

MULTICULTURALISMO Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL¹

CATALINA BOTERO MARINO

After reflecting on multiculturalism and constitutional law in Latin America, the author makes a systematic study of the most important opinions of the Colombian Constitutional Court on the rights of the indigenous peoples, with the aim of showing the most reasonable criteria found in such opinions that can be used to solve conflicts in a multicultural state.

Este artículo pretende sistematizar las decisiones más relevantes de la Corte Constitucional colombiana sobre los derechos de los pueblos indígenas, con el fin de reconstruir los criterios que ofrece la jurisprudencia para resolver los conflictos propios de un Estado multicultural. Esto no supone, sin embargo, que la jurisprudencia hasta ahora proferida resulte completamente coherente y que responda plenamente a los imperativos de un modelo constitucional multicultural. Como lo han advertido expertos en el tema², la jurisprudencia de la Corte en

¹ Este artículo tiene origen en las conferencias dictadas en Cali, durante las jornadas de reflexión jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, y en la Facultad Latino Americana de Ciencias Sociales – FLACSO – en Quito – Ecuador, durante el Primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, en septiembre de 2003. Con algunos complementos críticos hará parte del libro que se publicará como resultado de ese Congreso. Agradezco a Armin Sattler, estudiante de derecho de la Universidad de los Andes, su apoyo en la elaboración de la conferencia y, en especial al profesor León Olivé su gran generosidad al leer y comentar este texto. A él debo buena parte de los aciertos que este artículo pueda tener. Los desaciertos se deben exclusivamente a la terquedad de su autora.

² Para un estudio crítico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver Bonilla, Daniel, *La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento*. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Estudios Ocasionales CIJUS. Bogotá: 1999. Pág. 88 y ss. Ver también Los Derechos Fundamentales y la Diversidad Cultural: Análisis del Caso Colombiano, en *Los Derechos Fundamentales*, Universidad de Palermo, Buenos Aires: 2003.

esta materia en algunos casos puede resultar equívoca y contradictoria. Sin embargo, como también lo ha indicado una parte de la doctrina³, el esfuerzo de la jurisprudencia colombiana por “tomarse en serio” la constitución multicultural es pionero en este tema y avanza importantes criterios de decisión que vale la pena conocer y discutir. Por ello, parece importante recorrer de manera sistemática el camino andado por la Corte Constitucional y encontrar una línea de argumentación que permita la defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas dentro de un modelo constitucional fundado en el respeto de los derechos humanos.

El artículo comienza por hacer una breve reflexión sobre la realidad multicultural y el derecho constitucional en América Latina durante la última década. Con ello, pretende mostrar la forma como poco a poco el “fantasma” del multiculturalismo ha ido invadiendo las constituciones del continente y alimentando importantes corrientes de pensamiento legal cuyos frutos pueden verse, entre otros, en la jurisprudencia constitucional colombiana. En la segunda parte, el artículo describe brevemente el marco normativo colombiano y recoge las más importantes sentencias de la Corte Constitucional en la materia que nos ocupa. Esta segunda parte comienza entonces por describir las normas del *bloque de constitucionalidad* que se refieren directamente al tema, para terminar mostrando la tensión y las dificultades particulares que surgen al incorporar, en una constitución de estirpe liberal, el modelo multicultural. Una vez definido el marco normativo y las tensiones existentes, el artículo se detiene en el estudio de la jurisprudencia constitucional. Para ello, en primer lugar, formula la definición de Estado multicultural ofrecida por la jurisprudencia. Luego identifica el concepto, alcance y contenido de los llamados *derechos diferenciados en función del grupo*, para terminar con el estudio de los más importantes criterios de fondo utilizados por la Corte para resolver los conflictos entre diversidad y unidad en el marco de un Estado multicultural.

Como ya ha sido advertido y lo será en el curso de todo el texto, se trata sobre todo de un intento por reconstruir una doctrina constitucional coherente a partir de las decisiones de la Corte Constitucional. Esto supone que no se tendrán en cuenta sentencias que se apartan de la línea doctrinal mayoritaria o que desandan el camino recorrido, y que no nos detendremos en una crítica interna de la doctrina constitucional. El objetivo, como ya se

³ Sobre el derecho constitucional y la jurisprudencia de la Corte como un mecanismo de emancipación de las comunidades indígenas en Colombia puede consultarse, entre otros, Uprimny, Rodrigo y García-Villegas, Mauricio, *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, en imprenta

mencionó, es el de intentar reconstruir los criterios más razonables ofrecidos por la doctrina constitucional colombiana para resolver los conflictos que han de producirse en un Estado multicultural entre los derechos de las comunidades indígenas y otros derechos, bienes y valores constitucionales.

1. La realidad multicultural y el derecho constitucional en América Latina

La convivencia de distintas culturas en el territorio de un mismo Estado es una realidad común a la mayoría de los países del mundo⁴. En particular, en el continente americano, es fácil constatar que desde Canadá hasta Chile florece una enorme riqueza multicultural, manifestada no solo en un profundo y arraigado sincretismo cultural, sino en la convivencia – no siempre armónica – de una sociedad hegemónica estatal y pueblos indígenas que tienen su propia visión del mundo y del ser humano, sus propias normas y sus propias autoridades y que reclaman una política estatal de reconocimiento a la diversidad.⁵

No obstante, el pluralismo cultural que hoy empezamos a reconocer como una realidad valiosa, durante varios siglos y hasta hace muy poco tiempo fue considerado un verdadero problema. Un lastre para el desarrollo. Un límite a la modernidad. Pese al evidente mestizaje cultural que caracteriza a América latina⁶, hasta hace muy poco tiempo nuestra herencia indígena era negada o invisibilizada y los pueblos indígenas y sus integrantes eran considerados como “menores de edad”, pueblos no civilizados que debían ser incorporados, incluso a la fuerza, a la sociedad hegemónica. Esta actitud vergonzan-

⁴ Señala Will Kymlicka en este sentido: “En la actualidad la mayoría de los países son culturalmente diversos. Según estimaciones recientes, en los 184 Estados independientes del mundo conviven más de 600 grupos de lenguas vivas y 5000 grupos étnicos...”, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minoría*, Editorial Paidós; Barcelona: 1999. p. 13

⁵ Sobre los problemas actuales del movimiento indígena en América Latina pueden consultarse, entre otros, <http://www.cajpe.org.pe/> y <http://www.alertanet.org>.

⁶ Sobre las virtudes del mestizaje cultural, dice en un hermoso texto William Ospina: “Pero el mestizaje tiene muchas otras virtudes, algunas invaluable. Cuando se participa de orígenes diversos, de complejidades étnicas, de tradiciones culturales distintas, es más fácil descubrir esa esencia que es común a todas las razas y a todas las culturas. En el fondo de nuestro ser mezclado y múltiple nos resulta ciertamente más fácil encontrar al ser humano, un ser humano un poco menos exquisito pero un poco más natural, un poco menos racional pero un poco más sensitivo, un poco menos seguro pero un poco más curioso del mundo. Y la ventaja suprema de pertenecer a tantas tradiciones es la imposibilidad de alentar el orgullo de las razas puras, su soberbia y su intolerancia.”. Ospina, William, *Los nuevos centros de la esfera*, Editorial Aguilar, Bogotá, 2001, p. 30.

te y excluyente de la sociedad americana se reflejaba claramente en las manifestaciones jurídicas, económicas y sociales del Estado nacional. En particular, las constituciones americanas desconocían la realidad multicultural y abrían el espacio para que los pueblos indígenas fueran expulsados de sus tierras, sus autoridades despojadas de facultades políticas y judiciales propias y sus miembros “aculturizados” y excluidos de los beneficios de la ciudadanía cultural.

No obstante, durante cada uno de los últimos 500 años, de manera incesante e incansable, las comunidades indígenas reclamaron el derecho a vivir en su territorio y a conformar su propio proyecto de vida colectivo, según sus creencias y costumbres y al amparo de sus propios dioses. El reclamo indígena y su persistente y solitaria resistencia resultaban sin embargo invisibles para las mayorías políticas que solo se encontraban interesadas, en el mejor de los casos, en encontrar formas “pacíficas” para incorporarlos a los sistemas culturales – jurídicos, económicos y sociales – del Estado nacional. Fue sólo hasta hace poco más de dos décadas y luego de una verdadera tragedia cultural en América, cuando la lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento de su dignidad y sus derechos diferenciados comenzó a producir frutos importantes en el universo jurídico.

48 Como antecedente a este reconocimiento, puede ser importante recordar que hace casi 50 años, algunos Estados occidentales reconocieron la explotación y discriminación a la que estaban siendo sometidos los miembros de las comunidades indígenas y suscribieron, en consecuencia, el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957. Este convenio, sin embargo, tenía como objeto la protección de los miembros individuales de las comunidades indígenas contra las prácticas de explotación y discriminación existentes, pero no el reconocimiento de la diversidad y los derechos diferenciados de las minorías nacionales. Como claramente se puede constatar, aquel no era el reconocimiento que durante los últimos cinco siglos exigieron los pueblos indígenas. No se trataba de solicitar una política liberal o individualista orientada a proteger o incluso favorecer a sus miembros ‘mientras’ se lograba su incorporación, en condiciones de *igualdad formal*, a los sistemas propios del Estado nacional. De lo que se trataba era de exigir una verdadera política de reconocimiento cultural de la comunidad, que permitiera su plena existencia como minoría nacional. Que partiera de reconocer la legitimidad política, social y jurídica de su organización y autoridades. Y, finalmente, que reconociera los derechos de participación de la comunidad en la adopción de las decisiones que la afectan.

Desde el punto de vista del derecho, puede fácilmente constatarse que sólo en la década de los 70 comenzó a tener resonancia en el continente un movi-

miento cultural muy fuerte que propendía por el diseño y ejecución de una verdadera política de reconocimiento de los pueblos indígenas⁷. Una política que partiera de reconocer la dignidad e identidad de estos pueblos y los derechos especiales que se derivan de tal reconocimiento. El efecto jurídico de este movimiento fue la consagración de sus postulados más importantes en normas constitucionales y en tratados internacionales. La creación de constituciones multiculturales.

Ese movimiento lo inaugura Bolivia con la Constitución promulgada el 2 de febrero de 1967. Ella reconoce a las comunidades indígenas derechos sobre sus territorios ancestrales y sobre los respectivos recursos naturales; también derechos culturales como el derecho a la etnoeducación. Además, reconoce autonomía política, económica y social a las comunidades, contempla la existencia de la jurisdicción indígena y reconoce su personería jurídica.⁸ Poco después, los países centroamericanos se suman a la nueva tendencia constitucional. En 1972 Panamá y en 1985 Guatemala serán los Estados que inauguren el constitucionalismo multicultural en la región. La constitución panameña, en sus artículos 119, 122 y 123, consagra los derechos de consulta y participación de las comunidades y les reconoce el derecho a disponer de un territorio y, en consecuencia, de los recursos naturales que en él se encuentren. En Guatemala, los artículos 66, 67, 68, 69 y 70 de la Constitución regulan el derecho a la tierra de las comunidades indígenas. Nicaragua se sumará a la tendencia tan solo un año después de Guatemala. Especial interés despierta la regulación nicaragüense. En este sentido, cabe simplemente indicar que la costa atlántica de Nicaragua presenta un complejo panorama étnico que combina la presencia de comunidades tradicionales, como los *miskito*, con una gran colonia angloparlante que se asentó en el país a mediados del siglo XIX por influencia del imperio británico. Los seis artículos de su Constitución pertinentes para lo que estamos tratando reconocen derechos te-

⁷ La idea de política de reconocimiento se puede encontrar en la obra de Charles Taylor. No obstante, el filósofo canadiense impulsa la tesis de una política de reconocimiento desde el marco de una visión comunitarista, lo que no resultaría del todo coherente con un modelo liberal como el modelo constitucional colombiano. Sin embargo, parece muy relevante conocer la idea de reconocimiento que desarrolla, especialmente, en las siguientes obras: *Ética de la autenticidad*, Editorial Paidós, Barcelona: 1994, *Multiculturalismo y política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México: 1993. También se puede encontrar una explicación acerca de la política del reconocimiento en: Bonilla, Daniel, op.cit., nota 2.

