

El estado multicultural y los pueblos indígenas: construcción del marco jurisprudencial a partir de la acción de la Corte Constitucional colombiana

The multicultural state and the indigenous peoples: construction of the jurisprudential framework from the action of the colombian constitutional court

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.36.7480>

Resumen

Este artículo esquematiza los resultados de investigación sobre el papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el desarrollo del pluralismo jurídico y el Estado multicultural de los pueblos indígenas. Se realizó mediante los métodos analítico, hermenéutico y descriptivo, planteando una investigación jurídica y cualitativa, con base en la búsqueda bibliográfica y jurisprudencial. Se consultaron 22 sentencias de la Corte Constitucional y en el análisis crítico se estableció el papel reglamentario y proteccionista que tiene el alto tribunal al garantizar derechos y principios a la comunidad indígena. Como conclusión se indica que los grupos indígenas están salvaguardados por la jurisprudencia, pero respecto al legislador, posee vacíos de incertidumbre respecto a sus derechos territoriales y de autonomía.

Palabras claves: Aborígen, autonomías, jurisprudencia, multicultural, pluralismos, pueblos.

Abstract

The present original article, outlines the results of the research project, which has for general study objective, to determine the role of the Jurisprudence of the Constitutional Court, in the development of legal pluralism and the multicultural state of the indigenous peoples. For which purpose, it was carried out through analytical, hermeneutical, and descriptive methods. Considered as a research of a legal and qualitative nature, based on the bibliographic and jurisprudential search. From the analysis of 22 jurisprudences of the Constitutional Court, it was possible to obtain as a result, the critical analysis of the regulatory and protectionist role that the high court has, by guaranteeing rights and principles to the indigenous community. Finally, as a conclusion it could be indicated that the indigenous groups are safeguarded by the jurisprudence, but that, with respect to the legislator, it has vacuums of uncertainty regarding their territorial rights and autonomy.

Keywords: Aboriginal, autonomies, jurisprudence, multicultural, pluralisms, peoples.

Johan Lozano Parra

Abogado de la Universidad Libre, seccional el Socorro. Monitor del Centro de Investigaciones y del Grupo IUS-Praxis. Con estudios en Paz Territorial y Sistemas de control político de la Universidad Complutense de Madrid en cooperación con la Universidad Libre. sebaslp2308@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3414-9984>.

Sergio Caballero Palomino

Maestrando en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, seccional Barranquilla. Abogado de la Universidad Libre, seccional el Socorro. Coordinador de Investigaciones de la Corporación Universitaria Remington, Uniremington, sede Bogotá. Profesor de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo, Uniciencia, de Bogotá. abogadosergiocaballero@hotmail.com and sergio.caballero@uniremington.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4715-8537>.

Katerin Cruz Cadena

Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre, seccional Barranquilla. Abogada de la Universidad del Atlántico. Estudiante de psicología en la Universidad Cooperativa de Colombia. Gerente general del Colectivo Nacional de Abogados. Profesora de tiempo completo de la Corporación Universitaria Remington, Uniremington, sede Bogotá. katerincruz@hotmail.com and katerin.cruz@uniremington.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2729-8030>.

Carlos Lascarro Castellar

Doctorando en Derecho, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad del Atlántico. Profesor Investigador. Director de la Fundación Mamajaguar. Carloslascarro@uniatlantico.edu.co and clascarro@urepublicana.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9126-5167>.

Cómo citar:

Lozano, J., Caballero, S., Cruz, K. & Lascarro, C. (2021). El estado multicultural y los pueblos indígenas: construcción del marco jurisprudencial a partir de la acción de la Corte Constitucional colombiana. *Advocatus*, 18(36), 125-138. DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.36.7480>



Open Access

Recibido:

11 de noviembre de 2020

Aceptado:

22 de marzo de 2021

INTRODUCCIÓN

El periodo de la conquista en América se concibe como la herencia evangelizadora, con matices genocidas, que amenazó en gran medida con el exterminio y esclavitud de grupos y comunidades indígenas. En ese sentido, es pertinente hablar del desmoronamiento de las culturas aborígenes y cómo el estándar del derecho internacional de la antigua Europa tenía un enfoque de protección distinto al actual, en el que el garantismo se veía reflejado en erradicar las diferencias entre los grupos nativos y los grupos mayoritarios, que estaban conformados por españoles, criollos, ingleses, alemanes, etc. Cabe mencionar, por lo tanto, que la orientación integracionista y la catequización forzosa partieron de un elemento en común: la eliminación de las diferencias propiamente dichas.

