

APLICACIÓN DE UNA POLÍTICA MULTICULTURAL EN COLOMBIA A PARTIR
DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE
ESTADO. CASO DE ESTUDIO: CONFLICTO COMUNIDAD U'WA CON EL ESTADO
COLOMBIANO Y LA OCCIDENTAL DE COLOMBIA (OXY)

JUAN SEBASTIAN BARCO LOPEZ

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE CIENCIA POLITICA Y GOBIERNO
BOGOTA D.C.

2008

APLICACIÓN DE UNA POLÍTICA MULTICULTURAL EN COLOMBIA A PARTIR
DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE
ESTADO. CASO DE ESTUDIO: CONFLICTO COMUNIDAD U'WA CON EL ESTADO
COLOMBIANO Y LA OCCIDENTAL DE COLOMBIA (OXY)

JUAN SEBASTIAN BARCO LOPEZ

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE CIENCIA POLITICA Y GOBIERNO
BOGOTA D.C., 2008

“Aplicación de una política multicultural en Colombia a partir de las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Caso de estudio: conflicto comunidad u`wa con el Estado colombiano y la Occidental de Colombia (OXY)”

Monografía de Grado

Presentada como requisito para optar al título de
Politólogo

En la Facultad de Ciencia Política y Gobierno
Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Presentado por:

Juan Sebastián Barco López

Dirigido por:

Juan Pablo Galeano Rey

Semestre I, 2008

CONTENIDO

	Pag
INTRODUCCION	
1. LA CONSITUCION DE 1991 COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS MULTICULTURALES	4
1.1 GARANTÍAS OTORGADAS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1991	6
1.2 CONTEXTO HISTÓRICO	7
1.2.1 Inicio y proceso del conflicto	8
2. ANALISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO	11
2.1 INCOHERENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	11
2.2 LA CONSULTA	13
2.3 LOS FALLOS	14
2.3.1 La Corte Constitucional	14
2.3.2 El Consejo de Estado	18
2.4“CHOQUE DE TRENES”	20
2.4.1 La ideología	21

2.4.2 La conveniencia pública	23
3. ESTADO ACTUAL DEL MULTICULTURALISMO EN COLOMBIA	26
3.1 NOCIONES POLÍTICAS DOMINANTES: LA DEMOCRACIA LIBERAL	28
3.1.2 Armonización de intereses	30
3.2 DERECHOS EFECTIVAMENTE OTORGADOS	32
3.2.1 Derechos diferenciados en función de grupo	32
3.2.2 Restricciones internas y protecciones externas	32
3.2.3 Protecciones externas	33
3.3 EN COLOMBIA	34
4. INDEFINICION DE UNA POLITICA MULTICULTURAL	37
5. CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFIA	
ANEXOS	

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1. Entrevista. Libardo Rodríguez R.

Anexo 2. Entrevista. Jaime Vidal Perdomo

INTRODUCCION

Esta monografía pretende analizar el estado actual del multiculturalismo en Colombia a partir del estudio de las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional aplicado al conflicto suscitado entre el Estado colombiano, la Occidental de Colombia y la comunidad indígena u'wa.

Los propósitos particulares que persigue la investigación giran en torno a cuatro puntos: primero, la descripción del conflicto entre la comunidad u'wa, el Estado colombiano y la multinacional petrolera Occidental de Colombia; segundo, reseñar las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado aplicando los planteamientos de Duncan Kennedy, desde los cuales se analizarán los fallos, la colisión y el precedente; tercero, examinar la situación actual de la multiculturalidad en Colombia teniendo en cuenta los planteamientos de Will Kymlicka sobre multiculturalismo y las garantías otorgadas hasta el momento por el Estado colombiano a los indígenas, y cuarto, mirar la indefinición del conflicto y sus consecuencias en el diseño de una política multicultural clara.

Lo anterior da cuenta de una investigación de carácter explicativo dado que fija una correlación entre las variables en la medida en que intenta establecer convergencias y divergencias en los fallos de cada una de las cortes, así como de analizar la situación actual de los grupos étnicos (en este caso uno en específico), para posteriormente formular conclusiones sobre el estado del arte actual de la política multicultural en Colombia.

La Constitución Política de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Teniendo en cuenta el espíritu legalista que se respira en Colombia, este, fue un paso importante para otorgar las primeras garantías a las minorías étnicas. Las garantías giraron en torno a derechos diferenciados en función de grupo y justamente, esas herramientas que se les confirieron fueron esenciales para la defensa de los intereses indígenas en el conflicto con la OXY y el Estado colombiano. Las variables que se examinan son dos: los fallos de las altas cortes en

relación con el caso de estudio y las nociones que la teoría política hace sobre el multiculturalismo. A partir de los fallos y de las nociones sobre multiculturalismo se sostendrá que la indefinición del conflicto entre la comunidad u`wa, el Estado y la Occidental de Colombia, demuestra que desde el derecho los fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, carecen de las nociones necesarias para sentar un precedente que genere una política multicultural de entendimiento en Colombia.

La selección de las categorías analíticas responde a la necesidad de justificar desde la teoría política la aplicación de una política multicultural inclusiva. Los fallos, sirven para resaltar la contradicción del ordenamiento jurídico colombiano y la indefinición que de aquí se deriva.

La Constitución Política de 1991, especialmente los artículos relacionados con la protección y el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, es el punto de partida para analizar las garantías otorgadas a los pueblos indígenas. El caso de estudio seleccionado muestra dos realidades: unos alcances políticos plasmados en la Carta que no se materializaron en instrumentos jurídicos y la indefinición del conflicto por razones jurídicas, culturales y políticas.

Todo lo anterior tiene un sustento teórico que recopila fundamentos de teoría política y sociología jurídica. En el primer caso, se examina cual ha sido el enfoque de la política multicultural en Colombia y se sugiere cual debería ser el tratamiento con relación a los pueblos indígenas. Por su parte, la sociología jurídica, muestra la indeterminación del derecho cuando la regulación no se muestra exhaustiva.

La reconstrucción del caso de estudio, y en general, la investigación tiene sustento en los estudios elaborados sobre el tema por parte de importantes teóricos en los diferentes campos en los que se profundiza. Además se realizaron entrevistas al magistrado ponente del Consejo de Estado proclive al desarrollo de la exploración petrolera y a un conjuer de la Corte Constitucional, defensora de una nueva consulta a la comunidad indígena por considerar que no se cumplió el trámite estipulado.

Con respecto al proyecto de monografía, se acudió al diario de campo que se propuso realizar con la comunidad indígena u`wa, pero finalmente, la información suministrada giró en torno a la cosmogonía indígena, tema que se ha tratado a

profundidad en la literatura especializada y por lo tanto, no se tuvieron en cuenta los datos suministrados. La investigación no pretendió examinar a profundidad la cultura implicada por considerar que las grandes diferencias culturales que se le endilgan a la comunidad indígena tiene una dosis de responsabilidad en la radicalización de las posturas que resultan no negociables.