⁸ Una referencia a las normas constitucionales de la zona andina que recogen disposiciones multiculturales se puede encontrar en la página de Internet de la Comisión Andina de Juristas: <http://www.cajpe.org.pe/>. Las constituciones iberoamericanas actualizadas se pueden encontrar en "Justicia Constitucional en Iberoamérica", dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm>, septiembre de 2003.

territoriales, culturales de identidad y educación y sobre los recursos naturales de las comunidades étnicas de los miskitos, sumus, ramas, criollos y garífonos, y otros habitantes de la costa atlántica. En 1985 Brasil incorpora la nueva tendencia y recoge en su Constitución el reconocimiento de la diversidad étnica de la nación. La regulación presente en su Constitución trata principalmente el reconocimiento y la protección de los derechos territoriales de las comunidades indígenas. Sin embargo, la década de los noventa se convertirá en el período de mayor auge del constitucionalismo multicultural en América. En orden, Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Honduras (1994), Argentina (1994), México (1995), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), incluirán dentro de sus constituciones normas que reconocen derechos a sus diferentes comunidades étnicas.

Como será mencionado más adelante, la Constitución colombiana de 1991 incluye lo que podríamos llamar una verdadera constitución multicultural. Según el artículo 7, “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. En desarrollo de eso, la Constitución reconoce los derechos diferenciados de participación, consulta, autonomía, territorio y diversidad cultural.

A su turno, la Constitución paraguaya reconoce derechos territoriales, culturales de identidad y educación, de autogobierno, de consulta y participación a las comunidades indígenas. Perú incluye en su carta política el derecho de los pueblos indígenas a su territorio y, en consecuencia, a los recursos naturales; también confiere una cierta autonomía política a los pueblos indígenas y reconoce la existencia de la jurisdicción indígena. Es la primera constitución latinoamericana, después de la boliviana, que de manera explícita reconoce la personería jurídica de las comunidades indígenas. La regulación hondureña se limita a consagrar en un artículo, el 173, el deber estatal de proteger las comunidades nativas. La Constitución argentina, reformada en 1994, incluyó una nueva facultad del legislativo: la de reconocer las comunidades indígenas preexistentes y la de garantizar sus derechos territoriales, culturales y de consulta previa en lo que refiere a los recursos naturales. También faculta al Congreso para reconocer la personería jurídica de las comunidades indígenas. México reconoció por medio de la Constitución de 1995 derechos culturales, de identidad y educación, así como personería jurídica a los pueblos indígenas que habitan su territorio. En 1998, Ecuador reformó su constitución y consagró los derechos al territorio ancestral y a los recursos naturales de las comunidades indígenas; también incluyó el derecho al reconocimiento de la identidad cultural y, en consecuencia, a la etnoeducación; reconoció autonomía política, económica y social a sus comunidades y creó la jurisdicción indígena. Elevó a rango constitucional la consulta y partici-

pación de los distintos pueblos indígenas en la vida política del Estado. Finalmente, Venezuela se sumó al constitucionalismo multicultural e incluyó en la nueva constitución bolivariana de 1999 un catálogo de derechos similar al de la constitución ecuatoriana. Excluyó de la regulación la autonomía política, pero otorgó personería jurídica a las comunidades⁹.

El desarrollo del derecho internacional público presenta también importantes avances en el tema que nos ocupa¹⁰. Al respecto, parece acertado afirmar que el Convenio No. 169 de 1998 de la OIT es el instrumento internacional que cristaliza la política multicultural de reconocimiento a la diversidad. Aparte de propender por la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de comunidades indígenas, el convenio obliga a los países que lo ratifican a tomar medidas para la conservación cultural de las minorías nacionales y a reconocer la autonomía de ellas en sus territorios. La consulta y la participación se hacen obligatorias y ofrece la posibilidad de establecer jurisdicciones propias de las comunidades en materia delictiva. Da una dimensión cultural al trabajo y lo aproxima a las formas de vida de las diferentes culturas. Por otra parte, busca garantizar derechos como el de la seguridad social y establece la obligación de brindar etnoeducación a los miembros

⁹ <http://www.pueblosindigenas.net/constituciones.htm>

¹⁰ Otras disposiciones de derecho internacional relacionadas con el tema que nos ocupa:

I. Declaraciones y convenciones de carácter general relativas al tema (en orden cronológico): *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 27; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, preámbulo; parte I, artículo 1; parte II, artículos 2, 3, 4, 5; *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14-25 de junio de 1993, *Declaración y Programa de Acción de Viena*: apartes directamente relacionados con la protección a grupos étnicos, religiosos o culturales; II. Declaraciones y convenciones de derechos humanos sobre prohibición de la discriminación y derechos especiales en función del grupo: *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, artículos 1, 2, 3, 4, 7; *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, preámbulo, artículo 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9; *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, artículos 1, 2, 3, 4, 5, 8; *Convenio (no. 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, artículos 1, 2, 3, 5; *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*, artículos 1 y 5; *Convenio sobre la diversidad biológica*. aprobado y abierto a la firma en Río de Janeiro (Brasil) el 5 de junio de 1992, artículo 8; *Declaración final de la conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, y las formas conexas de intolerancia*, Durban, Sudáfrica, 7 de septiembre de 2001; III. Declaraciones y Convenciones subregionales de los países del área andina relacionados con la protección de los pueblos indígenas y las comunidades afroamericanas.: *Tratado de cooperación Amazónica*, firmado en Brasilia el 3 de julio de 1978, artículos I, XIII, XIV; *Decisión 391 del acuerdo de Cartagena (julio 2 de 1996)*; *Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos, consideraciones y títulos*, apartes I, IV; capítulo II, artículo 7; título VII, art. 45 c; *Declaración de Machu Pichu sobre la democracia, los derechos de los pueblos indígenas y la lucha contra la pobreza*.

de las comunidades. El Convenio ha sido ratificado por 17 países, 12 de los cuales pertenecen a la región latinoamericana.¹¹

Pese a todo lo anterior, al dar un vistazo a la realidad latinoamericana la pregunta que surge es qué ha pasado con estas normas. En efecto, cualquier persona relativamente informada podría legítimamente preguntarse si las mismas verdaderamente han tenido una eficacia jurídica plena o si se han limitado a desplegar una eficacia simbólica *perversa* que simplemente esconde la realidad contraria que pretenden regular. Finalmente, lo que podría preguntarse es si ha sido el derecho en estos casos una herramienta de dominación o, por el contrario, ha sido un instrumento de emancipación, inclusión y reconocimiento.

Como intentaré demostrar más adelante, las normas constitucionales que reconocen la igual dignidad de los pueblos indígenas, han desplegado, en Colombia, una verdadera eficacia jurídica gracias, fundamentalmente, al uso que las comunidades indígenas han hecho de los mecanismos constitucionales de garantía y a la respuesta que la Corte Constitucional ha dado a las demandas de estos pueblos, articuladas sobre todo a través de la acción de tutela.¹²

Como ya mencioné, esto no supone que la jurisprudencia colombiana resulte del todo coherente o que carezca de problemas y contradicciones. Sin embargo, la Corte ha hecho un gran esfuerzo hermenéutico que parte de “tomarse en serio” las normas que componen la constitución multicultural y ha elaborado criterios de fondo que resultan pioneros en el derecho comparado y que intentan armonizar los bienes que se encuentran en tensión en un universo pluricultural regido por una constitución liberal. Veamos esos aportes de la jurisprudencia colombiana a este importante debate.

2. La jurisprudencia constitucional colombiana en el marco del Estado multicultural

¹¹ Países que han ratificado el *Convenio No. 169 de la OIT*: México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Venezuela (2002) y Brasil (2002).

¹² La acción de tutela es el mecanismo de amparo de los derechos fundamentales en Colombia. Se trata de una acción de trámite especial que el constituyente de 1991 consagró para la protección eficaz de los derechos fundamentales. Se encuentra en el Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia. Sobre la acción de tutela y, en general, el derecho constitucional, como mecanismo de emancipación puede consultarse: Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas, *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, en imprenta.

Marco normativo: (a) el bloque de constitucionalidad; (b) la tensión existente y la dificultad particular de la interpretación de la constitución multicultural.

La Constitución colombiana reconoce el carácter multiétnico y pluricultural del Estado y protege plenamente el derecho a la diferencia de las minorías nacionales. En primer lugar el artículo 7 de la Carta indica textualmente: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Sobre esta norma y los artículos 1 y 2 de la Carta que establecen los fines del Estado colombiano, ha dicho la Corte:

En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa (C.P., artículos 1° y 2°) y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atiende a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (C.P., preámbulo y artículos 1°, 7°, 13 y 16).¹³

A partir del reconocimiento de nuestra propia realidad multicultural, la Constitución despliega todo un catálogo de disposiciones normativas que pretenden garantizar el derecho a la diferencia, a la participación y a la autonomía de las minorías nacionales. En primer lugar, la Carta confiere una especial protección a la riqueza cultural de la nación (C.P., artículo 8), así como el pleno respeto e igual reconocimiento y dignidad a las diversas culturas (C.P., artículos 13 y 72). En consecuencia, reconoce que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios (C.P., artículo 10) y promueve la educación bilingüe y, en general, la etnoeducación, de los miembros de los pueblos indígenas (C.P., artículo 68).

De otra parte, la Constitución reconoce a las minorías nacionales autonomía para gobernarse por sus propias normas y autoridades, “dentro del marco de la constitución y la ley”¹⁴. El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios (C.P., artículo 246). La autonomía constitucional incluye el derecho a gobernarse por autorida-

¹³ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana.

¹⁴ Esta restricción ha sido interpretada por la Corte en el sentido de que no cualquier norma legal o constitucional puede oponerse al ejercicio de la autonomía de las comunidades indígenas, so pena de vaciar de competencia la cláusula autonómica. Sobre esto volveremos más adelante.

des propias según sus usos y costumbres (C.P., artículo 330). Así mismo, la Carta les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad colectiva y no enajenable de sus resguardos y territorios (C.P., artículos 63 y 329). Finalmente, la Constitución establece derechos especiales de participación en cabeza de las comunidades indígenas. Consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes (C.P., artículos 171 y 176), y, les garantiza el derecho a la consulta previa sobre los asuntos que les atañen, en particular, en cuanto se refiere a la exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios (C.P., artículo 330).