Con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 se da el primer paso para desaparecer el legado histórico de las diferencias entre los grupos indígenas y los grupos sociales no-indígenas o grupos mayoritarios, reconociendo el pluralismo jurídico y el multiculturalismo en el Estado colombiano. Esto lo impulsaron los tres constituyentes indígenas presentes en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, situación que elevó los derechos de los pueblos indígenas a la configuración del nuevo Estado social de derecho (Bonilla, 2006, 26-34).

El nuevo modelo de Estado adoptado por Colombia trajo consigo cambios en sus para-

digmas, lo cual se refleja en dos vertientes: por un lado, la delegación amplia y suficiente que se le otorgó al legislador para que desarrollara en su mandato la regulación social de los grupos mayoritarios no indígenas, así como las reglas de coordinación de los pueblos indígenas y sus territorios. Por otra parte, se crea un nuevo tribunal, denominado Corte Constitucional, encargada, por la vía jurisprudencial, de definir las relaciones de sujeción entre el Estado y los pueblos indígenas, desarrollando los presupuestos del pluralismo jurídico y el Estado multicultural. No obstante, esto presenta disyuntivas de discusión en las que el papel de la jurisprudencia ha garantizado los derechos de los grupos aborígenes, pero su construcción no corresponde a un Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, se plantea la siguiente pregunta problema: ¿El marco jurisprudencial de la Corte Constitucional desarrolla el Estado multicultural y el pluralismo jurídico al garantizar los derechos de los grupos indígenas?

El objetivo general de esta investigación es determinar el papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el desarrollo del pluralismo jurídico y el Estado multicultural de los pueblos indígenas.

Por su parte, los objetivos específicos son los siguientes:

1. Analizar la incorporación de normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y convenios de la Organización Internacional del Trabajo

(OIT), en el enfoque multicultural que trajo consigo la Constitución de 1991 en Colombia.

2. Describir los pilares normativos del desarrollo de los derechos indígenas y el papel de la Corte Constitucional.
3. Analizar la jurisprudencia del alto tribunal constitucional frente a la incidencia de la consulta previa y los conflictos de autonomía y diversidad de los grupos indígenas.

METODOLOGÍA

Investigación de carácter jurídico, con un enfoque cualitativo, construida con base en la búsqueda bibliográfica y el análisis sistemático de obras de carácter jurisprudencial, dogmático y doctrinal, del ámbito nacional e internacional, que versan sobre el derecho constitucional contemporáneo.

La estructura formal y argumentativa del artículo se esboza de forma deductiva, partiendo del estudio general de las nociones en los cambios que trajo la Constitución Política de 1991, revisando el papel de la Corte Constitucional en los derechos indígenas y analizando los conflictos jurídicos, resueltos vía jurisprudencial, que versan sobre los grupos aborígenes, para cuyo efecto se recopiló y clasificó la información en ejes temáticos.

Esta investigación es de tipo analítico, hermenéutico y descriptivo, en tanto que, por una parte, busca analizar el marco jurisprudencial que versa sobre los derechos indígenas en el que se desarrollan las nociones de pluralismo

jurídico y Estado multicultural. Es hermenéutica, en la medida en que busca relacionar las diversas decisiones del tribunal constitucional y entrelazarlas frente a la realidad jurídica de los grupos aborígenes. Finalmente, describe situaciones fácticas, mediante la interpretación de la Constitución que realiza la Corte Constitucional.

Por ser una investigación eminentemente jurídica no cuenta con una población de estudio, sino con un objeto de estudio abstracto, el cual se analiza a través los fallos, normas y doctrina que le aplican.