La importancia de la investigación radica en la forma novedosa como se aborda el tema multicultural. Se propone debatir la neutralidad de los jueces que fallaron a partir de teorías críticas del derecho y se analiza lo que ha sido la acción multicultural en Colombia a partir de un teórico político que cuenta con investigaciones recientes, acertadas y completas. Además se propone una nueva forma de enfocar la política multicultural en Colombia a partir de la inclusión y no del aislamiento. La información de primera mano suministrados por los ex magistrados también le aportan un complemento fundamental a la investigación.

La investigación explora en profundidad las teorías de Will Kymlicka, teórico político, que con textos recientes define el tema multicultural y aporta soluciones. Sin embargo, los lectores interesados en explorar nuevos caminos, podrán recurrir a los textos de Mauricio García Villegas y su libro “Acción colectiva y emancipación”, Alberto Hirschman con “Tendencias autosubersivas” y James Buchanan y Gordon Tullock con “El cálculo del consenso”, estos últimos examinan los costos al momento de adoptar decisiones políticas. El estudio multidisciplinario de los textos anteriores permite abordar la problemática desde la sociología, la economía y el derecho. Su virtud, precisamente, consiste en mirar formas alternativas de solución ante conflictos sociales.

Se espera que el presente texto sirva para que el lector entienda desde un punto de vista politológico, pero con fuertes dosis de análisis jurisprudencial, el estado del arte del tema multicultural en Colombia, y la indefinición en el que se encuentra por la forma ligera como se ha abordado.

1. LA CONSTITUCION DE 1991 COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS MULTICULTURALES

La Constitución Política de 1991 reconoció la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Teniendo en cuenta el espíritu legalista que se respira en Colombia, este, fue un paso importante para otorgar las primeras garantías a las minorías étnicas. Aunque pudiesen mencionarse muchas causas para que los constituyentes del 91 decidieran vincular el tema multicultural como principio constitucional, vale la pena decir que más que un análisis histórico, el debate actual debe girar en torno a una real aplicación de una política multicultural. Pensar entonces, en los alcances y en los compromisos de ser un Estado que reconoce la diversidad étnica y cultural para desarrollar una política coherente con las realidades de las minorías étnicas en Colombia.

Sin embargo, el desconocimiento de la cuestión indígena por años como un tema de poca relevancia para el interés de la nación, ha sido uno de los principales problemas al momento de conciliar las diferentes posturas en torno al diseño de las políticas de las minorías étnicas. El compromiso del artículo 7¹ ha tenido consecuencias para el Estado colombiano al tener que implementar derechos diferenciados en función de grupo. Precisamente, esos derechos colectivos², son los encargados de generar una fuerte dicotomía al interior de un Estado que ha sido denominado como República unitaria.

El gobierno colombiano está sometido a una presión constante al momento de tomar decisiones. Por una parte, debe asumir una responsabilidad con las transnacionales, con el crecimiento económico, y la globalización y por otra parte, existe el compromiso con los derechos indígenas y la protección del medio ambiente.³

¹ Para efectos de esta monografía el artículo 7 de la Constitución Política consagra que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

² Derechos colectivos que pueden y han evolucionado a formas más dinámicas como la autonomía sobre ciertos aspectos de la vida de los indígenas.

³ Comparar Sánchez, Beatriz Eugenia. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Vol II, 2001. p. 100

Se plantea entonces, el debate de los derechos individuales en contraposición de los derechos colectivos. El interés general que favorecerá a una porción importante de la población en detrimento de las pequeñas minorías étnicas. Sin embargo, Kymlicka en sus estudios sobre multiculturalismo, hace especial énfasis en la posibilidad de suprimir esa línea divisora que han creado los teóricos liberales entre los derechos colectivos y los derechos individuales.

El caso de estudio seleccionado, el conflicto entre la comunidad u`wa con el Estado colombiano y la multinacional petrolera Occidental de Colombia, muestra la radicalización de las posturas. El caso refleja las pretensiones de una multinacional y del Estado mismo por hacer prevalecer el desarrollo económico en contraposición al interés indígena de mantener sus estructuras y sus formas de vida inalteradas. El caso de estudio muestra una problemática que se da en todo el mundo como consecuencia de la existencia de varios grupos nacionales⁴ dentro de un Estado. Si bien se han consagrado ciertos derechos diferenciados para estos grupos y minorías, no han sido lo suficientemente claros para tener en la práctica una certeza jurídica.

En Colombia, esa política multicultural ambigua, se ha visto reflejada en los fallos contradictorios de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con una tutela que instauró la Defensoría del Pueblo ante la amenaza de la comunidad u`wa de suicidarse en masa si la OXY ingresaba a sus territorios. Tutela suscitada por la falta, según los u`was, de la consulta estipulada por la Constitución en el artículo 330⁵ y en el Convenio 169 de la OIT.

La indefinición del conflicto no responde únicamente a la contradicción de fallos de las altas cortes, por el contrario, se presume un compromiso muy amplio asumido con la Constitución de 1991. Los alcances políticos de la medida, no se

⁴ Para efectos de esta monografía grupos nacionales o minorías nacionales se entenderá como “los grupos que han estado establecidos durante siglos en un territorio al que consideran su tierra natal; grupos que se consideran a sí mismos pueblos o naciones distintos, pese a haber sido incorporados (a menudo involuntariamente) a un Estado mayor.” Ver Kymlicka, Will. “Teoría de los derechos indígenas”. En: *La Política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. 2003. p. 169

⁵ El párrafo del artículo 330 menciona que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

contrarrestan con la dificultad de legislar en medio de tantos intereses. En medio de vacíos jurídicos, visiones políticas antagónicas y cosmogonías diferentes, la resolución del conflicto parece lejano.

1.1 GARANTÍAS OTORGADAS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1991

El reconocimiento dado por la Constitución de 1991 no se remite exclusivamente al artículo 7, que como ya se ha mencionado, es el inicio del proceso de protección de los derechos indígenas. Por el contrario, una gama muy amplia de derechos se condensan al interior de la Constitución. Estos artículos consagran las diferentes formas de participación que las comunidades, indígenas o no, pueden hacer efectiva para pronunciarse sobre los asuntos más relevantes. En ese sentido, las garantías consagradas no sólo reconocen formas diversas de vida, culturas diferentes, dialectos de grupos étnicos, sino que por el contrario, vislumbran un paso adelante en la participación política que no se efectiviza exclusivamente en el voto o en ser elegido.

Por supuesto, como consecuencia del compromiso político de 1991 se otorgaron derechos diferenciados de grupo, como por ejemplo, los derechos poliétnicos, culturales y de representación que con profundidad se explicarán en un capítulo aparte. Por ahora, corresponde explicar el mecanismo de la consulta, herramienta que consagró la Constitución de 1991, y punto central en el conflicto suscitado entre los u´was, el Estado colombiano y la Occidental de Colombia.