Pero la constitución multicultural no se agota en las disposiciones constitucionales mencionadas. En efecto, en la gran mayoría de las decisiones relativas a conflictos entre unidad y diversidad cultural, la Corte Constitucional ha entendido que los tratados internacionales ratificados por Colombia, que promueven el reconocimiento y la defensa de la diversidad cultural, son normas directamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno. La Corte ha dicho:

A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.¹⁵

54 En suma, el marco jurídico de las decisiones de la Corte en estas materias está integrado, fundamentalmente, por las normas de derecho interno y de derecho internacional que establecen reglas, principios y valores dirigidos a regular el conflicto entre unidad y diversidad cultural. El conjunto de normas constitucionales, normas del derecho internacional humanitario y normas de los tratados de derecho internacional de los derechos humanos que

¹⁵ Sentencia SU-510/98. En otra reciente decisión sobre el derecho a la participación de las comunidades indígenas, dijo la Corte: “El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”. Cfr. Sentencia C-620/ 2003.

han sido ratificados por Colombia, configura lo que la Corte – apelando a una construcción del Consejo Constitucional Francés – denomina el “*bloque de constitucionalidad*”¹⁶. La teoría del bloque de constitucionalidad, tal y como ha sido recibida en Colombia, propone, en pocas palabras, que el derecho constitucional no se agota en la literalidad del texto constitucional. Según esta doctrina, el derecho constitucional incluye, entre otras cosas, las disposiciones – y reglas adscritas – del derecho internacional de los derechos humanos cuando quiera que estas se encuentren contenidas en tratados internacionales ratificados por Colombia.

Tanto la teoría del bloque de constitucionalidad, como la promoción de la eficacia interna de los tratados internacionales, son perfectamente compatibles con la mayoría de los ordenamientos americanos. Constituciones como la venezolana y la ecuatoriana, por ejemplo, apelan al derecho internacional de los derechos humanos para fortalecer el catálogo de derechos y garantías de los habitantes de sus respectivos territorios. Esto implica entonces que los tribunales domésticos de los países cuyas constituciones tienen un catálogo abierto de derechos fundamentales o apelan al derecho internacional deben aplicar internamente instrumentos como el Convenio 169 de la OIT para resolver los conflictos que se presenten en su respectiva jurisdicción. Lo que hace aún más útil el estudio de la jurisprudencia constitucional comparada es, precisamente, el hecho de que el marco jurídico para resolver estos problemas en muchos Estados de América Latina, es más similar que diverso

Ahora bien, el marco normativo constitucional – el bloque de constitucionalidad – incorpora una indiscutible y difícil tensión. De una parte, consagra y garantiza los derechos propios de un Estado liberal y, de otra, reconoce la dignidad e identidad de minorías nacionales y les confiere el carácter de comunidades especialmente protegidas. Al respecto ha dicho la jurisprudencia colombiana:

La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados (derechos diferenciados en

¹⁶ Sobre el origen y desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad, ver, entre otros, Favoreu, Luis, *El Bloque de Constitucionalidad* (1990) y Rubio Llorente, Francisco, “El Bloque de Constitucionalidad”, en *La Forma del Poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Para el caso colombiano se puede consultar el artículo de Uprimny, Rodrigo, “El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001, Vol I, p. 97 y ss. Ver, como ejemplo, las sentencias T-603 de 2003, SU 383 de 2003 y T-606 de 2001 de la Corte Constitucional Colombiana.

función del grupo), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).¹⁷

56 ¿Cómo resolver la tensión existente entre diversidad y unidad? ¿Deben los jueces, la administración o el legislador dar prelación a la realización de un proyecto económico que puede generar riquezas colectivas -y en consecuencia satisfacer derechos sociales y económicos de una parte de la población-, sobre el derecho de una comunidad indígena a la propiedad del territorio ancestral en el que habita y respecto del cual tiene una íntima relación espiritual de pertenencia? ¿Debe primar el derecho a la subsistencia de una comunidad indígena milenaria sobre los derechos humanos de quienes, desde adentro, promueven directa o indirectamente su disolución? ¿Cómo deben armonizarse los derechos colectivos a la seguridad y al desarrollo con los derechos especiales de las comunidades indígenas?. ¿Cómo pueden coexistir el principio de diversidad étnica y cultural y la primacía constitucional de los derechos humanos?

Estas preguntas se podían resolver con relativa facilidad – y con una alta dosis de crueldad - antes de que los Estados reconocieran, explícitamente, la existencia y el derecho a la diferencia de las comunidades indígenas. Hoy en día no es tan fácil la respuesta a las preguntas formuladas. Es necesario por eso elaborar criterios de decisión que satisfagan los estándares

¹⁷ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana.

mínimos de un Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, las exigencias de una verdadera política multicultural. La elaboración de tales criterios de decisión no es una tarea particularmente sencilla. En primer lugar la tensión que hay que resolver es notoriamente difícil. Como ya se ha podido ver, en los conflictos multiculturales suelen aparecer comprometidos derechos humanos, es decir, aquellos derechos que son, ni más ni menos, la razón de ser del Estado constitucional, su horizonte de actuación y el estándar mínimo de legitimidad de todo cuanto resulte relevante para el derecho. Del otro lado de la balanza pesan el pluralismo y el principio de igualdad en su compleja y enriquecida dimensión actual. En otras palabras, el otro polo de la tensión resulta del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de los pueblos ancestrales que, mucho antes de la conquista y pese a los enormes atropellos que siguieron, han afirmado su derecho a la diferencia.

Esta tensión se encuentra reflejada en normas constitucionales que no pueden hacer otra cosa que reconocerla y avizorar algunos elementos básicos para la adopción de decisiones. En otras palabras, las normas constitucionales referidas al tema que aquí nos ocupa traducen exigencias mínimas de justicia que pueden resultar, en principio, no solo distintas sino incluso contradictorias y, sin embargo, no incorporan – porque no es de la naturaleza de la Constitución hacerlo – reglas unívocas y universales para resolver los conflictos a los que puedan dar lugar. Ciertamente, como debe ser en derecho constitucional, las disposiciones de la Carta dejan al legislador o al intérprete constitucional la labor de hacer las ponderaciones que, caso a caso y en cada momento histórico, respondan a las exigencias constitucionales. Es pertinente recordar que las normas constitucionales, por su propia naturaleza, suelen tener una estructura abierta - flexible o *principialista* – y no la estructura de reglas que definen, de una vez y para siempre, los conflictos relevantes para el derecho constitucional¹⁸.

57

Son justamente las dificultades anotadas – la difícil tensión, la ausencia de respuestas definitivas y la apertura de las normas constitucionales - las que hacen que sea importante conocer los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han establecido para guiar la interpretación del derecho

¹⁸ Sobre la estructura de las normas constitucionales y en particular de las normas que consagran derechos fundamentales, Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional demográfico” en Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

constitucional en esta materia. Por esto, en lo que queda de este aparte me dedicaré a tres cuestiones centrales del estudio de la jurisprudencia: (1) la definición de algunos conceptos básicos; (2) la descripción de los derechos diferenciados reconocidos por la corte y (3) los criterios de fondo de los que se ha servido el juez constitucional para resolver los conflictos que se han presentado entre unidad y diversidad cultural.

¿Qué entiende la jurisprudencia por un Estado multicultural?

Lo primero que parece importante definir es el significado de la expresión *multiculturalismo* o *Estado multicultural* en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La doctrina y la jurisprudencia al hablar de multiculturalismo hacen referencia a dos cuestiones distintas. En primer lugar a la realidad multicultural, es decir, a la convivencia de distintas culturas en un mismo territorio. En segundo término, cuando se habla de un Estado multicultural se habla de la incorporación en el sistema jurídico de normas que parten del reconocimiento positivo de la diferencia y, en consecuencia, incorporan valores y principios que tienden a la defensa de la diversidad y asignan derechos especiales a los grupos culturalmente diversos.

Ahora bien, el término *cultura* o la expresión *grupos culturales* tienen múltiples significados. Sin embargo, parecería que la jurisprudencia colombiana ha aceptado el uso operativo que a estos términos ha dado el filósofo canadiense Will Kymlicka.¹⁹ Tal vez el autor con mayor reconocimiento en la doctrina y la jurisprudencia colombiana es el ya mencionado filósofo canadiense Will Kymlicka. En su libro *La Ciudadanía multicultural*, (p. 26 ss.) propone algunas definiciones técnicas o meramente operativas de los términos centrales del discurso multicultural. Ver también Bonilla, Daniel, *La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento*, p. 34-54.

En efecto, en la mayoría de los casos la jurisprudencia de la Corte utiliza la expresión “Estado multicultural” para referirse a un Estado en el cual conviven simultáneamente los miembros de la sociedad mayoritaria con grupos

¹⁹Tal vez el autor con mayor reconocimiento en la doctrina y la jurisprudencia colombiana es el ya mencionado filósofo canadiense Will Kymlicka. En su libro *La Ciudadanía multicultural*, (p. 26 ss.) propone algunas definiciones técnicas o meramente operativas de los términos centrales del discurso multicultural. Ver también Bonilla, Daniel, *La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento*, p. 34-54.

que son calificados como *minorías nacionales* y/o *grupos étnicos*. En consecuencia, las normas que reconocen y protegen la diferencia cultural se dirigen, fundamentalmente, a aquellos grupos que pueden ser catalogados en una de estas dos categorías.

Siguiendo los criterios de Kymlicka – que parecen ser los criterios adoptados por la Corte Constitucional en sus más importantes decisiones –, son *minorías nacionales* las comunidades que se encuentran ancestralmente cobijadas por una organización política, social, económica y cultural distinta a la de la sociedad hegemónica o mayoritaria. En general, estas comunidades habitan un territorio ancestral respecto del cual tienen un fuerte sentimiento de pertenencia. Tienen su propia cosmovisión, sus normas y sus autoridades de gobierno. Finalmente, se trata de grupos que nunca han estado plenamente incorporados a la sociedad estatal o mayoritaria y que desean mantener, cuando menos, su autonomía política y judicial. Esta categoría identifica, por ejemplo, a las comunidades indígenas en América²⁰.

Los *grupos étnicos* son grupos de personas que no desean tener una organización política y social autónoma, completamente diferenciada de la sociedad hegemónica. Por el contrario, quieren integrarse a la comunidad nacional siempre y cuando se reconozcan y respeten sus tradiciones culturales y, en algunos casos, siempre que se les confieran derechos especiales de representación o de consulta, o de ambos tipos. En esta categoría estarían, por ejemplo, los grupos de inmigrantes.

²⁰ En este sentido, es importante recordar que el legislador colombiano ha caracterizado a las comunidades indígenas como “conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales...” (Decreto 2001 de 1988, artículo 2°). Esta definición recoge algunos de los criterios antes mencionados; sin embargo, no incorpora otros como, por ejemplo, el hecho de que las comunidades habiten en territorio ancestral. Ahora bien, al exigir este último criterio no se exige que la minorías nacionales sean propietarias de dicho territorio o incluso que habiten actualmente en él, pues el despojo de las tierras ancestrales es una de las conductas más recurrentes contra las comunidades indígenas. Sin embargo, sí parecería exigirse que exista una relación de identidad o pertenencia respecto de un determinado territorio en el cual resulte posible que estos grupos ejerzan su autonomía. La Corte ha sido en general respetuosa de la definición adoptada por el legislador. No obstante, como se verá adelante, ha atendido a los criterios elaborados por Kymlicka para resolver algunos casos difíciles relativos a la asignación de derechos diferenciados a una determinada comunidad o a personas que afirman ser miembros de dicha comunidad (Cfr. Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana).

Aquí nos detendremos exclusivamente en la descripción de los criterios encontrados por la Corte Constitucional colombiana para resolver los problemas constitucionales que se presentan por la coexistencia en el territorio nacional de diversas *minorías nacionales*. No entraremos al tema de los derechos especiales de los denominados *grupos étnicos*, pues a pesar de ser de suma utilidad, este espacio resulta insuficiente.

