá
- Turizo, A. (2009). El multiculturalismo en Colombia y la Constitución del 91: aciertos y ambigüedades. *Unicarta*, (107), 12-19. Recuperado de <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/2386/1/107-12.pdf> Bogotá
- Stavenhagen, R. (2000). *Derechos humanos de los pueblos indígenas*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Vélez, I. (2013). Desplazamiento y etnicidad: fracasos del multiculturalismo en Colombia. *Desacatos*, 41, 155-173. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13925607012>.
- Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El otro derecho*, (30), 172-195.

ANEXOS

Esquemas gráficos sobre la realidad indígena

Figura 1. Condición actual de la población indígena y sus resguardos como medidas estatales para evitar su desaparición.



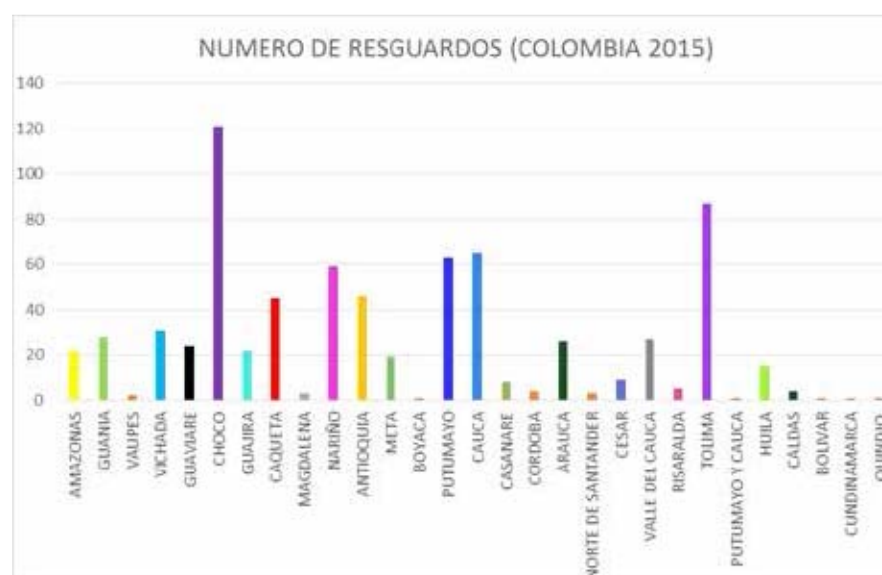
Fuente: Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (2012).

Figura 2. Número de resguardos por departamento en Colombia (2015)

Departamento	Extensión (hectáreas)	Numero de resguardos	Porcentaje
Amazonas	9.510.308	22	29,50%
Guainía	7.129.421	28	22,12%
Vaupés	4.160.990	2	12,91%
Vichada	3.557.433	31	11,04%
Guaviare	1.893.660	24	5,87%
Chocó	1.289.382	121	4,00%
La Guajira	1.085.280	22	3,37%
Caquetá	683.687	45	2,12%
Magdalena	604.818	3	1,88%
Nariño	395.367	59	1,23%
Antioquia	344.980	46	1,07%
Meta	225.169	19	0,70%
Boyacá	220.275	1	0,68%
Putumayo	206.676	63	0,64%
Cauca	195.577	65	0,61%
Casanare	148.477	8	0,46%
Córdoba	131.768	4	0,41%
Arauca	128.172	26	0,40%
Norte de Santander	122.756	3	0,38%
Cesar	58.924	9	0,18%
Valle del Cauca	46.197	27	0,14%
Risaralda	28.080	5	0,09%
Tolima	27.925	87	0,09%
Putumayo y Cauca	26.717	1	0,08%
Huila	7.188	15	0,02%
Caldas	5.821	4	0,02%
Bolívar	270	1	0,00%
Cundinamarca	200	1	0,00%
Quindío	141	1	0,00%
Total	32.235.657	743	100%

Fuente: Ministerio de Salud y Protección Social, a partir de las bases de Datos de Registro de Resguardos, del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder).

Figura 3. Número de resguardos (Colombia, 2015)



Fuente: elaboración del autor.