La Constitución fijó con especial atención una consulta que debía realizarse a las comunidades indígenas en momentos en que exploración de recursos naturales se llevaran a cabo en sus territorios. El párrafo del artículo 330 de la Constitución Política es claro al enunciar que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación⁶ de los representantes de las respectivas comunidades.⁷

⁶ La referida consulta y participación a la que alude el párrafo se tratará de manera más amplia en los capítulos relacionados con el análisis de las sentencias proferidas sobre el conflicto suscitado entre los u´was, la petrolera y el Estado colombiano.

El artículo con su párrafo es todavía una herramienta, si se quiere novedosa e incluyente, para contar con la participación de las comunidades directamente implicadas en los procesos de exploración de recursos naturales. La Corte Constitucional en la sentencia SU – 039 de 1997 catalogaría como derecho fundamental la consulta mencionada por ser un “instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”⁸. Su efectividad se discutirá más adelante tomando como base las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, punto de partida para identificar las dos posturas que se vislumbran al interior de la justicia en Colombia.

1.2 CONTEXTO HISTÓRICO

La conquista implicó un desangre profundo para los pueblos indígenas. El desconocimiento jugó un papel determinante en las relaciones entre indígenas y blancos.⁹ En su momento se debatió la condición de los indígenas, juzgándolos de bestias. Por esa razón, a lo largo de la historia el objetivo ha girado en torno a la “civilización” de los aborígenes en detrimento de su cultura. Las misiones católicas se centraban en la enseñanza del catolicismo y la lengua castellana sin descuidar otras costumbres occidentales. En esa medida, el discurso degradaba la condición del indígena y rebatía su cultura por reconocerla atrasada. En el proceso de imposición de la visión occidental se pasaba por encima de la diversidad cultural de los pueblos aborígenes. El objetivo giraba en torno a la homogeneización de las culturas imponiendo la visión del ocupante.

⁷ Ver Constitución Política de Colombia de 1991 “artículo 330”. 1991. p. 161

⁸ Ver, Barrera, Antonio. “Sentencia SU – 039 de 1997”. Corte Constitucional. 1997. Documento electrónico

⁹ Comparar Sánchez, “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. p. 5

En el contacto con los españoles se percibió una reducción significativa en el número de indígenas. Aun hoy, cuando estudiamos los actuales asentamientos indígenas en Colombia no podemos asegurar que uno de estos grupos nunca haya tenido contacto con la sociedad blanca. En esa medida, a través de 500 años de historia, es poco probable reconocer un grupo indígena “puro”. Los indígenas han tenido que adaptarse en medio de sus tradiciones y en medio de las imposiciones.

La Organización Nacional Indígena (ONIC), basándose en los datos recolectados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional (DNP) estimó, en 1993, que en Colombia habitan 574.482 indígenas agrupados en 81 grupos étnicos diferentes. Cada etnia mantiene una cultura diferente, pero todas (con excepción quizás de algunos grupos que habitan en lo más profundo de la selva amazónica) mantienen vínculo con occidente.¹⁰

Los indígenas inevitablemente han entrado en contacto con el mundo occidental y los procesos globalizadores. La relación de los grupos indígenas difiere según su localización. En el caso colombiano, las relaciones se enmarcan conflictivas mediadas por grupos guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes. En esa medida, el contacto con la sociedad mayor¹¹ se ha ido intensificando, situación que modifica sustancialmente su cosmovisión.

Por tal razón, las medidas encaminadas a reconocerlos y no homogeneizarlos fue un primer paso en el proceso de diversidad cultural plasmada en la Constitución Nacional. La Constitución de 1991 reconoció el carácter pluriétnico y multicultural, otorgándole una serie de garantías y derechos que en la práctica ha resultado conflictiva y contradictoria. “¿Qué ocurre cuando el interés de la sociedad mayor (la mayoría en términos numéricos y en poder de decisión) se ve enfrentado al interés de una comunidad indígena?”¹²

1.2.1 Inicio y proceso del conflicto. En 1992, Ecopetrol le otorga a la OXY (Occidental de Colombia Inc.) los derechos de explotación petrolera en una zona del nororiente colombiano que incluía todo el territorio U'wa. El proyecto conocido

¹⁰ Ver Sánchez. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. p. 7

¹¹ La sociedad occidental se denomina sociedad mayor en la literatura especializada.

¹² Ver Sánchez. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. p. 58

como “explotación sísmica Bloque Samoré” inició sus trámites ante el INDERENA para conseguir la licencia ambiental que le permitiría hacer exploraciones en diferentes departamentos colombianos. El trámite surtiría efecto hasta conseguir la aprobación de la licencia por parte del Ministerio del Medio Ambiente en el año de 1995 posterior a la realización de una consulta previa entre representantes de diferentes Ministerios con algunos miembros de la comunidad U’wa.

El diseño de la política petrolera se había llevado a cabo en décadas anteriores desconociendo los nuevos mandatos constitucionales que exigía el respeto por la diversidad étnica. Uno de los requisitos para adelantar cualquier tipo de proyecto en los territorios indígenas debe necesariamente pasar por la consulta con la comunidad implicada. Así lo establece la Constitución y el Convenio 169 de la OIT

La consulta a la que se refiere el párrafo del artículo 330 es una creación del Convenio 169 de la OIT adoptado en 1989 y acogido por la legislación interna colombiana por medio de la ley 21 de 1991. Este convenio establece el deber de los Estados firmantes de preservar la integridad de los pueblos indígenas, en particular frente a los grandes proyectos de desarrollo, que no pueden llevarse a cabo si tienen el poder de producir un desmedro en la integridad cultural de las comunidades afectadas. La norma es particularmente celosa a la hora de especificar que este tipo de comunidades tiene el derecho de decidir sus prioridades de desarrollo y a elegir su opción de vida a todo nivel. Para ello establece este mecanismo, según el cual antes de iniciarse cualquier proyecto económico que afecte a una comunidad indígena, el Estado tiene el deber de informar y solicitar el consentimiento de esta.¹³

En el artículo 1, se aclara quienes son los sujetos que son susceptibles de ser cobijados bajo el Convenio 169:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas¹⁴.

¹³ Ver Sánchez. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. p. 108

¹⁴ Ver, Organización Internacional del Trabajo. “Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales”. 1989. Documento electrónico.

En esa medida, las primeras acciones las tomó la Defensoría del Pueblo en defensa de los U`wa e interpuso una acción de tutela y una acción de nulidad en contra de la licencia ambiental proferida por el Ministerio del Medio Ambiente a la OXY. Las respectivas acciones se adelantaron por considerar que el Gobierno y la OXY incumplieron la Carta al no cumplir con la consulta a la comunidad, declarando inválida la reunión llevada a cabo en Arauca¹⁵.