En un Estado constitucional multicultural, se presenta necesariamente la tensión entre unidad y diversidad. Unidad, representada en la pretendida universalidad de los derechos humanos y en la defensa de la forma de gobierno democrática; y diversidad, entendida como el respeto a formas de gobierno de las minorías culturales que desconocen o incluso transgreden el paradigma liberal de los derechos. Unidad, también entendida como las facultades que en un Estado unitario tienen los órganos judiciales, administrativos y legislativos sobre todo el territorio nacional, respecto de las facultades de autogobierno de las autoridades propias de los pueblos indígenas. Esta tensión propia de un estado multicultural, comienza a resolverse al reconocer la existencia de una serie de derechos en cabeza de las minorías nacionales, derechos que compiten con los derechos humanos de corte liberal y con las facultades que el ordenamiento asigna a las autoridades públicas del Estado nacional. Del catálogo de tales derechos y de las garantías que se asignen para su protección dependerá, en buena parte, la forma como cada Estado resuelva la tensión planteada entre unidad y diversidad. En el aparte siguiente haremos una descripción del catálogo básico de derechos reconocidos a las comunidades indígenas por la Constitución colombiana y protegidos por la Corte Constitucional.

60

Los derechos diferenciados en función del grupo: (a) la comunidad – y no solo los individuos que la componen – es titular de derechos fundamentales; (b) los derechos que se asignan a las minorías nacionales no son, en principio, derechos colectivos sino derechos especiales en función del grupo; (c) derecho a la vida y a la integridad cultural; (d) igualdad: el derecho a la diferencia; (e) participación y consulta; (f) propiedad colectiva sobre el territorio ancestral; (g) autonomía política y jurisdicción indígena.

La Constitución reconoce a las comunidades indígenas la condición de verdadero sujeto colectivo. En tal virtud les asigna una serie de derechos constitucionales fundamentales que marcan la pauta del respeto por la diversidad cultural en territorio colombiano. En este sentido, los derechos reconocidos a las minorías nacionales no son derechos colectivos en el sentido usual del término, sino derechos diferenciados en función del gru-

po²¹, pues el sujeto titular es la propia colectividad y no los individuos que la componen. Pero la jurisprudencia colombiana va más lejos, al considerar que algunos de estos derechos diferenciados en función del grupo son verdaderos derechos fundamentales, es decir, aquellos de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico colombiano, cuyo titular es la comunidad y no los sujetos individuales que la habitan.

Las implicaciones de reconocer a la comunidad el carácter de sujeto jurídico titular de derechos fundamentales no son de poca monta. Como se sabe, en la permanente búsqueda por armonizar los bienes y derechos constitucionales, es muy relevante el carácter de un determinado derecho para definir su “peso específico” al ponderarlo, en caso de conflicto, con otro derecho o interés. En este sentido, según la Constitución Colombiana los derechos fundamentales tienen prelación sobre derechos de otro tipo, como los derechos constitucionales no fundamentales o los derechos de origen netamente legal, reglamentario o contractual. Por eso, ya no vale simplemente oponer a la comunidad indígena la existencia de un derecho fundamental que se encuentra restringido, por ejemplo, por una orden de una autoridad tradicional, para que tal argumento tenga, en principio, prioridad. En este nuevo escenario jurídico, la comunidad puede oponerse a este argumento con la contundencia que le confiere su carácter de sujeto colectivo titular de derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿cuáles son los derechos que la Constitución colombiana, a la luz de la interpretación realizada por la Corte Constitucional, ha reconocido a los pueblos indígenas? Se trata de derechos especiales o diferenciados en función de las características del grupo titular de los mismos. Estos derechos parten del reconocimiento pleno de la igual dignidad y valor constitucional de las minorías nacionales. Su propósito es fundamentalmente que los pueblos indígenas puedan desarrollar y desplegar su propio proyecto de vida colectivo sin agresiones externas, así como participar en la vida del Estado nacional y en la adopción de las decisiones que los afectan. Para tales efectos la jurisprudencia ha reconocido los siguientes derechos diferenciados en función del grupo: 1º-) el derecho a la vida y a la integridad comunitaria; 2º-) el derecho de la comunidad a la igualdad, entendida, entre otras cosas, como el derecho al reconocimiento de la diferencia; 3º-) los derechos políticos de representación y consulta; 4º-) el derecho a la propiedad colectiva e inajenable sobre el territorio ancestral; 5º-) y, finalmente, el derecho a la autonomía política, económica y social y, particularmente, a la jurisdicción propia. Veamos un poco más en detalle el alcance de cada uno de estos derechos.

²¹ Kymlicka, Will, op. cit, p. 46-56, Bonilla, Daniel, op.cit., p. 38.

1º-) El derecho fundamental a la vida y a la integridad de los pueblos indígenas.

El reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad de las comunidades indígenas parte de un supuesto básico: la comunidad indígena debe ser entendida como un *sujeto colectivo* y no como la suma de individuos que la componen. De esta manera, se puede decir que los derechos que la Carta reconoce a los pueblos indígenas buscan, fundamentalmente, el amparo del *sujeto colectivo*²².

La Corte ha reconocido, en múltiples decisiones, el derecho fundamental a la existencia misma de la comunidad, reconocimiento que ha permitido restringir derechos fundamentales de terceros hasta ámbitos difícilmente justificables bajo el paradigma liberal. Así, por ejemplo, sucedió en una situación en la que se presentaba un conflicto entre una comunidad indígena y una comunidad evangélica. Se logró demostrar que las prácticas evangélicas en territorio indígena amenazaban la existencia misma de la comunidad. En consecuencia, la Corte reconoció el derecho de las autoridades tradicionales a prohibir, dentro de su territorio, el ejercicio público de esas prácticas, como una medida que entendió necesaria para proteger el derecho a la existencia e integridad de la minoría nacional amenazada.²³

Otra ocasión en la que la Corte protegió el derecho a la existencia de la comunidad indígena fue el caso “Cristianía”. El gobierno nacional decidió “ampliar, rectificar y pavimentar” una carretera que pasaba por territorio del resguardo indígena de Cristianía. Sin embargo, al estudiar la acción interpuesta por las autoridades indígenas, la Corte encontró que las labores de ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera amenazaban las precarias condiciones de subsistencia de la comunidad y con ello la integridad y la vida de sus miembros. En consecuencia, al resolver la tensión entre el legítimo interés económico que se encontraba detrás de la construcción de la carretera y el interés del pueblo indígena en mantener sus condiciones de subsistencia, consideró que este último poseía una legitimación mayor “en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución”.²⁴

²² En todo caso, no sobra indicar que, para la Corte, la existencia del sujeto colectivo se entiende valiosa fundamentalmente porque es condición de posibilidad para que los sujetos individuales que lo integran puedan desarrollar plenamente su modelo de vida. En este sentido, la jurisprudencia es fiel a la raigambre liberal de la Constitución y no lo sustituye por propuestas comunitarias.

²³ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

²⁴ Sentencia T-428/92 Corte Constitucional colombiana

En el mismo sentido, en la sentencia T-342 de 1994, la Corte Constitucional otorgó el amparo del derecho fundamental a la existencia de la comunidad Nukak-Maku amenazado por las prácticas de una comunidad evangelizadora denominada *Nuevas Tribus de Colombia*, que invadía de forma progresiva su territorio. La Corte consideró que la irrupción de los forasteros ponía en riesgo la cohesión que sirve de base para la estructura social de la comunidad. En dicha ocasión, y así lo ha venido haciendo desde entonces, la Corte estudió todas las consecuencias de la intervención de los extraños en la cultura existente. Para el tribunal, los colonos no solo perturbaban las formas tradicionales de interrelación de los Nukak, sino que también servían de elemento de distorsión en la relación de estos con su entorno, afectando el medio ambiente y fomentando la aparición de nuevas enfermedades. La suma de dichos factores significaba un verdadero riesgo para la existencia de la comunidad como *sujeto colectivo*. En este caso la Corte afirmó que la pasividad del Estado frente a la situación que se presentaba podía significar la desaparición de la comunidad y, por ende, la negación del derecho fundamental a la vida y a la integridad que está en cabeza de ésta.

2º.-) *El derecho de la comunidad indígena a la igualdad*

En la jurisprudencia de la Corte, el derecho a la igualdad de los pueblos indígenas tiene un triple significado. En primer lugar los pueblos indígenas y sus miembros tienen derecho a la no discriminación en sentido formal o clásico. En segundo término, estos pueblos y sus miembros pueden ser sujeto de medidas temporales de diferenciación positiva – o de acción afirmativa - que persigan superar, en ciertos ámbitos, la situación de marginalidad y vulnerabilidad a la que están sometidos. En tercer lugar, las comunidades indígenas y sus miembros deben ser objeto de medidas de igualdad real, destinadas a reconocer y proteger la diferencia cultural. Esta última forma de igualdad es la que da lugar a los llamados derechos diferenciados en función de grupo. Veamos sin embargo cada uno de estos tres tipos de derechos.

En primer lugar, las comunidades indígenas y sus miembros tienen derecho a no ser discriminados. Esto significa que tienen derecho a que la ley no les imponga cargas especiales o los excluya de beneficios sociales, simplemente por el hecho de pertenecer a una minoría nacional. La Corte consideró inconstitucional, por ejemplo, la prohibición de transmitir conferencias radiales de carácter político en un idioma distinto al castellano, emitida por las autoridades públicas de un departamento del país. Para la Corte, se vulnera el derecho a la igualdad de los pueblos indígenas cuando se prohíbe la utilización de su propia lengua para la difusión de mensajes por los medios

masivos de comunicación.²⁵ En segundo lugar, los pueblos indígenas y sus miembros pueden ser objeto de medidas temporales afirmativas o de diferenciación positiva, que tengan como finalidad la superación del estado de marginalidad o vulnerabilidad en el que históricamente han sido colocados. En este sentido se pronunció la Corte en un caso en el cual la administración dilató injustificadamente el trámite a una solicitud de adjudicación de un territorio reclamado por una autoridad indígena. La Corte indicó:

La reticencia en que la administración incurre al no dar curso a los trámites necesario para la adjudicación del territorio reclamado por un cabildo indígena legalmente constituido, vulnera, además del derecho de petición, el derecho a la igualdad material, pues existe el deber constitucional de adoptar las medidas pertinentes a favor de grupos discriminados o marginados. Y siendo evidente el abandono, humillación y discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos, se hace necesario que se imponga siempre a su favor un trato preferencial²⁶

En consecuencia, ordenó a la administración dar trámite inmediato y preferente a la solicitud.

En tercer lugar, la Corte ha considerado que la cláusula general de igualdad contempla el derecho de los pueblos indígenas a la diferencia, esto es, a un trato diferenciado permanente, que permita y promueva la supervivencia de la cultura minoritaria. En particular, según la Corte, del principio de igualdad real se desprenden derechos diferenciados en función del grupo, que persiguen la defensa de la integridad cultural de la comunidad frente a eventuales agresiones externas.

A diferencia de las medidas de igualdad positiva, este tipo de derechos no son temporales ni buscan superar la situación de marginalidad o vulnerabilidad de la comunidad. Se trata, por el contrario, de derechos permanentes que buscan, entre otras cosas, garantizar que los pueblos indígenas puedan libremente desarrollar su propio proyecto colectivo de vida. En virtud de esta interpretación, la Corporación ha indicado que viola el derecho a la igualdad la medida que impide o dificulta que las comunidades indígenas conserven sus tradiciones ancestrales²⁷ y hagan uso de ellas. Así mismo, en aras de proteger la diversidad, la Corpora-

²⁵ Sentencia T 384/94 Corte Constitucional colombiana

²⁶ Sentencia T 567/92 Corte Constitucional colombiana

²⁷ Sentencia C 053/99 Corte Constitucional colombiana

ción declaró constitucional la creación del Fondo Indígena, cuyo objetivo era la implementación de herramientas especiales para que las comunidades pudieran lograr su propio desarrollo a partir del respeto integral a su cultura²⁸.