RESULTADOS

La Constitución de 1991 y el cambio de enfoque

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 el modelo constitucional que dejaba la Carta Política de 1886 supuso grandes cambios en los paradigmas jurídicos frente a las comunidades indígenas, trayendo consigo cuatro grandes presupuestos: i) la preponderancia del principio de autonomía territorial frente a otros entes, como las Entidades Territoriales Indígenas (ETIS), reduciendo la gran carga que poseía hasta el momento el Estado colombiano con el principio de unidad nacional, ii) nuevas concepciones dogmáticas propias de un Estado social de derecho, como el pluralismo jurídico y la democratización del Estado, iii) la yuxtaposición entre los principios de igualdad formal y el principio de igualdad material, generado por el nuevo

modelo de Estado social de derecho adoptado en Colombia y iv) la adopción del principio de norma de normas, incorporando consigo la Constitución al marco jurídico del Estado colombiano (Enterría, 2003).

Al respecto, Vargas Silva (2011) expresa que al asumir la Carta Política como norma jurídica y, a su vez, darle el carácter de norma de normas, expresa una nueva concepción en la forma de organizar el Estado, implicando consigo que la Constitución, por ende, se reserva la forma de modificar el orden material de los procedimientos propios de eficacia jurídica, es decir, es un dispositivo de organización del poder. De este modo, sustenta Ferrajoli (2003), el límite dispositivo de organización del poder se encuentra, a su vez, amparado por el fin constitucional del Estado que es proteger y garantizar los derechos fundamentales de su nación, en los que por cuestiones eventualmente obvias se encuentran incluidos los grupos y comunidades indígenas, los cuales limitan y vinculan la investigación al rango de análisis constitucional.

Con base en lo expuesto, las características propias del nuevo modelo de Estado, adoptado a partir de la Constitución Política de 1991, vislumbró un nuevo enfoque que le permitía al juez constitucional asumir el reto de interpretar directamente las normas constitucionales sobre los derechos de los indígenas y, específicamente, sobre los cuatro grandes presupuestos expuestos al inicio de este título, debido en gran medida a la incompetencia del legislador para desarrollar un cuerpo norma-

tivo propio del Estado multicultural, dejando esta tarea al tribunal constitucional.

Ahora bien, en palabras de Rodrigo Uprimny (2006), la jurisprudencia ha desarrollado y construido la noción jurídica de bloque de constitucionalidad, debido a que tal concepto no podía únicamente sostenerse por medio de simples cláusulas de remisión, sino que se agota mediante la incorporación de normas de Derechos Humanos al ordenamiento interno. La Sentencia de Unificación SU- 039 de 1997 busca plantear dicho contenido de construcción del bloque de constitucionalidad, toda vez que dada a la amplitud del concepto, éste podría ser fuente de inseguridad jurídica.

En el artículo 93 de la Constitución de 1991, en su inciso primero, se destaca la incorporación directa de tratados y convenios sobre derechos humanos al ordenamiento interno, manteniendo consigo un nivel de jerarquía igual al constitucional, creando así la potestad de los jueces para realizar el control de constitucionalidad sobre las leyes, pudiendo con ello realizar esbozos de interpretación de los derechos fundamentales no consagrados explícitamente en la Constitución. A su vez, también se crea la potestad del control de convencionalidad, que no es más que la acción hermenéutica que realiza el juez sobre los convenios internacionales y la obligatoriedad que existe sobre ellos de cumplir las obligaciones internacionales.

Es por esto que entre todos los tratados se destaca el convenio 169 de la OIT y su papel

en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más precisamente en la sentencia T-704 de 2006, la cual resalta y hace un esbozo sobre la autonomía territorial, la trascendencia de los derechos fundamentales y la titularidad de derechos de los grupos indígenas, y el reconocimiento e identificación de las minorías étnicas.

James Anaya (2005) habla al respecto de la relevancia jurídico-internacional del Convenio 169 de 1989, ratificado vía jurisprudencial por Colombia, al suponer un cambio en los enfoques de la relación de sujeción existentes entre el Estado y los pueblos indígenas, toda vez que asimila la diferencia cultural y la autonomía de estos grupos minoritarios. La aprobación del convenio fue elevado en su gran mayoría por los movimientos indígenas internacionales (pp. 96-102). Al respecto, la Corte Constitucional, en las sentencias SU-383 de 2003 y C-030 de 2008, se pronuncia indicando que el Convenio 169 fue adoptado en aras de buscar una nueva situación jurídica de los pueblos aborígenes en todos los países que ratificaran dicha norma internacional, con el prístino carácter de estructurar de forma perdurable y permanente las formas de vida de los pueblos indígenas para salvaguardar sus intereses culturales.