Para los U`wa el apego a la norma constitucional significó en primera instancia un fallo a favor de la comunidad por parte del Tribunal Superior de Bogotá. La apelación de la contraparte no se haría esperar. Sin embargo, estaba de por medio el masivo cubrimiento de medios de comunicación, entes universitarios, particulares y la comunidad internacional. A esto, se sumaba la amenaza de los U`wa de suicidarse en masa si persistían en perforar la tierra; los U`wa, especialmente los cobaría o Kubaruwa, uno de los grupos más tradicionales, guardan costumbres ancestrales que les ha permitido blindarse ante la sociedad blanca. La dificultad no reside exclusivamente en una cosmogonía que rechaza la perforación de la tierra, la dificultad se vislumbra en posturas no negociables que hacen difícil cualquier acercamiento.

Este punto, en el que se presenta la más fuerte tensión entre la razón económica y la razón cultural, constituye uno de los aspectos más centrales y delicados del multiculturalismo. El conflicto que se genera en estos casos es extremadamente complejo, pues involucra aspectos relativos al modelo económico del Estado, la globalización de la economía, los intereses de las empresas transnacionales, el programa económico del gobierno, los derechos de los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente. La experiencia a nivel mundial ha demostrado que, frente a la explotación masiva de recursos naturales o a la construcción de megaproyectos, las comunidades indígenas y tradicionales tienen pocas oportunidades de sobrevivir¹⁶.

Beatriz Sánchez hace una descripción que bien podría sumarse al comunicado que el Cabildo Indígena Cerro Tijeras por medio de la página de la

¹⁵ En la ciudad de Arauca, los días 10 y 11 de enero de 1995 se reunieron representantes del Ministerio de Medio Ambiente, Minas y Energía, ECOPEPETROL, la Occidental de Colombia y algunos miembros de la Comunidad U`wa.

¹⁶ Ver Sánchez. "El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena". p. 100

Organización Nacional Indígena (ONIC) hace respecto a los perjuicios que les ha traído la exploración petrolera.

Nos aseguraron hasta el cansancio que con ese mar de petróleo navegaríamos en la gloria. Y lo creímos. Entonces explotaron Caño Limón lo que significó para el pueblo indígena Guahibo su destrucción. Alcoholismo, prostitución, violencia y desarraigo. Hoy, veinticinco años después, el Guahibo está herido, Caño Limón se agota y el desarrollo que nos auguraron fue una falacia.¹⁷

La dificultad para armonizar intereses entre el desarrollo económico y el interés indígena se profundiza cuando testimonios como el del Cabildo Indígena Cerro Tijeras muestran una realidad cada vez más visible en Colombia: el exterminio paulatino de las culturas indígenas y la asimilación de otras comunidades al entorno de la sociedad blanca. Sin embargo, diversas presiones por parte del Estado y de la empresa privada han llevado a fuertes divisiones al interior de los grupos indígenas. En el proceso, los u'wa estaban divididos, unos en contra de la exploración petrolera, con un apego muy fuerte por sus costumbres y otros proclives a la exploración. Estos últimos, motivados por las grandes cantidades de dinero que entrarían gracias a las promesas de la multinacional petrolera que ante la belicosidad de los indígenas, la exposición a los medios y la expectativa internacional, presionaba con recursos a granel.

Sin embargo, la principal preocupación no reside exclusivamente en el contacto paulatino y actualmente acelerado que sufren los pueblos indígenas. El problema surge de la incapacidad de conciliar dos posturas claramente contradictorias, con altas dosis de indefinición por normas elusivas que no aportan una solución plausible al fenómeno. Hasta el momento, la discusión ha sido más jurídica que política, dejando que visiones antagónicas al interior de la justicia presenten interpretaciones diferentes sobre una problemática que tuvo unos alcances políticos demasiado amplios en el 91. El abogado Jaime Vidal Perdomo diría que el derecho se pronuncia con las herramientas escasas que tiene, pero el problema de fondo debería ser discutido por un espectro amplio de la sociedad, para instrumentalizar un tema que se dejó enunciado con la Constitución de 1991.

¹⁷ Ver, Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). “No todo está dicho”. Consulta realizada en diciembre de 2007. Documento electrónico

Además, para asumir una posición respecto a un tema que resulta todavía difícil de digerir para una sociedad que desconoció durante 500 años los derechos indígenas. El caso u'wa, presentó de manera temprana la responsabilidad que implica ser un Estado que reconoce la diversidad étnica y cultural y que apenas avizoraba lo que era serlo.

2. ANALISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO

2.1 INCOHERENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

La celebración inicial por la consagración de un Estado que respeta la diversidad étnica y multicultural cede terreno ante la inaplicabilidad de su legislación posterior y ante los fallos contradictorios de dos cortes. Situación explicable por la primacía de visiones garantistas a los derechos individuales. Situación factible por la falta de entendimiento y de inclusión de los grupos étnicos, ante la utilización típica del discurso de la diferenciación con el “hermano menor”. Pero también evidente, pero como todo lo anterior rechazable, por la influencia en el derecho de la política, de la economía, la presión de la opinión pública, las posturas ideológicas del juez, que definitivamente inciden de manera indiscutible en los fallos judiciales.

“¿Los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes? [...]¿Los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derechos inspirados en razones políticas y morales?”¹⁸ Las preguntas carecerían de valor si todavía persistiera en el ambiente el apego profundo a las teorías de Kelsen y su pirámide jurídica. Sin embargo, en la actualidad existen teorías críticas del derecho que aseguran que la adjudicación del juez no cumple con la mencionada neutralidad y objetividad que proclamaba Kelsen. El asunto se materializa cuando dos cortes fallan en derecho pero sus pronunciamientos son abiertamente contradictorios. ¿Estamos ante meras interpretaciones o por el contrario existen vacíos en el ordenamiento jurídico?

La causa se diría empieza con la inseguridad jurídica que producen fallos contradictorios sobre un mismo tema, sin embargo, pareciera que la falta de

¹⁸ Ver, Rodríguez, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. En: Ducan Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Panamericana, 1999. p. 19

propósitos claros y la amplitud de las garantías otorgadas sin una instrumentalización adecuada son en realidad el origen del conflicto que suscita diversas posturas. No existe una noción clara respecto a temas complejos, por el contrario, diversidad de posturas hacen que una variedad de soluciones se presenten al momento de responder a un problema complejo. Esa indeterminación genera desconfianza jurídica y afecta de manera profunda cualquier sistema jurídico.¹⁹

El conflicto suscitado entre el Estado colombiano, la OXY y la comunidad indígena u'wa demuestra la falta de coherencia de un sistema que garantiza una serie de derechos pero que resulta sin dientes en la práctica. Además se vislumbran pocas posibilidades de conciliar dos posturas que resultan radicales y sin ningún ánimo por armonizar intereses que resultan no negociables.