De especial atención resulta la sentencia C-088 de 2000, en la que la Corte se pronunció acerca de las condiciones especiales de las comunidades indígenas en el sistema de seguridad social en salud. Apelando nuevamente a la cláusula general de igualdad (C.P. artículo 13) para promover el respeto a la diferencia, la Corte rechazó la objeción de inconstitucionalidad presentada por el gobierno nacional al proyecto de ley que regulaba el sistema general de seguridad social en salud. Según esta objeción, el tratamiento especial que otorga este proyecto de ley a las comunidades indígenas es violatorio del principio de igualdad dado que constituye un trato injustificadamente privilegiado. Sin embargo, para la Corte el tratamiento especial que el proyecto confiere a las comunidades indígenas no hace sino salvaguardar el derecho que el gobierno consideraba violentado.

Otros casos se suman a la protección del derecho a la igualdad de las comunidades indígenas por vía del reconocimiento de su diferencia. En sentencias como la T-370 de 2002 y la T-214 de 1997, la Corte consideró que los miembros de las comunidades indígenas que han sido juzgados y condenados por la jurisdicción ordinaria, tienen derecho a ser reclusos en establecimientos carcelarios especiales a fin de salvaguardar su identidad cultural. Dijo la Corte: “debe señalarse que esta excepción hace referencia únicamente a aquellos individuos que además de tener ancestros aborígenes, pertenecen en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y la ley”. Para finalizar, cabe resaltar que la Sentencia C-058 de 1994 facultó la exclusión de los miembros de los pueblos indígenas del servicio militar obligatorio, tomando como base el mismo argumento de reconocimiento de la diferencia como condición para salvaguardar el derecho a la igualdad material.

No obstante, en otros casos, la Corte se ha abstenido de conferir un trato especial a las comunidades indígenas. En efecto, la Corte no encontró conducente la petición de una comunidad indígena solicitando que las autoridades notariales del Estado se acercaran a los distintos resguardos a fin de adelantar los trámites para conferir a sus miembros el respectivo carné de identidad (cédula de ciudadanía). En este caso, la Corte señaló

²⁸ Sentencia C-104/95 Corte Constitucional colombiana

que los miembros de los pueblos indígenas, como los restantes ciudadanos, tienen derecho al carné de identidad y pueden acercarse a los lugares previstos por las autoridades para obtenerlo. Sin embargo, la Corporación encontró que no existía la obligación a cargo de los funcionarios del Estado de desplazarse a todos los resguardos para adelantar el trámite, máxime cuando estos no habín solicitado la respectiva inscripción²⁹.

3º-) Derechos de representación política de la comunidad. El derecho a la consulta previa

La Constitución confiere a las comunidades indígenas especiales derechos políticos o de representación. En particular debe resaltarse el derecho que les asiste de contar con una circunscripción especial indígena para las elecciones al Congreso. Al estudiar la reglamentación legal de circunscripción especial, la Corte, en la sentencia C-169 de 2001, entendió que se trataba de una medida de diferenciación positiva a favor de un sector poblacional tradicionalmente excluido. Según la norma que reglamenta esa institución, el miembro de una comunidad que desee postularse como candidato debe haber sido líder de una organización indígena o haber ejercido un cargo de autoridad tradicional. Al analizar la imposición de este requisito especial y de alguna manera restrictivo, la Corte indicó que los derechos diferenciados se justifican siempre y cuando se trate realmente de mecanismos de protección y promoción de la respectiva comunidad. En este sentido, afirmó que la racionalidad del requisito mencionado radica en el hecho de que se orienta a lograr que la persona elegida efectivamente represente a los pueblos indígenas y conozca los problemas que afectan a quienes va a representar.

66

Las minorías nacionales no sólo tienen derecho a ser representadas en las esferas de decisión del Estado nacional. Adicionalmente, tienen derecho a ser consultadas antes de la adopción de medidas que, al ser implementadas en su territorio, pueden afectar sus intereses. Es de particular importancia indicar que para la Corte Constitucional el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental³⁰. En consecuencia, las comunidades pueden acudir al amparo constitucional en defensa del mismo. La Corte ha sido enfática al indicar que una verdadera consulta no se surte con reuniones informativas o meramente protocolarias o ante personas que no representan verdaderamente a la comunidad. Para entender surti-

²⁹ Sentencia T-305/94 Corte Constitucional colombiana

³⁰ Sentencia SU-039/97 Corte Constitucional colombiana

do el trámite de la consulta previa, la administración debe adelantar un verdadero diálogo intercultural con quienes son representantes de la comunidad eventualmente afectada, e intentar llegar a acuerdos que armonicen, de la mejor manera posible, los intereses que pueden encontrarse en conflicto. En este sentido se pronunció la Corporación en un caso, entre otros, en el cual el Ministerio de Medio Ambiente profirió licencia de exploración petrolera en territorio de la comunidad Uwa a una compañía de petróleos, sin que a juicio de esa comunidad se hubiera surtido el trámite de la consulta previa. Al respecto dijo la Corte:

No tiene el valor de consulta, como mecanismo de participación de la comunidad, la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de explotación o exploración de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices señaladas en la legislación correspondiente, que se presenten formulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, indicando su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica³¹.

Finalmente hay que tener en cuenta que la Corporación ha indicado que el deber de consulta previa a las comunidades indígenas no procede frente a las decisiones del legislativo, pues la representación derivada de la existencia de la circunscripción nacional es suficiente garantía del derecho a la participación.

4º-) Derecho de la comunidad a la propiedad colectiva sobre el territorio ancestral.

El derecho de la comunidad a la propiedad colectiva sobre el territorio ancestral es quizá, con el de jurisdicción indígena, el de más amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional colombiana.

Se puede afirmar que existen dos grandes “tipos” de sentencias de la Corte en esta materia: uno referido a las obligaciones en cabeza del Estado derivadas del reconocimiento de la propiedad de las comunidades indígenas sobre los territorios ancestrales, y otro en relación con las facultades de los miembros de la comunidad respecto del territorio que habitan.

³¹ Sentencia SU-039/97 Corte Constitucional colombiana

Dentro del primer “tipo” encontramos sentencias como la T-188 de 1993 y la T-567 de 1992. La primera de ellas conmina al INCORA³² para que constituya resguardos indígenas. La Corte señaló, en esa ocasión, que el acceso a la propiedad colectiva por parte de las comunidades resulta de vital importancia para su subsistencia y que, en cuanto a esto, la actividad del Estado, en cabeza de las entidades que tienen competencia para ello, debe ser emprendedora y tomar la iniciativa. En la sentencia se indica que el derecho a la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades indígenas es de carácter fundamental, con lo cual habilita la acción de tutela como mecanismo de protección de ese derecho y lo refuerza frente a posibles intervenciones externas.

A su turno, la sentencia T-567 de 1992 deriva otras consecuencias del carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva. El Estado colombiano no sólo debe facilitar el acceso a ella, sino que también debe impedir que sea perturbado por miembros de la cultura mayoritaria. En el caso que dio origen a la sentencia mencionada, el Estado omitió evitar que una compañía multinacional se apoderara de territorios pertenecientes a un cabildo indígena. La Corte afirmó que es deber constitucional de la administración proteger a la comunidad ante este tipo de perturbaciones. La misma regla es utilizada por la Corte en la sentencia T-528 de 1992, en la cual indica que el Estado debe prohibir el fomento de los fenómenos de colonización en territorio de los resguardos indígenas.

En suma, para la Corte Constitucional, el derecho de la comunidad a la propiedad colectiva de la tierra es un derecho fundamental. Por tanto, la comunidad se encuentra habilitada para solicitar la correspondiente asignación, siempre y cuando logre demostrar que se trata de un territorio ancestral y sobre el mismo no exista otro título de propiedad legítimo e incuestionable. Pero incluso en este caso, el Estado debe intentar que la propiedad de la tierra retorne a sus habitantes originales.

Sin embargo, el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los resguardos encuentra un límite infranqueable cuando se trata de la adopción de medidas excepcionales de interés nacional, necesarias para la salvaguarda del orden público interno. En efecto, en el caso T-405/93, una comunidad indígena interpuso una acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de Estados Unidos por considerar que

³² Instituto Colombiano de Reforma Agraria. Hasta su desaparición en 2002, esta entidad se encargaba de la adjudicación de terrenos baldíos y de la expropiación de predios rurales.

la construcción de una base de operaciones aéreas y la instalación de un radar en territorio indígena vulneraba sus derechos fundamentales. La Corte encontró que la base y las operaciones aéreas buscaban controlar el narcotráfico en esa zona del país. En consecuencia, consideró que en casos como éste, el interés de la comunidad indígena debía ceder al interés de la comunidad nacional representado en la necesidad de controlar el narcotráfico, fenómeno que constituye una de las mayores perturbaciones del orden público interno. Sin embargo, advirtió que el Estado debía hacer todos los esfuerzos necesarios para evitar que la operación del radar y cualquiera otra actividad que se adelantara en el resguardo afectaran el ecosistema de la región. En cuanto al deber de las autoridades de preservar las condiciones de existencia de la comunidad afectada, en palabras de la Corte, “toda previsión es poca”.

El segundo “tipo” de decisiones tiene que ver con aquellas sentencias que delimitan los usos permitidos de la propiedad colectiva y las facultades que tienen las comunidades indígenas en relación con ella.

La Corte ha señalado que, en principio, la propiedad colectiva del territorio confiere a la comunidad indígena la facultad de explotar los recursos naturales que se encuentren en él³³. Sin embargo, los pueblos indígenas tienen la obligación de dar a los recursos un uso sostenible, y las autoridades públicas tienen el deber de garantizar que terceras personas no los exploten con violación de las normas ambientales. Si no hubiera sido posible evitar este tipo de explotación, en todo caso, las autoridades públicas tienen el deber de intentar restaurar el ecosistema³⁴.

De otra parte, la Corte ha indicado que la propiedad colectiva sobre el territorio confiere a las autoridades tradicionales de las minorías nacionales el derecho a restringir el libre tránsito de terceras personas por ese espacio. Así lo manifestó la Corte en el caso T-257/93, al declarar que la decisión de las autoridades indígenas de impedir que una comunidad evangélica utilizara una pista de aviación que se encontraba en el resguardo para acceder a él, no violaba los derechos a la libre circulación y a la igualdad y libertad religiosa de dicha congregación religiosa. Para la Corte, las decisiones sobre el uso de la pista son, en principio, competencia exclusiva de la comunidad indígena, dado que se encuentra en territorio del respectivo resguardo. Finalmente, en un caso varias veces mencionado, la Corte en-

³³ Sentencia T 380/93 Corte Constitucional colombiana

³⁴ Sentencia T-380/93 Corte Constitucional colombiana

contró que hacía parte de la esfera de competencias de las autoridades tradicionales de una comunidad indígena prohibir la construcción de un templo evangélico y la circulación del pastor por el territorio ancestral³⁵.

5º-) *Derecho a la autonomía de las comunidades indígenas: la jurisdicción indígena.*

La Constitución colombiana establece el derecho de las comunidades indígenas a ejercer su autonomía “dentro de los límites de la Constitución y la ley” (artículo 287 C.N.). Así mismo, la Carta consagra el derecho – la competencia - de las autoridades indígenas de 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” (artículo 246 C.N.).