Entrando en el marco de los enfoques, es necesario explicar los cambios en los paradigmas que la jurisprudencia replanteó a partir de la realidad jurídica de Colombia frente al Convenio 169 de la OIT.

- i) El enfoque de la asimilación en gran medida es paradigmático y paradójico, toda vez que, por un lado, el propósito es asimilar la vida de los grupos indígenas con los grupos mayoritarios, preservando a los indígenas en su linaje, pero los extinguiría como grupos culturales diversos, porque el conservarlos contemporáneamente esboza la pérdida de diferencias y, por eventuales razones, en su cultura propiamente dicha. Esta situación, conforme a las sentencias SU-383 de 2003 y C-030 de 2008, introdujo dos grandes elementos: la noción de comunidad indígena y el reconocimiento de los derechos de la consulta previa y el territorio ancestral colectivo.
- ii) El enfoque de diferencia étnica. La Corte Constitucional, valiéndose de la definición usada en el Convenio 169 de la OIT, buscó crear un criterio en el cual el autorreconocimiento de la identidad de las comunidades indígenas fuera el estándar de este enfoque y no se tergiversara únicamente en los criterios de costumbres y tradiciones. Esto se debe, en gran parte, al amplio margen de mestizaje que existe entre los grupos indígenas y los mayoritarios, por lo cual la Corte Constitucional sostiene que el autorreconocimiento es, por lo tanto, el margen sobre el cual se pueden reconocer e identificar los titulares de derechos, previstos por el convenio (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-510, 1998).
- iii) Como tercer enfoque, la autonomía y el territorio se convierten en el eje central

de todo el tema, que a partir de la fecha la jurisprudencia tocó de manera más compleja. Al respecto, el territorio se entiende como toda zona geográfica y cultural sobre la cual se ejerce autonomía. En ese orden de ideas, la autonomía se entiende como el derecho que tienen los pueblos aborígenes de desarrollarse, social, jurídica, cultural y económicamente, de ahí que el alto tribunal constitucional señale que el territorio es esencial para cumplir el principio de autonomía para materializar el Estado social de derecho (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T-703, 2008).

- iv) Finalmente, abordando el tema del territorio y la consulta previa, si bien no existen connotaciones constitucionales propias de esta temática en torno a las comunidades indígenas, el convenio al ser ratificado creó dichas cláusulas, reconociéndole a los pueblos indígenas estos enfoques como derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-703 de 2008).

Pilares constitucionales del desarrollo de la comunidad indígena

En palabras de Vargas Silva (2011), la doctrina establece, además de los cuatro enfoques desarrollados, cuatro grandes pilares de nivel constitucional que crea la relación de sujeción entre el Estado y las comunidades indígenas: la participación, la diversidad, el pluralismo y la igualdad. Los cuales se explican a continuación.

La participación y el pluralismo tienen un grado de aplicación en la dimensión del constitucionalismo colombiano y su génesis parte de la creación de la Constitución Política de 1991. Por esta razón, a partir de este momento histórico a la Corte Constitucional se le permitió acudir a estos preceptos jurídicos como principios para delimitar el contorno jurisprudencial del sistema democrático. Frente al escenario de los pueblos indígenas, Colombia se descubre a sí misma, entendiendo en su composición como Estado los matices étnicos y culturales desde su propia visión, proyectándose desde el artículo 246 de la Constitución Política (pluralismo jurídico) y el artículo 330 (pluralismo social, económico y cultural).

La participación trascendió al margen en sentido democrático, toda vez que los grupos indígenas, al formar parte de la nación, requieren de un modo u otro representación y propugnación. Al respecto, si bien no existió en este eje mayor relevancia que el control constitucional que realizó la Corte Constitucional a la Ley 649 de 2001, la cual desarrollaron los artículos 171 y 176, sí permitió indicar dos factores: el derecho a representar un punto de vista valorativo, conforme a la explotación de los territorios y sus recursos naturales, y su eventual derecho por representar a los grupos indígenas en el Congreso de la República (C.P., art. 330).