Por el contrario, cuando se entiende el derecho como un conjunto de normas que tienen una textura abierta y que se encuentra en tensión permanente debido a que protegen simultáneamente intereses de grupo enfrentados (trabajadores y empleadores), los litigios y la adjudicación son vistos como campos de enfrentamiento entre dichos grupos, en los que el juez, lejos de mediar de forma neutra, generalmente puede elegir entre interpretaciones alternativas de acuerdo con el resultado que considere más justo²⁰

En ocasiones, las decisiones no están mediadas por lo que debería ser, sino que por el contrario se perciben tendencias y posturas en relación con el Estado que inspiran la decisión judicial.

2.2 LA CONSULTA

El ordenamiento jurídico colombiano prevé como fórmula de participación a las comunidades implicadas en el desarrollo de un proyecto, una consulta como medio de comunicación y entendimiento. Sin embargo, la ley no ha sido lo suficientemente clara para explicar como llevar a cabo el proceso. Ese es uno de los puntos determinantes para que se especule acerca de la efectividad de la consulta en el caso

¹⁹ Comparar Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 20

²⁰ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 21

u'wa. Ante la carencia de una instrumentalización adecuada, los interesados interpretan como mejor puedan y según sus intereses la incompleta ley.

A esto se suma, lo dicho por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que en esa misma vía interpretan el alcance de lo consignado en el párrafo del artículo 330. La famosa colisión de fallos se presentó por esta herramienta, la consulta previa, y dio para que dos cortes se pronunciaran sobre un tema que motivó ánimos encontrados por la magnitud del problema.

2.3 LOS FALLOS

2.3.1 La Corte Constitucional. En entrevista con Libardo Rodríguez, ex magistrado del Consejo de Estado y ponente de la sentencia que falló en contra de la acción de tutela instaurada por el defensor del pueblo, este afirma que no existen jueces más garantistas que otros. No respalda la idea según la cual la Corte Constitucional fue más proclive a la defensa y armonización de los intereses de los indígenas con los del Estado. Sin embargo, la sentencia SU – 039 de 1997 de la Corte Constitucional (en adelante la Corte) inicia con un párrafo que podría pensarse deja abierta una discusión para instaurar las herramientas que den vida a los derechos otorgados a los pueblos indígenas.

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación²¹.

Hasta ese momento la Corte habla de una participación efectiva, pero todavía no menciona si hay un carácter vinculante en la consulta a las comunidades. Sin embargo, si aclara que la consulta adquiere una connotación de derecho fundamental por considerar que es el instrumento que va a garantizar la protección y la integridad de la comunidad indígena. En esta primera parte la Corte se enfrentaba

²¹ Corte Constitucional. Sentencia 039 de 1997. M.P.: Antonio Barrera C. Bogotá, 1997. p.1

con varias dificultades: presiones por parte del gobierno, definir o acercarse a una definición de una política multicultural y aclarar el alcance de la consulta ante la ausencia de normas que la reglamentaran.²²

La consulta no podía ser efectiva por el simple hecho de contar con la presencia física de los interesados, por el contrario, la Corte afirma:

Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída con relación a las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierne a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada²³.

No hay un acuerdo sobre como debería ser la participación activa y efectiva mencionada por la Corte Constitucional, mucho menos sobre la posibilidad de adoptar la decisión fruto del acuerdo o la concertación. Para el ex magistrado Libardo Rodríguez

Las competencias están atribuidas a las autoridades, por lo tanto, en la medida en que se establecen mecanismos para que los interesados puedan participar en la elaboración de una medida, es claro que esa idea no puede llevarse hasta el punto de pretender que los interesados sean los que tomen la decisión²⁴.

Los planteamientos del ex magistrado Rodríguez recuerdan los postulados del Estado liberal que se endilga la potestad para decidir sobre los asuntos importantes, dejando de lado cualquier posibilidad de autonomía por parte, en este caso, de las comunidades indígenas. Esto quebrantaría la institucionalidad y el “orden de las cosas” al suplantar al Estado como el único actor en la toma de decisiones. También reevaluaría la unidad del Estado soberano. En contraposición el profesor Jaime Vidal Perdomo cree que “las apreciaciones del Consejo de Estado han sido en

²² Comparar Comparar Sánchez, “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. p. 119

²³ Ver Barrera. “Sentencia 039 de 1997”. p. 2

²⁴ Ver entrevista a Libardo Rodríguez Rodríguez, director de la oficina de abogados Libardo Rodríguez, Realizada en Bogotá, 13 de diciembre de 2007.

alguna medida de un corte mas procesal”²⁵ y asegura, siguiendo la línea de pensamiento de la Corte Constitucional que debe haber una armonización de ambos intereses por ser ambos respetables, pero no entra a considerar los alcances que debe tener la consulta tal como si lo hace el ex magistrado Rodríguez.

La Corte como bien lo dice el ex magistrado Rodríguez tampoco se compromete con un carácter vinculante de la consulta, pero deja constancia sobre el carácter que debe adoptar la autoridad competente. Menciona que la decisión debe estar libre de autoritarismos y arbitrariedad y más en la vía de la proporcionalidad acorde con un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural.

Acorde con lo mencionado anteriormente, la Corte, reafirma el carácter de la consulta asegurando que debe haber un conocimiento pleno por parte de la comunidad acerca de los proyectos a realizarse, pero además considera que debe informárseles sobre las consecuencias que éstos puedan tener sobre su cultura, cohesión social y subsistencia política y económica. Cierra con una consideración que ha sido reiterativa en este trabajo: la participación activa y efectiva. De esta manera la Corte consideró que:

El procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad u’wa, en relación con la consulta que formal y sustancialmente ha debido hacerse. Consecuencialmente, resultan vulnerados no sólo los derechos de participación, y a la integridad de la comunidad u’wa, sino el derecho al debido proceso²⁶.

La Corte consideró que la reunión adelantada los días 10 y 11 de enero de 1995, realizada en Arauca, no contó con las características que debe cumplir la consulta previa. La Corte anota, que de la reunión de Arauca se desprendió un nuevo encuentro, por considerar las partes, que deberían hacerse modificaciones al proyecto. Sin embargo, en el segundo encuentro, programado para el mes de febrero de 1996, el Ministerio del Medio Ambiente ya había otorgado la licencia a la Occidental de Colombia. En esos términos la Corte consideró que se había violado el proceso

²⁵ Ver entrevista a Jaime Vidal Perdomo, director de la oficina de abogados Jaime Vidal, Realizada en Bogotá, 12 de diciembre de 2007.

²⁶ Ver Barrera. “Sentencia 039 de 1997”. p. 5

respectivo de la consulta previa, al otorgarse una licencia antes de cumplir todo el proceso respectivo. Por eso la Corte manifestó, como se menciona en el párrafo anteriormente citado que se vulneró no sólo el derecho a la participación sino también al debido proceso. En esos términos la Corte ordenaría una nueva consulta en un plazo de 30 días.