La autonomía indígena comprende, entre otras cosas, el derecho a gobernarse por autoridades propias, el derecho a darse sus propias normas y a definir sus propias políticas, planes y programas de desarrollo. A diferencia de las restantes entidades territoriales, las comunidades indígenas tienen, dentro de sus competencias autonómicas, la facultad de definir, a sus propias autoridades judiciales, las conductas que habrán de ser juzgadas, las sanciones correlativas y los procedimientos de juzgamiento; en otras palabras, tienen derecho a una verdadera *jurisdicción indígena*. El alcance de la autonomía de las autoridades indígenas y, en especial, de la jurisdicción indígena, ha sido quizá uno de los temas más discutidos en la jurisprudencia constitucional y sobre el cual existe el mayor número de inconsistencias y contradicciones. Sin embargo, a la luz de la doctrina constitucional actual, parece posible reconstruir una línea argumental relativamente coherente. Me limitaré ahora a reconstruirla, sin dejar de remitir, a quien pueda estar interesado, al estudio de investigaciones críticas de mucho interés sobre inconsistencias y contradicciones de la Corte en esta materia³⁶.

La Corte, en la gran mayoría de sus decisiones, ha señalado que el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la relevancia que tiene, para el ordenamiento, la protección de las minorías nacionales

³⁵ Como ya se ha mencionado, para un estudio crítico de la jurisprudencia de la Corte, ver Bonilla, Daniel, *La ciudadanía multicultural...*, op. cit., p. 88 y ss. Y, “Los derechos fundamentales y la diversidad cultural: Análisis del caso colombiano”, en *Los Derechos Fundamentales*, Universidad de Palermo, Buenos Aires: 2003.

³⁶ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

permite suponer que no cualquier norma constitucional o legal puede limitar la autonomía indígena. Al respecto, ha considerado que la única manera de lograr una interpretación armónica entre la limitación impuesta por los artículos 246 y 287 antes citados, por un lado, y la garantía del pluralismo y la diversidad étnica y cultural por el otro, es aceptando que sólo aquellas normas – legales o constitucionales - que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural y que persigan una finalidad de mayor entidad constitucional, pueden imponerse a la autonomía de los pueblos indígenas. En consecuencia, aunque los artículos 246 y 287 de la Carta se refieren en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la autonomía política, administrativa y judicial de los pueblos indígenas, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía.”³⁷

Ya hemos visto que el ejercicio de la jurisdicción indígena supone el derecho a darse sus propias normas, establecer las obligaciones, deberes y derechos comunitarios, definir las faltas y las penas correlativas, establecer los procedimientos y autoridades de juzgamiento y adelantar los respectivos juicios. La existencia de la jurisdicción indígena ha generado dos tipos de controversias constitucionales. Las referidas a su articulación con el sistema judicial nacional y las que se refieren al alcance y límites de las competencias de las autoridades indígenas para definir deberes, faltas, sanciones y procedimientos. La sola explicación de las decisiones sobre estos temas daría para mucho más de un artículo de esta naturaleza. Por ahora, me limitaré a mencionar las decisiones que considero de mayor importancia en cada uno de esos dos temas.

Los problemas sobre la articulación entre jurisdicción indígena y sistema judicial nacional se han referido, fundamentalmente, a la delimitación del llamado “fuero indígena” como factor central para la definición de competencias entre los jueces estatales y las autoridades tradicionales. La Corte ha indicado que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena lleva aparejado el derecho de los miembros de la comunidad a un fuero especial, es decir, a ser juzgados por sus propias autoridades y según las normas y procedimientos de la comunidad a la cual pertenecen, “en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”.³⁸ En criterio de la Corte, la garantía del fuero y, en general, la atribución de las autoridades indígenas para

³⁷ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

³⁸ Sentencia T-496/96 Corte Constitucional colombiana

juzgar a los miembros de su comunidad, no está condicionada a la expedición de alguna norma de rango infraconstitucional, pues se trata de una garantía institucional que la propia Carta consagra a favor de las comunidades³⁹. Lo más que puede hacer la ley frente a tal garantía es definir los criterios de articulación de las dos jurisdicciones, pero siempre dentro del respeto por el ámbito constitucionalmente protegido de la jurisdicción indígena.

Ahora bien, desde sus primeras decisiones la Corte consideró que el fuero indígena debe ser protegido, al menos, en aquellos casos en los que confluyan, simultáneamente, el factor personal y territorial. En este sentido, para que un eventual conflicto de competencias se resuelva a favor de la jurisdicción indígena se requiere fundamentalmente que la persona que será juzgada pertenezca a la comunidad (factor personal) y hubiere cometido la falta en territorio bajo el cual las autoridades tradicionales indígenas ejercen jurisdicción (territorial). En estos casos la jurisdicción nacional debe ceder ante la jurisdicción indígena.

Recientemente la Corte reiteró la tesis según la cual, en principio y salvo argumentos muy fuertes en contrario, la jurisdicción indígena sólo es competente cuando confluyen el factor territorial y el personal. Esta regla toma fuerza en la sentencia T-728 de 2002 en la que la Corte fijó los criterios acerca del alcance y límites en la aplicación del fuero indígena. La regla que se deriva del fallo indicado, es la de la necesidad de ambos factores para que sea válida la aplicación del fuero. En consecuencia, si una persona cometió un delito en territorio indígena pero no pertenece a la comunidad, o si, perteneciendo a la comunidad, cometió el delito por fuera de las fronteras de su territorio, en principio será competente la jurisdicción ordinaria.

72

No obstante, en algunas decisiones la Corte ha aceptado que, excepcionalmente, la jurisdicción indígena se extienda a casos en los cuales la falta fue cometida por fuera de territorio ancestral. En algunos casos la Corte ha afirmado que en las ocasiones en los que un indígena incurre en una falta por fuera del territorio de la comunidad, la definición del conflicto de competencias entre jurisdicciones no puede estar definitivamente sometida a una regla general e inflexible definida *a priori*. Es necesario atender a las circunstancias de cada caso y solucionar la controversia de manera tal que se satisfagan los fines del Estado multicultural. En otras palabras, existen algunas circunstancias excepcionales en las cuales, pese a que no se reúnan los dos requisitos antes mencionados, la jurisdicción indígena podrá desplazar a la ju-

³⁹ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

jurisdicción ordinaria. Así por ejemplo, en el evento en el cual la conducta en la que incurre el indígena sea cometida por fuera del resguardo y sancionada por los dos ordenamientos, el juez nacional debe valorar “la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece”, para determinar si el indígena debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por la jurisdicción indígena⁴⁰.

No está de más recordar aquí que, al igual que como ha sucedido en la jurisprudencia de otros países de América Latina, la Corte ha hecho claro hincapié en lo que tradicionalmente se ha denominado *error de comprensión cultural*. Se trata de que el juez debe verificar si la persona juzgada tenía - o podía tener - conocimiento sobre la ilicitud de su conducta, dado el entorno cultural en el cual se ha desarrollado su vida. Si se llegare a comprobar que se trata de una persona que ha vivido en una comunidad relativamente aislada de la sociedad hegemónica y que, al momento de cometer la conducta, no tenía manera de conocer su ilicitud, el juez deberá “considerar la posibilidad de devolver al individuo a su entorno cultural”.⁴¹

Ahora bien, la jurisprudencia también ha indicado que el hecho de que una persona pertenezca a un pueblo indígena no es razón suficiente para impedir el cumplimiento de una pena que le fue asignada por un juez nacional, una vez se ha surtido el trámite ante la jurisdicción ordinaria⁴². Al respecto, la Corte negó la acción de tutela interpuesta por una persona que pertenecía a una comunidad indígena y que, pese a haber sido condenado por homicidio y luego de que el juez había verificado que el sujeto conocía la ilicitud de su conducta, alegó su pertenencia a la comunidad para ser relevado de la condena y sometido a la jurisdicción indígena⁴³.

Resta ahora exponer las reglas jurisprudenciales más relevantes en torno al segundo problema generado por la existencia de la jurisdicción indígena: el alcance de las facultades normativas y jurisdiccionales de las autoridades indígenas.

La jurisdicción indígena se encuentra consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política y en los artículos 8° y 9° del Convenio N° 169 de la O.I.T. La Corte Constitucional ha considerado que el ejercicio de las funciones normativas y judiciales que se derivan de tales disposiciones no

⁴⁰ Sentencia T 496/96 Corte Constitucional colombiana

⁴¹ Ibidem.

⁴² Sentencia T 344/98 Corte Constitucional colombiana

⁴³ Sentencia T 496/96 Corte Constitucional colombiana

se encuentra subordinado a la expedición de alguna norma legal o reglamentaria previa, pues se trata del ejercicio directo de una competencia constitucional⁴⁴. No obstante, la jurisdicción especial indígena tiene ciertas limitaciones que se derivan directamente del texto de la Constitución y que pueden afectar, cuando menos, tres de sus extremos: el tipo de procedimiento admitido, la definición de las faltas y la definición de las sanciones.

En primer lugar, la Corte ha sostenido que las autoridades indígenas pueden definir de manera autónoma los procedimientos de juzgamiento a los cuales habrán de someter a quienes resulten comprometidos en la comisión de alguna falta. Sin embargo, en todo caso, las autoridades indígenas deben cumplir una regla básica de lo que conocemos como “el debido proceso constitucional”: el conocimiento previo del procedimiento, la falta y la pena respectiva. Para la Corte, esta obligación surge del propio texto de la Constitución, que de manera categórica ordena que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos preestablecidos. En este sentido, el juicio debe adelantarse “conforme a las normas y procedimientos propios de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”⁴⁵. En otras palabras, lo que la Corte exige es la garantía de uno de los componentes del debido proceso, pero comprendido en clave cultural, es decir, evaluado según los usos y costumbres de la respectiva comunidad.

En cuanto se refiere a la capacidad normativa, la Corte ha encontrado que la autonomía indígena tiene límites no sólo frente a la definición de las acciones que pueden ser consideradas como faltas sino, y particularmente, de las penas que pueden imponer. Este sin embargo ha sido quizá el punto de mayor debate en la jurisprudencia, pues ha oscilado desde extremos incompatibles con el multiculturalismo a extremos difícilmente compatibles con un modelo liberal. En efecto, en un caso de expulsión de un miembro de una comunidad indígena, la Corte sostuvo que los derechos fundamentales constituían el límite de la jurisdicción indígena⁴⁶. Sin embargo, poco después, en un caso en el que se aplicó al condenado el castigo del cepo, la Corte encontró que se trataba de una sanción que podía ser impuesta por la comunidad. Ninguna objeción puso la Corporación al hecho de que se impusiera una pena que, desde una perspectiva liberal, vulnera los estándares mínimos de derechos humanos⁴⁷.

⁴⁴ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

⁴⁵ Sentencia 523/97 Corte Constitucional colombiana

⁴⁶ Sentencia 254/94 Corte Constitucional colombiana

⁴⁷ Sentencia 349/96 Corte Constitucional colombiana

Lo cierto es que en la mayoría de las decisiones, la Corte ha optado por el principio de la maximización de la autonomía, principio que también ha denominado *pro comunitas*. En consecuencia se puede afirmar que la regla general es que la Carta protege el ejercicio pleno de la autonomía normativa de las comunidades indígenas, autonomía que sólo puede ser limitada por una disposición que incorpore un valor y promueva una finalidad de mayor entidad constitucional que aquellos que defiende la protección de la diversidad cultural. Este tema, sin embargo, será tratado con un poco más de detenimiento en el aparte que viene. Baste por ahora hacer un recuento de los casos más importantes en los cuales la Corte ha encontrado algunos límites sustanciales a la autonomía de los pueblos indígenas para definir conductas ilícitas y sus respectivas sanciones.