En lo referente a la diversidad cultural, en términos del artículo 7 de la Constitución Política, se entiende que Colombia protege y garantiza todos los aspectos de diversidad cultural

de los grupos étnicos minoritarios, así como las lenguas nativas, puesto que éstas se comprenden como el lenguaje de sus territorios ancestrales. La jurisprudencia ha trascendido este pilar y ha manifestado que la diversidad cultural no sólo se comprende como un marco de garantía sino como las formas de aceptación de las diversas manifestaciones culturales, lo cual se refleja, por ejemplo, al eximir de servicio militar obligatorio a los grupos indígenas (Corte Constitucional, Sala Plena, C-058, 1994), el uso de medicina natural, ancestral, tradicional o entre otras que no se encuentren reguladas por la ciencia de manera oficial (Corte Constitucional, Sala Plena, C-377, 1994); así mismo, con la creación de entidades prestadoras de este tipo de servicio médico (Corte Constitucional, Sala Plena, C-864, 2008). Igualmente, la etnoeducación se erige como otro gran derecho del pilar de la diversidad, que generan dichos grupos minoritarios, llevados de la mano del sistema de enfoque diferencial (Corte Constitucional, Sala Plena, C-208, 2007).

El último pilar, el principio de igualdad, tiene dos vertientes que no se yuxtaponen. Por un lado, la forma clásica de vislumbrar este principio ante la ley y la no discriminación para aplicarla. Por el otro, una más contemporánea, que busca adoptar medidas que posibiliten la reducción de la discriminación entre los grupos étnicos y los grupos mayoritarios. Si bien, pareciera que el principio de igualdad es obvio en un Estado social de derecho, es nuevo en el escenario moderno de Colombia, toda vez que hasta antes de la promulgación de la

Constitución de 1991 se usaban los términos de no civilizados o salvajes para referirse a las comunidades indígenas, expresiones que fueron declaradas inexecutable mediante la sentencia C-139 de 1996, al considerar este aspecto denigrante y vulneraba el principio de igualdad. Otra situación parecida se presentó cuando se trató de delincuente a un niño indígena por poseer rasgos distintos, situación que justificaba una entidad educativa para negarle la posibilidad de educarse (Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, T-856, 2003). Otro caso que solucionó la Corte Constitucional se dio cuando a una persona indígena se le impidió hacer parte de la fuerza pública por sufrir de rotacismo (Corte Constitucional, Sala Séptima, T-215, 2005).

Otras situaciones de vulnerabilidad que han sufrido históricamente los grupos minoritarios son las siguientes:

- i) Genocidio o exterminio en la época de la conquista y posconquista.
- ii) Marginalidad y vulneración en la época de la colonia, por su eventual distorsión genética y daño cultural.
- iii) Desconocimiento por parte del Estado de sus territorios ancestrales.

Actualmente sufren las siguientes:

- i) Desplazamiento con ocasión del conflicto armado.
- ii) Explotación ilegal de los recursos territoriales por parte de los grupos armados.
- iii) Marginación y alto nivel de pobreza.

Estas situaciones se solucionan mediante el resarcimiento que otorga el principio de igualdad a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, los cupos universitarios de rango especial para las personas de origen étnico (Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, T- 703, 2008; Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T- 110, 2010). Estas decisiones jurisprudenciales se traducen como la obligación que tienen las autoridades públicas de proteger los derechos de los indígenas.

Ahora bien, en el escenario del derecho actual, y abordando el tema de desplazamiento forzado por parte de los grupos armados, la Constitución amplió los derechos de los grupos étnicos y se declaró el Estado de cosas inconstitucional, creando una comisión encargada de hacer seguimiento a la situación de estos grupos, mediante la adopción de medidas periódicas y sectorizadas hacia los sectores del problema (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T- 025, 2004).

Respecto al manejo ilegal de tierras ancestrales, la Corte ordena darle un especial trato a los grupos indígenas, que además de ser desplazados por la violencia hubiesen sido despojados violentamente de sus tierras, trayendo a colación la figura de la restitución de tierras y el censo territorial (Corte Constitucional, Sala Segunda, Auto 04. 2009). Finalmente, cabe mencionar la posición normativa de este principio (artículo 70 de la Constitución Política), que la define como la relación propia entre grupos étnicos y grupos mayoritarios, es decir igualdad entre culturas.