Sin embargo, de los nueve magistrados cuatro hicieron salvamentos de voto. Expresaron que “no está previsto por la ley que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación”²⁷. Añadieron que el Consejo de Estado está facultado para conocer del asunto por considerar que la participación de las comunidades indígenas tiene un componente administrativo y no político. Cierran, con una apreciación que desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales parece un exabrupto: los daños irreparables que se argumentan en la acción de tutela no son procedentes en el momento en el que se encontraba el proceso por ser relativo a la exploración y no a la explotación²⁸. Según esa argumentación, deberá esperarse a daños irreparables para que una acción de tutela sea procedente.

Los anteriores planteamientos, que también menciona el Consejo de Estado, recuerdan los postulados de Kennedy al reconocer en el derecho privado norteamericano dos corrientes: el individualismo y el altruismo.²⁹ Considerando las responsabilidades civiles, la corriente individualista “inspira la institución de la responsabilidad subjetiva, conforme a la cual está obligado a indemnizar un daño sólo quien lo causa por negligencia o dolo”³⁰. Esto indica que ante daños causados las víctimas no podrían exigir reparación al no existir intención o negligencia por parte de la persona que la comete. Por el contrario, el altruismo, reconoce que el causante de algún daño debe reparar a las víctimas así su acción estuviera mediada por dosis de buena fe. Kennedy afirma que:

²⁷ Ver, Barrera. “Sentencia 039 de 1997”. p. 51

²⁸ Ver, Barrera. “Sentencia 039 de 1997”. p.

²⁹ Comparar Comparar Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”.

³⁰ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 60

El conflicto entre el individualismo y el altruismo es radical: se trata de dos visiones de la sociedad profundamente distintas que dan lugar a la convivencia de instituciones, reglas y principios contradictorios al interior del derecho privado. No existe ninguna doctrina ecléctica, ningún principio conciliador, que logre incluir y sintetizar las dos visiones en conflicto [...] Aunque Kennedy restringe su análisis al derecho privado es posible extender su argumento a las demás áreas del derecho. Así, por ejemplo, el conflicto incesante entre la libertad y la igualdad en el derecho constitucional –expresado con frecuencia en términos del choque entre derechos de primera generación y derechos de segunda generación– es igualmente radical³¹.

2.3.2 El Consejo de Estado. El Consejo de Estado se pronunció en contra de la solicitud que establecía la anulación de la licencia ambiental. Dos temas fundamentales ocupan la argumentación de la sentencia: 1. la participación de los pueblos indígenas y 2. la protección que el Estado debe otorgar a los pueblos indígenas cuando de por medio se encuentra la exploración de recursos naturales.³²

El Consejo de Estado incluyó unas consideraciones previas en relación con el tema de la consulta. Para el Consejo la consulta, según el artículo 330 de la Constitución Política, no tiene un carácter vinculante. Lo ideal sería contar con la aprobación por parte de la comunidad, pero en dado caso que no se logre tal aceptación, la consulta no carece de validez. La potestad para tomar la decisión le corresponde al gobierno en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente quien es la entidad encargada de otorgar la licencia ambiental. En entrevista realizada con el Magistrado Ponente de esta sentencia, este considera que las competencias están atribuidas a las autoridades y que de ninguna manera podría condicionarse la aprobación de un proyecto a los consultados, pues la mencionada consulta carecería de sentido al ser estos últimos los que finalmente toman la decisión.

El Consejo de Estado afirmó que la consulta si se realizó así en muchas ocasiones los consultados decidieron no participar; los consultados fueron citados según lo establecen las normas. Ese sería otro tópico: ¿Cuándo los consultados se niegan a participar entonces la consulta se anula? No tendría sentido, porque bastaría que los consultados se negaran a participar cuando consideraran que la autoridad va a tomar una decisión que no les favorece, así las cosas la competencia no se podría ejercer. El análisis que hizo el Consejo de Estado fue que la consulta como mecanismo se realizó, hubo expresiones, no fue silencio absoluto de los consultados, inclusive uno de los voceros dejó constancia, de tal manera que lo que el

³¹ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 62

³² Comparar Sánchez, “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. p. 128

Consejo de Estado consideró es que la consulta si se había desarrollado y se había cumplido el requisito³³.

Sánchez en su escrito sobre el reto del multiculturalismo jurídico, asegura siguiendo el análisis de la sentencia del Consejo de Estado que “la Constitución fija en cabeza del Estado la propiedad del subsuelo [...] las decisiones relativas a la explotación de los recursos ubicados en el mismo se relacionan directamente con el ejercicio de soberanía”³⁴ Para el Consejo de Estado, no existe discusión sobre la potestad que tiene el Estado para decidir sobre los asuntos más relevantes, dudar lo significaría desconocer la estructura y actuación del Estado colombiano. La postura del Consejo supone una limitación a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Autodeterminación que sigue causando intensos debates, por el sinnúmero de interpretaciones que puedan hacerse a propósito del Convenio 169 y la posterior legislación que le dio vida en Colombia. La discusión de fondo, como se percibe en las palabras del ex Magistrado Rodríguez, no es la consulta, lo sustantivo es el grado de poder decisorio que puedan tener las comunidades en contravía con la potestad del Estado.

Al estar unidos al derecho la autodeterminación [...] los derechos colectivos son susceptibles de ser vistos como obstáculos al ejercicio de las prerrogativas soberanas y, en últimas, como amenazas para la supervivencia del Estado-nación mismo³⁵.

Según el ex magistrado Rodríguez, los postulados observados en la sentencia del Consejo de Estado, no difieren con la Corte Constitucional en asuntos de fondo, por el contrario, afirma que la efectividad de la consulta es el punto que genera las contradicciones. No obstante, no se percibe que el procedimiento en la consulta sea el único punto que no genera encuentros entre estas dos cortes. Ante la ausencia de normas que regulen la consulta, las altas cortes deben interpretar como mejor puedan el paso a seguir en el caso indígena. Sin embargo, a lo largo de las sentencias, se está

³³ Ver entrevista a Libardo Rodríguez Rodríguez, director de la oficina de abogados Libardo Rodríguez, Realizada en Bogotá, 13 de diciembre de 2007.

³⁴ Ver Sánchez, “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. p. 129

³⁵ Santos, Boaventura de Sousa. “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. 1998. p. 203

marcando una posición política e ideológica en relación con la protección de los derechos que fueron otorgados por la Constitución de 1991.

2.4. “CHOQUE DE TRENES”

La colisión de fallos no parece responder únicamente a una falta de regulación de la consulta. Pero sí así fuera, esto no haría más que demostrar la incoherencia del sistema jurídico colombiano y la inseguridad que representa la diversidad de interpretaciones sobre un mismo tema. Los críticos de las teorías constructivistas dirían que existen ciertas presiones sobre los jueces al momento de fallar:

En este contexto, la tarea de los realistas fue insistir en el carácter indeterminado e incompleto del derecho y en la consecuente incidencia en la decisión judicial de factores que, de acuerdo con la concepción dominante, eran extrajurídicos (argumentos de conveniencia, posición ideológica del juez, presión de la opinión pública, etc). Así, en la perspectiva realista de la adjudicación [...] se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación del juez, antes que el resultado de la aplicación deductiva de las normas jurídicas³⁶.