En un caso ya varias veces citado, la Corte señaló que en ningún caso una comunidad indígena está autorizada constitucionalmente para considerar que constituye una falta profesar un determinado credo religioso dentro del resguardo. En este sentido, la sanción que se impone a una persona por el mero hecho de profesar un culto es arbitraria, “pues la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial - el mínimo de los mínimos - de la libertad de cultos”. En este sentido, parece que la jurisprudencia solo admite una limitación interna a los derechos fundamentales de los miembros de una comunidad indígena cuando quiera que esta resulte necesaria para garantizar la supervivencia de la comunidad, pero, en todo caso, está constitucionalmente prohibido considerar como falta el núcleo esencial del ejercicio de la libertad religiosa.

Ahora bien, como se explicará un poco más en detalle más adelante, la Corte no sólo ha definido límites constitucionales a la hora de establecer las conductas ilícitas, sino al momento de definir las correspondientes sanciones. Como entra a explicarse, la Corte ha encontrado que la pena de muerte, la tortura, la esclavitud y la confiscación de la totalidad de los bienes cuando esto conduzca al sujeto afectado y a su familia a la indigencia, constituyen sanciones constitucionalmente prohibidas. Siguiendo la tesis anterior, la Corte ha hecho el siguiente análisis sobre algunas de las sanciones aplicadas por ciertas comunidades indígenas:

En relación con la sanción de expulsión de la comunidad, esta Corporación estimó que no se inscribía dentro de la prohibición constitucional del destierro (C.P., artículo 34), la cual sólo hacía referencia a la expulsión del territorio del Estado mas no del territorio de las comunidades indígenas, todo lo cual le otorgaba validez a la luz de lo dispuesto por la Carta Política.

A juicio de la Corte, el despojo de parcelas de cultivo como sanción a quien cometa una infracción se encuentra prohibido, como quiera que vulnera la prohibición de la confiscación (C.P., artículo 34). En efecto, la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ostentan sobre sus territorios no constituye argumento suficiente para privar a un individuo y a su familia de su única fuente de sustento, exponiéndolos a la indigencia.

A su turno, la constitucionalidad del cepto ha sido avalada por esta Corporación, la que ha señalado que esta sanción no constituye un trato cruel e inhumano (C.P., artículo 12). Según la Corte, esta pena, pese a los rigores físicos que implica, hacía parte de la tradición de la comunidad que la aplicaba (Emberá-Chamí), gozaba de aceptación dentro de ésta en razón de su alto grado intimidatorio y su corta duración y no causaba ningún daño grave a la integridad física o mental del condenado.

Por último, la Corporación ha convalidado la adecuación del fueete a las normas de la Carta Política. En su concepto, según la cosmovisión de la comunidad indígena que la imponía (Páez), esta sanción no pretendía causar un sufrimiento excesivo sino, más bien, constituía un ritual de purificación (como que el fueete era equiparado al rayo) cuya función era restablecer la armonía rota por las acciones del condenado. Así mismo, la anotada sanción no producía daños físicos o mentales de una entidad tal que pudieran asimilarla a una forma de tortura ni implicaba humillación o exposición del individuo al escarnio público⁴⁸.

76

Resta, finalmente, mencionar los criterios de fondo que ha utilizado la jurisprudencia para llegar a las decisiones que han sido mencionadas en el presente aparte.

Criterios de fondo utilizados por la Corte para resolver los conflictos entre diversidad y unidad en el marco de un Estado multicultural: (a) la interpretación en clave cultural y el diálogo multicultural como presupuesto; (b) Criterios para definir la legitimidad de una restricción externa a la autonomía de los pueblos indígenas: principio pro-autonomía como punto de partida del principio de proporcionalidad; (c) Alcance de las facultades comunitarias para limitar los derechos humanos de los miembros de la comunidad: límites relativos y absolutos de dichas facultades.

⁴⁸ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

a) La interpretación en clave cultural y el diálogo multicultural como presupuesto de la aplicación del derecho constitucional

En el proceso de reconocer y definir el alcance de los derechos diferenciados en función del grupo, la Corte ha elaborado un conjunto de principios de interpretación constitucional que deben ser brevemente explicados para poder comprender a cabalidad la jurisprudencia expuesta en el aparte anterior. Tales principios se derivan, por un lado, de la aplicación de los criterios ortodoxos de interpretación constitucional y, por otro, del reconocimiento y adecuación de los criterios de fondo avanzados por algunas corrientes de filosofía política contemporánea sobre el tema que nos ocupa⁴⁹.

En cuanto a la aplicación de principios ortodoxos es pertinente indicar que la Corte ha utilizado, en buena parte de los casos, el principio de proporcionalidad⁵⁰, pero con una dimensión “cultural” particularmente notoria. Puede sostenerse sin dificultad que, en la mayoría de las decisiones en las cuales ha utilizado criterios ortodoxos de interpretación, la Corte ha convertido al factor cultural en el eje de la interpretación. En este sentido, de manera reiterada la Corte ha señalado que el juicio constitucional de los casos que presentan una tensión entre unidad y diversidad debe hacerse siempre “en clave cultural”.

La propuesta hermenéutica de la Corte supone que el sentido de las normas se define en el proceso de interpretación realizado por el operador jurídico y que esa interpretación, lejos de ser meramente mecánica, se encuentra definida por condicionamientos culturales. A la hora de fijar el sentido de la normas, para el juez debe ser altamente relevante, por ejemplo, el hecho de que aquello que en una determinada cultura constituye un trato cruel, en otra puede ser una sanción culturalmente aceptada que no afecta la dignidad ni la integridad física o moral de la persona comprometida. En las sociedades occidentales contemporáneas se acepta como sanción penal la restricción de la libertad en un establecimiento carcelario y, sin embargo, se entiende que los golpes o castigos físicos constituyen tratos crueles o inhumanos inaceptables. Sin embargo, para los miembros de una

⁴⁹ Como ya se señaló, es notoria la influencia de la obra de Kymlicka en las decisiones más importantes de la Corte, aunque los criterios expuestos por el autor sufren algunas modificaciones en la jurisprudencia.

⁵⁰ Sobre el principio de proporcionalidad existe una gran cantidad de bibliografía. Ver específicamente la reciente obra de Carlos Bernal, *El Principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2003.

comunidad indígena, el fuete puede ser una sanción tradicionalmente aceptada que no tiene las connotaciones culturales de un trato cruel o inhumano y, sin embargo, la reclusión en una cárcel urbana puede ser entendida como un tratamiento cruel. Por lo tanto, el verdadero sentido de las normas y las prácticas objeto de decisión judicial, debe fijarse atendiendo a las concepciones propias de la cultura afectada por dicha decisión.

La *actitud hermenéutica* que acaba de ser expuesta supone que el juez valora igualmente todas las culturas comprometidas en un conflicto intercultural y que sabe de las limitaciones de la ciencia jurídica para entender en toda su dimensión los valores y derechos en juego en este tipo de casos. Sin embargo, lo cierto es que en Colombia nos encontramos frente a una educación legal que no suele promover la apertura de horizontes culturales para la cabal comprensión de los problemas relativos al multiculturalismo, y a prácticas judiciales que no suelen recurrir a otras disciplinas – como la antropología o la filosofía política – para aumentar la caja de herramientas que les permita construir una decisión razonable desde una perspectiva multicultural. Estas dificultades suelen disminuir notoriamente cuando los jueces y abogados amplían su horizonte de comprensión y reconocen, de una parte, la dignidad e importancia de todas las partes del proceso y, de otra, la insuficiencia del derecho para resolver este tipo de problemas. En la mayoría de estos casos es necesario acudir a peritajes culturales y a opiniones de otras disciplinas que ayuden a aclarar todos los valores, bienes y derechos que se encuentran en juego. Puede ser muy ilustrativa la transcripción del razonamiento jurídico en virtud del cual la Corte, en una de sus más importantes sentencias, justifica la solicitud y práctica de un número importante de pruebas – peritajes antropológicos, audiencias *in situ*, opiniones a expertos en temas de filosofía moral y política, entre otras - orientadas finalmente a comprender la dimensión de los bienes y derechos constitucionales comprometidos en el caso. Dijo la Corte:

En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diferencia étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta -, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual ha-

brá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diferencia étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1^o)⁵¹.

Es oportuno recordar aquí que la primera parte de la sentencia referida se dedica fundamentalmente al análisis de las pruebas practicadas y a la descripción del choque cultural que existe entre las dos comunidades que en este caso se encontraban en conflicto: una comunidad indígena y una comunidad evangélica.

b) Criterios para definir la legitimidad de una restricción externa a la autonomía de los pueblos indígenas: principio pro-autonomía como punto de partida del principio de proporcionalidad

La apertura judicial a un diálogo intercultural fluido tiene como resultado la aplicación de las herramientas más ortodoxas del derecho constitucional “en clave cultural”. En efecto, a partir de este reconocimiento la jurisprudencia ha adoptado dos decisiones importantes. En primer lugar, que el punto de partida para la solución de los casos relativos al multiculturalismo es, *prima facie*, la prelación del principio *pro autonomía*. A este respecto, en sus más importantes decisiones, la Corte ha sostenido sin vacilación que, en principio, los pueblos indígenas tienen derecho a gobernarse por sus propias reglas y autoridades. Cualquier intervención externa en el ejercicio de dicha autonomía debe entonces encontrarse justificada en un bien o derecho constitucional que tenga, al menos, el mismo valor constitucional que el bien o derecho del cual es titular la comunidad indígena afectada.

Así las cosas, la Corte parte del criterio de exigir a cualquier autoridad o particular que quiera interferir en el ejercicio de la autonomía de las minorías nacionales, la exposición de muy buenas razones constitucionales para admitir la intervención, en principio, proscrita. Sin embargo, la Corporación ha indicado la existencia de límites a las facultades de las autoridades tradicionales indígenas cuando quiera que su ejercicio pueda

⁵¹ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

lesionar “la dignidad humana” de los miembros del grupo afectados. Qué quiera decir la Corte por dignidad humana en el contexto de una interpretación cultural del derecho, es algo que aún no se ha podido aclarar.

En suma, la tesis según la cual los derechos especiales en función del grupo y, en particular, la autonomía de las comunidades indígenas debe primar sobre las eventuales restricciones externas (provenientes de las autoridades públicas o de particulares que pretendan ejercer sus derechos en territorio ancestral), es el punto de partida para la aplicación del principio de proporcionalidad en clave cultural. En este sentido, se impone lo que en la doctrina constitucional se denomina un *test estricto de proporcionalidad* a fin de definir si una determinada restricción externa a la autonomía de las comunidades indígenas resulta verdaderamente legítima desde un punto de vista constitucional.

En virtud de eso, puede afirmarse que según la jurisprudencia de la Corte, cuando se trate de una intervención externa sobre una comunidad indígena que encuentre plenamente garantizada su autonomía, el juez constitucional debe seguir el siguiente razonamiento o *test de proporcionalidad* con el fin de evaluar la legitimidad constitucional de una medida que afecta la autonomía de las comunidades indígenas:

En primer lugar, la Corte ha indicado que sólo pueden restringirse los derechos de las comunidades indígenas, en especial el ámbito de su autonomía, cuando quiera que dicha intervención persiga el logro de un bien o derecho que ostente un mayor valor constitucional que aquel que se pretende restringir. Para definir este punto es fundamental tener en cuenta que, al limitar la autonomía de las comunidades indígenas, se afectan, entre otros, el pluralismo, el respeto y reconocimiento de la diversidad cultural, la especial protección constitucional de las comunidades indígenas y los derechos fundamentales a la existencia e igualdad de las minorías nacionales. Lo que debe demostrarse entonces es que la intervención externa que limita dicha autonomía, persigue la protección de un bien o derecho constitucional de mayor valor al que ostentan los bienes y derechos que se protegen a través de la constitución multicultural.