A partir de la sentencia hito T-380 de 1993, la Corte Constitucional estableció un único lineamiento para proteger la diversidad étnica y reconocerle al Estado su eventual carácter multicultural, acudiendo a preceptos históricos y genéticos propios del gran mestizaje. En su afán por aplicar los pilares fundamentales, la Corte le otorgó personería jurídica a las comunidades indígenas, con el objetivo de extender de manera garantista los derechos a la vida, que eventualmente se entrelaza con las desapariciones forzadas. Todo en aras de conservar las culturas.

Adicionalmente, en la sentencia en mención se destacan tres aspectos que se deben tomar como pilares complementarios:

- i) Los grupos aborígenes, étnicos o indígenas se deben tratar desde la postura de sujeto colectivo de especial protección, toda vez que no se busca amparar al individuo sino a una comunidad.
- ii) Los derechos que se elevan de manera colectiva, ya sean principios, elementos, pilares o simples enfoques, no son los requerimientos de los miembros de la comunidad.
- iii) La suma de derechos y principios de los miembros no son suma de los derechos de la comunidad.

Con base en lo anterior, en la siguiente tabla se describen de manera sucinta las sentencias abordadas.

Tabla 1.

Trasegar jurisprudencial del estado multicultural.

La Constitución de 1991 y el cambio de enfoque	Pilares constitucionales y comunidad	Consulta previa y autonomía indígena
Derechos fundamentales de la comunidad indígena (SU- 039 de 1997).	Servicio militar y comunidades indígenas (C-058, 1994).	Consulta de comunidad indígena para explotación de recursos naturales en su territorio (SU -039 de 1997)
Autonomía territorial, derechos fundamentales y minorías étnicas (T-704 de 2006).	Libertad de escoger profesión u oficio, diversidad étnica y cultural (C- 377, 1994).	Derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica del pueblo indígena embera-katio del alto Sinú consulta de comunidad indígena (T- 652 de 1998).
Derecho a la integridad étnica y cultural de comunidad indígena (SU- 383 de 2003).	Sistema de seguridad social en salud de comunidades indígenas (C-864, 2008).	Derecho a la consulta previa de comunidad indígena (SU -383 de 2003).
Consulta previa de comunidades y grupos étnicos (C-030 de 2008).	Derecho de las comunidades indígenas a la identidad educativa (C-208, 2007).	Niega consulta previa cuando se trate temas de medidas legislativas (C- 619 de 2001).
Enfoque de diferencia étnica (SU- 510, 1998).	Principio de diversidad étnica y cultural (C- 139 de 1996).	Participación de los pueblos indígenas y tribales, obligación de consultarlos (C- 030 de 2008).
La autonomía y el territorio (T- 703, 2008).	Derecho a la honra y al buen nombre de integrante de comunidad indígena (T-856, 2003).	Derecho a la participación de las comunidades indígenas y tribales del país en las decisiones que los afectan (C-461 de 2008).
	Cupos especiales a aspirantes indígenas a ingresar a escuela de policía (T-215, 2005).	Contenido y alcance del derecho a la consulta previa en Colombia (SU 123 de 2018).
	Cupos especiales para miembros de comunidades indígenas en universidades públicas (T- 703,2008).	Criterios generales de aplicación de la consulta (T-308/18).
	Derecho a la educación de comunidades indígenas (T- 110, 2010).	
	Derechos de los desplazados (T- 025,2004).	
	Conflicto armado y desplazamiento forzado de pueblos indígenas (Auto 04.2009).	
	Diversidad étnica y multicultural (T -380 de 1993).	
	Derecho a la salud (T-760 de 2008).	
	Sistema de seguridad social en salud y derechos de los niños (T- 576 de 2008).	
	Principio de proporcionalidad de las sanciones en comunidades indígenas (T-254 de 1994).	
	Maximización autonomía de comunidad indígena (T-349 de 1996).	

Fuente: *elaboración propia a partir de la investigación realizada.*

Así mismo, acudiendo a las teorías de Robert Alexy (2007) la Corte Constitucional, mediante las sentencias T-760 de 2008 y T-576 de 2008, señaló que los derechos de los indígenas son mandatos de optimización del Estado colombiano.