Esto indicaría una relación mucho más estrecha entre derecho y política revaluando la idea típica del juez como un mero instrumento del derecho o un simple aplicador de la ley. Por el contrario, se perciben motivaciones y aportes a la ley, cuando esta se vislumbra incompleta, según visiones políticas o concepciones propias del juez que permean la decisión. Esto anularía la concepción de neutralidad y no digamos objetividad del derecho. ¿Pueden fenómenos externos mediar para que un juez termine favoreciendo ciertos intereses de grupo? De ser afirmativa la respuesta, ¿no implicaría esto un desafío a las concepciones que han determinado el derecho desde su creación?

En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen –de manera consciente, semi-

³⁶ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 27

consciente o inconsciente– proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social³⁷.

La mención que se hace con relación a mantener las diferencias sociales desde el derecho, puede parecer para algunos sectores exagerada, pero si se aplica al caso u’wa, puede servir para evaluar las concepciones dominantes sobre el Estado liberal, los intereses nacionales que se traducen en asuntos económicos de primera necesidad y en la propiedad del subsuelo, entre otros. Todas estas posturas revalidarían la calidad de Estado pluriétnico y multicultural, al persistir finalmente decisiones que reconocen ciertas garantías pero sin un margen amplio de aplicación, cumplimiento y respeto.

Pueden existir muchos otros factores que determinan la decisión de un juez: la forma como otros jueces fallarían o la presión de los medios de comunicación. Estos últimos pueden influir significativamente. ¿Podría la Corte Constitucional haber fallado de otra forma la sentencia sobre la reelección presidencial? La presión de la opinión pública, de los medios y de otras instancias de presión importantes, como el sector empresarial, era tan alta, que se hablaba de una ilegitimidad de la Corte si llegaba a fallar en contra de la figura de la reelección. No importó siquiera que el trámite estuviera contaminado aludiendo a la compra en la intención de voto de los representantes Teodolindo Avendaño y Yidis Medina. La influencia de lo político en la decisión judicial tiene un carácter amplio que Kennedy resume en tres tópicos:

En primer lugar, sostiene que lo político incide en la adjudicación a través de la presencia permanente de la ideología en la aplicación judicial del derecho. En segundo lugar, afirma que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. En tercer lugar, señala que el juez tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de libertad como de restricción en su intento por proferir la sentencia que desea en un caso concreto. A pesar de esta experiencia ambigua, sin embargo, el lenguaje judicial resalta sólo la restricción, en tanto utiliza de manera consciente, de mala fe, la retórica dominante de la aplicación mecánica de las normas³⁸.

2.4.1 La ideología. La izquierda y la derecha han sido catalogadas como las ideologías dominantes que representan intereses de grupo y de clase. Sus visiones

³⁷ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 57

³⁸ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 63

opuestas, una proclive a los derechos sociales y la otra respetuosa y defensora de las libertades individuales, abogan desde su posición por la universalización de sus ideas. Esto dirimiría el conflicto que podría suscitar la defensa de una ideología desde ciertos grupos particulares. Sin embargo, aunque dicha universalización existe, hoy se percibe un apoyo abierto a ciertas políticas que se patrocinan con nombre propio. Este discurso no se queda en la política. Por el contrario, una alta dosis ideológica permea la elaboración de las leyes, César Rodríguez dirá en su texto sobre la neutralidad de los jueces que “la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla fundamentales entre las ideologías opuestas”³⁹. Lo anterior, supone una influencia considerable de la política en la elaboración y aplicación de las leyes.⁴⁰

El tema central de esta monografía responde precisamente a la judicialización de un tema político sensible⁴¹. “En los casos de multiculturalismo [...] se enfrentan la postura que defiende la diferencia cultural (de los grupos indígenas), [...] y la que subraya la necesidad de mantener la unidad nacional”⁴² La resolución de un conflicto como este se da por medio de la decisión judicial, que debe inclinar la balanza sobre uno de los dos grupos en contradicción. Su decisión generará efectos políticos importantes sobre las comunidades enfrentadas. Uno de ellos es el precedente que genera la sentencia condicionando la jurisprudencia siguiente sobre temas similares. Las nuevas herramientas que otorgan la providencia al grupo favorecido y la aceptación del público, de que lo dicho en las sentencias es lo correcto⁴³, son otros efectos políticos de las decisiones judiciales.⁴⁴ Sin embargo,

³⁹ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 65

⁴⁰ Comparar Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 64-65

⁴¹ Comparar Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 65

⁴² Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 66

⁴³ No siempre existe esa conversión política en el público. Por el contrario otros temas, también enfrentados ideológicamente, como los derechos homosexuales, no generan siempre un consenso, así medie un pronunciamiento a su favor. Son victorias jurídicas pero fracasos sociales, por las concepciones todavía dominantes en la sociedad.

⁴⁴ Comparar Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 68

hasta el momento, se perciben efectos políticos de las sentencias, pero no una motivación política por parte de los jueces. Hallar tal motivación implica un estudio más detallado de las sentencias. Es difícil contradecir lo que hasta el momento ha dicho el derecho: el apego irrestricto a la ley y su carácter neutral. Tampoco se esperaría que existiera siquiera un pronunciamiento diferente, de lo contrario se resquebrajaría la estructura judicial. No obstante, un estudio más detallado puede llegar a sembrar ciertas dudas sobre la neutralidad en la adjudicación.

En la mayoría de los casos, la única base para imputar la existencia de una preferencia, un motivo o una influencia es “interpretativa”, lo que significa que la sentencia tiene más sentido si la interpretamos como motivada ideológicamente que si la tomamos en sentido literal. No se puede “probar” que tiene más sentido de esta manera: se puede defender sólo mostrando que la sentencia es contradictoria o no lleva a conclusión alguna si se toma de modo literal, pero que parece por lo menos inteligible, e incluso persuasiva, si se entiende en términos de preferencias ideológicas. No se intenta mostrar mediante evidencia directa lo que el juez estaba pensando. No se trata de una cuestión de prueba, sino de plausibilidad de una “lectura”⁴⁵.

César Rodríguez propone la sentencia C-127/93 de la Corte Constitucional para explicar mejor lo anterior. En ese entonces, la Corte dijo que el enriquecimiento ilícito era conexo. Que fuera conexo implicaba que sin juzgar al narcotraficante no se podía condenar a la persona que recibió el dinero. Posteriormente la Corte en un giro sin precedentes, expone en una nueva sentencia que el enriquecimiento ilícito es autónomo y no merece una condena previa.⁴⁶ Rodríguez explica el cambio inexplicable de la Corte al “proceso 8.000” llevado a cabo para luchar contra la corrupción política que involucró a altos funcionarios.⁴⁷ “El propósito de no frustrar la lucha contra la corrupción –en el que el poder judicial en su conjunto estaba empeñado– explica el giro abrupto de la jurisprudencia. La sentencia no explica los anteriores alcances, de ahí la importancia de una lectura crítica que mira la dosis política en la decisión judicial.