En segundo lugar resulta fundamental demostrar que la limitación de los derechos de los pueblos indígenas es evidentemente útil para el logro de la finalidad que se busca alcanzar.

En tercer lugar, es necesario demostrar que la medida que restringe los derechos de los pueblos indígenas es absolutamente necesaria para el logro de

la finalidad perseguida. En este sentido es necesario demostrar razonablemente que la medida adoptada es la menos costosa, entre las alternativas viables, para el logro de la finalidad perseguida.

Finalmente, hay que demostrar que la limitación de los derechos de las comunidades indígenas es estrictamente proporcionada respecto del bien o derecho que se pretende alcanzar y, en todo caso, que no vacía de contenido la cláusula pro autonomía.

Ahora bien, en este punto parece relevante recordar que la Corte ha establecido una regla de gradualidad según la cual, a mayor conservación de costumbres y usos propios - es decir a menor inserción de la comunidad indígena en la comunidad hegemónica -, mayor protección de su autonomía y, en consecuencia, más rigurosa debe ser la aplicación del juicio de proporcionalidad que acaba de ser brevemente descrito. En este sentido, si se trata de evaluar una intervención sobre la autonomía de una comunidad que está relativamente insertada en la comunidad hegemónica, seguramente el juicio de proporcionalidad dejará de ser un juicio estricto y pasará a ser lo que la jurisprudencia - siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos - ha denominado un test "débil" o "intermedio". En suma, a mayor autonomía fáctica, mayor protección jurídica y, por lo tanto, un juicio más estricto de constitucionalidad respecto de la medida restrictiva.

El razonamiento descrito ha sido utilizado por la Corte en gran parte de los casos en los cuales se juzga la legitimidad constitucional de una intervención externa - de la sociedad global o hegemónica - sobre la autonomía o, en general, los derechos de las comunidades indígenas. Sin embargo, el razonamiento sufre una notable variación si se trata de juzgar una de las llamadas restricciones internas⁵², es decir, la restricción de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas a causa de actuaciones propias de las autoridades tradicionales de dichas comunidades. En este tipo de casos la pregunta que surge es ¿hasta dónde se puede restringir la autonomía de las comunidades indígenas cuando se trata de proteger los derechos humanos de sus miembros?

⁵² Kymlicka, Will, op.cit, p.58-70.

c) Alcance de las facultades comunitarias para limitar los derechos humanos de los miembros de la comunidad: límites relativos y absolutos de dichas facultades.

En punto a los criterios para resolver las tensiones generadas por las limitaciones a los derechos de los miembros de una comunidad, en razón de decisiones adoptadas por la autoridades de la misma, la Corte no ha sido particularmente coherente⁵³. Sin embargo, sin intentar evadir las contradicciones que existen en la jurisprudencia, lo cierto es que de la misma resulta posible reconstruir una línea argumental relativamente uniforme. Línea que parece marcar, de alguna manera, la mayoría de las decisiones judiciales relevantes. Veamos.

La Corte reconoce que en Colombia un individuo puede, al mismo tiempo, pertenecer a una comunidad indígena, con todos los derechos y facultades que ello comporta y, a su vez, ser beneficiario del “estatuto uniforme de la ciudadanía”, es decir, de los derechos y libertades que reconocen, en igualdad de condiciones, la constitución y las leyes de la República. En palabras de la Corte, “[a] diferencia de otros vínculos asociativos, más o menos contingentes, que la persona traba en su decurso existencial, el vínculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento y, salvo que se abandone o libremente se renuncie a él, termina sólo con su muerte.”⁵⁴

Es entonces claro que la Constitución encuentra compatible adjudicar a los miembros de las comunidades indígenas los derechos que se confieren a todas las personas en territorio colombiano y, al mismo tiempo, derechos y deberes especiales por causa de su pertenencia a una determinada minoría nacional. Para la Corte “el arraigo etno-cultural, en este caso, se ha considerado valioso en sí mismo desde la perspectiva de la comunidad y de sus miembros.”⁵⁵

Dada la tensión que existe en el Estado multicultural, es probable que la obediencia de una persona a disposiciones propias de la comunidad indígena suponga restricciones de los derechos que se le confieren en su calidad de ciudadano, y viceversa. En estos casos será el sujeto quien, de manera libre y autónoma, debe decidir si abandona o no a la minoría nacional perdiendo con ello el estatus especial que la Carta le reconoce, pero adquiriendo la plenitud de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional asigna a los habitantes de

⁵³ Al respecto Cfr. Bonilla, Daniel, “Los derechos fundamentales y la diversidad cultural: análisis del caso colombiano”, op.cit.

⁵⁴ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

⁵⁵ Ibidem.

Colombia. La Corte ha indicado claramente que “la Constitución no le impone a ninguna persona el deber de vivir dentro de una cierta comunidad indígena. Por el contrario, asume que garantizar dicha opción a quienes deseen desarrollarse dentro de una determinada práctica cultural, enriquece sus posibilidades vitales y espirituales.”⁵⁶ En este sentido, es importante advertir que para la Corte uno de los derechos inalienables de los miembros de la comunidad es el de decidir libremente si desean o no seguir perteneciendo a la misma.

No obstante, como se verá adelante, la Corporación ha entendido que en el evento en el cual la persona opte por desarrollar su vida en el contexto de la minoría nacional, debe asumir integralmente las consecuencias que ello implica. Para lo que no puede servir el doble estatuto que la Carta asigna a los miembros de las comunidades indígenas es para evadir las responsabilidades y deberes comunitarios o sociales. En este sentido falló la Corte en un caso en el cual una persona que había cometido una falta dentro de una comunidad indígena, conociendo la ilicitud de su conducta y las consecuencias que de la misma podían derivarse, pretendió alegar su condición de ciudadano del Estado Nacional para evitar la imposición de la sanción tradicional.

Sin embargo, cabe preguntarse si basta con que una persona acepte su pertenencia a una comunidad indígena para considerar constitucionalmente legítima cualquier restricción de sus derechos por parte de la autoridad tradicional de dicha comunidad. Al responder esta pregunta la Corte ha indicado que, en principio, las autoridades tradicionales pueden limitar, ponderar y armonizar los distintos derechos - individuales y comunitarios - según su propia cosmovisión, sus tradiciones, usos y costumbres. No obstante, en el caso de que las autoridades tradicionales limiten los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad hasta extremos que resultarían ilegítimos en espacios gobernados por las leyes del Estado nacional, dicha limitación, para poder subsistir, debe justificarse en los términos que adelante se describen.

En primer lugar, la presunta vulneración del derecho debe ser leída en clave cultural. Así por ejemplo, como ya se mencionó, resulta claro que en la sociedad global o hegemónica están prohibidos los tratos crueles o inhumanos y que dar latigazos a una persona u obligarla a sumergirse en agua helada es claramente un trato cruel que afecta su dignidad. No obstante, para ciertas comunidades indígenas, sumergirse en una laguna de agua helada constituye una medida tradicional orientada a restablecer el equilibrio natural perdido, a purificar el alma del infractor y a permitirle regresar enteramente sano a su

⁵⁶ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana

comunidad. ¿Puede entonces sostenerse que es más digno y menos cruel enviar al infractor a un establecimiento carcelario? Parece, como lo ha dicho la Corte, que cada una de las medidas restrictivas debe ser estudiada en el contexto cultural en el cual se produce y evaluada y valorada desde una perspectiva multicultural respetuosa y consciente de las diferencias.

Es del todo pertinente citar, en toda su extensión, este importante aparte de la sentencia SU-510 de 1998:

53. La protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, no se podría sostener sin una actitud de respeto hacia las distintas cosmovisiones que se traducen en formas de vida singulares y únicas. No se discute que en el territorio nacional se debe acatamiento a la Constitución Política. Empero, el juicio de conformidad constitucional de una determinada acción o abstención de una autoridad indígena referida a miembros de su comunidad, como punto de vista externo a la misma, no puede operar sin que antes se intente aprehender su significado en el contexto sociocultural en que se origina. La violación constitucional, cuando ella se presenta, debe trascender la mera diferencia de enfoque cultural de una acción y, en términos indubitables, lesionar la dignidad de la persona humana. De lo contrario, se arriesgaría con reducir hasta límites en verdad opresivos, el horizonte ordenador de una determinada cosmovisión y, de otro lado, se tendría que exigir a los miembros de la comunidad indígena que en ella encuentran su patrón de socialización, la asunción de pautas extrañas al código cultural en el que se cifra su identidad. Igualmente, la autonomía relativa que la Constitución reconoce a los pueblos indígenas, que se refleja en la existencia de una jurisdicción especial que debe aplicar los mandatos de la Constitución Política, impone la necesidad de garantizar a dichas autoridades un ámbito de independencia funcional, necesario para ensayar una interpretación que tome en consideración las particularidades de las comunidades, de modo que sólo si sus fallos constituyen vías de hecho, la acción de tutela resultaría procedente. (...)

La consideración del punto de vista interno, evita la mecánica aplicación de las normas constitucionales. En efecto, si una determinada acción se asocia a una práctica cultural se logra entonces conocer su sentido y significado y ello permite al juez constitucional determinar si aquélla se vincula a la diferencia cultural que la

Constitución protege o, si en cambio, excede el campo de su protección, particularmente por violar las exigencias mínimas de dignidad de la persona humana. En otras palabras, si el juez constitucional desestima el punto de vista interno, cercena a la comunidad y a sus miembros el derecho a gozar de la protección que debe otorgarse a la diversidad étnica y cultural.”⁵⁷

En segundo lugar, y estrechamente ligado a lo anterior, la Corte ha considerado que toda restricción a los derechos humanos de un miembro de un pueblo indígena por parte de sus autoridades tradicionales, debe encontrarse comprendida dentro de las prácticas culturales propias de la respectiva comunidad. Se aplica aquí el principio que ya hemos comentado: a mayor conservación de usos y costumbres, se respetará un ámbito mayor de autonomía. Es evidente en todo esto que lo que la Constitución multicultural defiende es el reconocimiento y existencia plena de la cultura indígena y de su cosmovisión y no la eventual arbitrariedad de algunas de sus autoridades. Por eso, para que una medida restrictiva tenga respaldo constitucional, debe quedar demostrado que se trata de una medida respaldada por la cultura cuyo reconocimiento se exige, y no del capricho de algunas personas que, abusando de su autoridad, se amparan en cláusulas constitucionales abiertas para afectar de forma ilegítima los derechos de otras personas.

En tercer lugar, la Corte ha señalado que para que una restricción de derechos resulte legítima, es indispensable que el individuo a quien se aplica conozca previamente la regla que le ha de ser aplicada y tenga la posibilidad de abandonar la comunidad si no desea someterse a la regla. En otras palabras, la Corte ha exigido la aplicación del principio de “legalidad de los delitos y las penas”, en clave cultural. Según este principio, resulta determinante definir si el sujeto afectado conocía - o debía y podía conocer - la ilicitud de su conducta y la sanción que aparejaba su comportamiento. Este principio, sumado al principio de autonomía personal - según el cual las personas tienen derecho a escoger libremente si pertenecen o no a una determinada comunidad indígena - constituyen, de alguna manera, el centro del razonamiento de la Corte en este tipo de casos.

En cuarto lugar, la Corte ha indicado que existe una regla de gradualidad para medir la legitimidad de una restricción interna según la finalidad que esta persigue. Según esta regla, a mayor amenaza de la integridad o existencia misma de la cultura minoritaria a causa de la conducta restringida, mayor es el respaldo constitucional a la medida restrictiva.

⁵⁷ Sentencia SU-510/98 Corte Constitucional colombiana