La Corte Constitucional, desde sus inicios, en las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de 1996, si bien señala que existen vínculos entre los pilares, también evidencia la existencia de una tensión conflictiva entre los principios del Estado y los principios destinados a sobrellevar a los grupos indígenas. Por esta razón, a continuación se plantea el debate de la consulta previa y la autonomía territorial.

DISCUSIÓN

La consulta previa y la autonomía: debate jurisprudencial

La consulta previa se enmarca en el cuerpo normativo del artículo 330 de la Constitución política y hace referencia a que se deben realizar consultas a las comunidades indígenas para explotar los recursos que se encuentren en su territorio ancestral. Con ello se plantean dos ejes: el derecho y principio de participación, el cual se vincula inmediatamente con el principio de igualdad, y el de decidir el límite de la consulta acudiendo al principio-derecho de autonomía.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional requiere definir el ámbito de aplicación de las consultas previas en territorio indígena, debi-

do a la ausencia de un cuerpo normativo. Al respecto, a continuación se analizan dos posturas: la de la explotación de recursos, llevado de la mano con la autonomía, y la consulta previa, soportada en el principio de participación e igualdad.

En relación con el tema de la explotación de recursos, la sentencia de unificación hito SU-039 de 1997 enmarca la consulta previa como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, MASC, toda vez que permitía aliviar las tensiones entre el debate ponderativo del derecho al desarrollo económico de los grupos mayoritarios y las tierras de las comunidades indígenas. La decisión final de la corte para ese caso en concreto es la siguiente:

- i) Que la comunidad aborígen tenga pleno conocimiento del proyecto sobre el cual se hará la consulta previa, es decir, qué territorios, recursos, cantidades, tiempo, ocupaciones, pertenencias, mecanismos, ejecuciones, etc.
- ii) Que tengan plena oportunidad de valorar las ventajas y desventajas de los proyectos para presentar sus propuestas y vislumbrar intereses y conceptos acerca de la viabilidad del proyecto, mediante otras zonas de utilización del territorio.

La jurisprudencia se mantuvo en sus decisiones mediante la sentencia T-652 de 1998, a través de la cual ordenó resarcir los daños a la comunidad y a sus territorios por no haber realizado acercamientos con los grupos indígenas. Finalmente, la sentencia de unifi-

cación, SU-383 de 2003, extendió la consulta previa al margen del conflicto y la fumigación de cultivos ilícitos, toda vez que consideraba que la Corte violaba los derechos de autonomía territorial y, a su vez, de la consulta previa para tomar decisión sobre los territorios que iban a ser afectados.

Se presentó una disyuntiva de decisión jurisprudencial mediante la sentencia C-619 de 2001, la cual por primera vez niega la consulta previa cuando se trate temas de medidas legislativas, es decir, el legislador tiene por vía constitucional ciertas competencias, las cuales no debían ser alteradas por una consulta previa. Así mismo, mediante las sentencias C-030 de 2008 y C-461 de 2008 se estructuraron nuevamente las posturas de la Corte, se indicó que la consulta previa no podía proceder en casos de medidas legislativas, pero excepcionalmente esta regla podía ignorarse cuando las medidas legislativas afectaran directamente a las comunidades indígenas.

La consulta previa es un tema complejo y controversial que pone de manifiesto intereses de orden político y económico, es protagonista de debates jurídicos y sociales, llamando la atención de las altas cortes. La Sala Plena de la Corte Constitucional unificó la jurisprudencia frente al contenido y el alcance del derecho a la consulta previa en Colombia (sentencia unificadora SU-123), determinando los principios que la rigen, el concepto de una afectación directa, el grado de participación de la comunidad y su dependencia del grado de afectación que se genere, la diligencia de los particulares

frente al derecho a la consulta previa y el proceso para la suspensión de las actividades, las cuales están supeditadas a:

“i) el comportamiento de la empresa y su diligencia para garantizar los derechos de los grupos étnicos, ii) las formas en que se pueden garantizar los derechos de las comunidades, iii) la protección del interés general frente a la diversidad étnica y cultural, iv) los derechos de terceros, v) el interés general y vi) la posición y las propuestas de los diferentes actores”. (Corte Constitucional, Sala Plena, SU 123, 2018)

La Sentencia T-308/18 señala los criterios generales de aplicación de la consulta utilizados para identificar en los casos en que procede, por existir una afectación directa a los grupos étnicos.

Finalmente, las consultas previas sufrieron un gran cambio en el año 2019, afectando este mecanismo constitucional, en lo referente a la explotación de los recursos, debido a que la ausencia normativa deja abierto un nuevo debate frente al Convenio 169 de la OIT.

CONCLUSIONES

A manera de colofón, la Corte Constitucional se ha visto como la salvaguardia de las comunidades indígenas porque funciona como una institución jurídica que se encarga, vía control de constitucionalidad, de proteger sus derechos. Esto se debe, en gran medida, a una falencia del legislador al no generar cuerpos normativos propios para las temáti-

cas que manejan los grupos étnicos. Si bien se desarrolló el pluralismo jurídico y el Estado multicultural en la parte jurisprudencial, existe un vacío total en el aspecto legislativo.

La decisión de la Corte Constitucional se da como respuesta a la ausencia de una ley estatutaria de consulta previa que regule, de manera integral, el derecho superior de las etnias y grupos indígenas, contentiva de aplicabilidad funcional de sustrato sustancial y procedimental, capaz de responder al cuestionamiento relacional del Estado con la sociedad, los particulares, los indígenas y las comunidades étnicas del país.

En esencia, las temáticas que por vía de la Corte Constitucional han dado relevancia a las comunidades indígenas posibilitan el desarrollo del territorio, inciden en la protección de los recursos naturales, en la autonomía en su modelo de educación, en su modelo de justicia y en la regulación de los procesos de consulta previa de estas comunidades.

Por otra parte, el alto tribunal constitucional ha hecho énfasis en lo siguiente: i) defender y proteger los principios y derechos constitucionales de los indígenas, ii) estudiar los conflictos de consulta previa y establecer la verdadera relación Estado-comunidades, iii) definir vía jurisprudencia el contenido dogmático y doctrinario de los derechos de los grupos indígenas, iv) mantener el cumplimiento de ordenanzas, tratados y convenios internacionales y v) establecer y procurar por el cumplimiento de los criterios y pilares.

Finalmente, en los cuatro grandes pilares analizados se destacan los siguientes aspectos: el principio de igualdad, la consideración de las personas indígenas o grupos étnicos como sujetos de especial atención y protección por parte del Estado, y el reconocimiento de la diversidad y el carácter multicultural del Estado colombiano.

REFERENCIAS

- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Bonilla, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Traducido por Holguín Magdalena, Bogotá: *Revista Colombiana de Antropología*.
- Constitución Política de Colombia (Const.) Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes (Convenio 169) Organización Internacional del Trabajo, Ginebra: 7 de junio de 1989.
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 1993, C-380 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 17 de febrero de 1994, C-058 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 30 de mayo de 1994, T-254 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 25 de agosto de 1994, C-377 (M.P. Jorge Arango Mejía).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 9 de abril de 1996, C-139 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 8 de agosto de 1996, T-349 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 3 de febrero de 1997, SU-039 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 18 de septiembre de 1998, SU-510 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, 10 de noviembre de 1998, T-652 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 14 de junio de 2001, T-619 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 25 de septiembre de 2003, T-856 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 13 de mayo de 2003, SU-038 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 22 de enero de 2004, T-025 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 10 de marzo de 2005, T-215 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, 22 de agosto de 2006, T-704 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 21 de marzo de 2007, C-208 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 3 de septiembre de 2008, C-864 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 10 de Julio de 2008, T-703 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 23 de agosto de 2008, C-030 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 31 de julio de 2008, T-760 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 5 de junio de 2008, T-576 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 14 de mayo de 2008, T-461 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, 26 de enero de 2009, A-004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 16 de febrero de 2010, T-110 (M.P. María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional, Sala Plena, 15 de noviembre de 2018, SU-123 (M.P. Alberto Rojas Ríos, Rodrigo Uprimny Yepes).
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 27 de julio de 2018, T-308 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).
- Ferrajoli, L. (2003). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Pisarello, G. (2005). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta.
- Uprimny, R. (2006). *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y proceso penal*. Bogotá: Dejusticia.
- Vargas, L. (2011). *Temas selectos en derecho constitucional*. Bogotá: Panamericana.