⁴⁵ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 71

⁴⁶ Comparar Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 72

⁴⁷ Comparar Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 73

2.4.2 La conveniencia pública. Duncan Kennedy considera que la ideología es parte esencial en la decisión judicial. Y el análisis crítico, como se explicó anteriormente, sirve para detectar tal dosis de ideología. Sin embargo, para explicar mejor la tesis según la cual la decisión del juez contiene ideología, Kennedy recurre a los argumentos deductivos y no deductivos que aplica el juez al momento de fallar. Los argumentos deductivos hacen alusión a la aplicación silogística de normas positivas. Esa ha sido la característica común y extendida para ratificar fallos sin presión y llenos de neutralidad. “Dentro de este tipo de razonamiento, la lógica es de todo o nada: se aplica o no se aplica a un caso concreto”⁴⁸.

Sin embargo, los jueces, según los estudios críticos del derecho, tienen en cuenta otro tipo de argumentos para sustentar sus decisiones. Los argumentos de conveniencia pública, hacen parte de los argumentos no deductivos e implican por ejemplo, recurrir a nociones como el interés nacional o el desarrollo económico para dar vida y coherencia a sus fallos. Según los estudios críticos del derecho, existen tres características que diferencian los argumentos deductivos de los no deductivos:

En primer lugar, generalmente su aplicación presupone justamente que los argumentos deductivos son insuficientes para resolver de forma satisfactoria el caso, ya sea porque las reglas existentes no lo prevén, porque son oscuras, o porque su aplicación puede generar consecuencias injustas o inconvenientes. En segundo lugar, los argumentos no deductivos apelan siempre a la *deseabilidad de un resultado*; en otras palabras, apuntan a las *consecuencias* del fallo para la protección de valores que se estiman deseables. En términos temporales, mientras que los argumentos deductivos privilegian el pasado (las reglas previamente establecidas), los no deductivos atienden fundamentalmente al futuro (las consecuencias del fallo). En tercer lugar, el modelo de aplicación de los argumentos no deductivos es la ponderación de razones opuestas, no el silogismo. Al aplicar este tipo de argumento, el juez se encuentra en medio de un campo de fuerzas opuestas que debe sopesar para inclinarse por uno u otro resultado⁴⁹.

La existencia de temas sensibles y la ausencia de normatividad, conducen a la utilización de argumentos no deductivos. Este camino supone por parte del juez la toma de una postura. La visión del ex magistrado Rodríguez es clara cuando asegura que las competencias están atribuidas a las autoridades, para desestimar el carácter vinculante de la consulta a las comunidades indígenas. Postura que refuerza la idea de

⁴⁸ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p. 75

⁴⁹ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p.76

toma de decisiones según la conveniencia pública. En este caso, debe prevalecer el interés nacional y el desarrollo económico. “El juez habla un lenguaje ideologizado [...] que reproduce en el campo de la adjudicación los mismos argumentos utilizados en otros escenarios por los grupos ideológicos”⁵⁰.

El Consejo de Estado tomó partido al adoptar la decisión que negó la acción de nulidad de la licencia ambiental. En este caso no se discute si existieron las garantías o no de la consulta, punto central de la tutela, en su lugar, se observa que el Consejo de Estado adoptó la decisión a sabiendas del posible daño que la exploración podría causar en la comunidad indígena u'wa. La conveniencia pública medió en el fallo del Consejo al sopesar dos opciones y tomar partido por la que creía era más conveniente a futuro para el Estado colombiano. Es probable, que la negación de los derechos indígenas, observados en el fallo, produjo mayor radicalización de las posturas. Y tal como lo mencionó la Corte Constitucional la ausencia del debido proceso no parece aportar a la legitimidad de una eventual exploración y explotación en tierras indígenas.

⁵⁰ Ver Rodríguez. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. p.77

3. ESTADO ACTUAL DEL MULTICULTURALISMO EN COLOMBIA

Las tensiones al momento de asimilar y poner en práctica una política multicultural, provienen de diversas concepciones políticas y económicas que superponen unos valores por encima de otros. Quizás, sea la condición humana de sopesar entre dos opciones y escoger la mejor. Tal vez, sea producto de la necesidad de creación de riqueza y desarrollo de todos los pueblos del mundo.

Cada noción se justifica desde diversos postulados políticos que toman fuerza en grupos sociales hasta universalizar concepciones y prácticas producto de esa ideología. Los postulados liberales, por ejemplo, pretenden proteger a la gran masa de personas otorgando derechos individuales en sentido estricto. La negación de los derechos colectivos se da por sentado porque la garantía de los derechos individuales supone la protección de los derechos colectivos.

Otras nociones y otras voces toman fuerza. La creación de proyectos productivos son indispensables e inherentes al desarrollo económico. Su necesidad parte de requisitos externos, de compromisos y también de parámetros de crecimiento. Boaventura de Sousa Santos, lo ha denominado como una dialéctica entre localismos globalizados y globalismos localizados, para referirse a la búsqueda incansable de recursos que permitan mantener la máquina mundial de producción y crecimiento. El primero, “consiste en el proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito”⁵¹ y el segundo, “consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales”⁵². Sin embargo, la búsqueda, encabezada por las empresas transnacionales (ETN) y el propio Estado, ha contado con reveses al desestimar los intereses de ciertas comunidades, que para efectos de esta monografía refieren a las minorías étnicas.

La lectura de las minorías étnicas se presenta difícil de digerir para nuestro tiempo: “su lógica es potencialmente anticapitalista, su política es la

⁵¹ Ver Santos, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998 p. 57

⁵² Ver Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. p. 151

autodeterminación y la autonomía, y su ideología es la emancipación de los “modelos de desarrollo” económicos”⁵³. Este discurso y la combatividad con la que ha sido asumido han generado nuevas formas de lucha. Santos lo denomina *cosmopolitismo*⁵⁴, término que refleja la visibilidad que la lucha transnacional ha traído para los pueblos indígenas. Los u`wa, hicieron de la transnacionalización de su causa una herramienta indispensable de lucha que aportaría resultados importantes.

Las formas de dominación prevalentes no excluyen la posibilidad de que los estados-nación subordinados, las regiones, las clases o grupos sociales y sus aliados, se organicen transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades para la interacción transnacional creadas por el sistema mundial⁵⁵.

No obstante, aunque la lucha indígena se presenta aguerriada, tampoco da tregua la emergencia del sistema mundial por el crecimiento y la expansión. Y cada vez más, el Estado pierda la potestad privilegiada de tener iniciativa en áreas sobre las que tuvo influencia considerable: iniciativa económica, política y social.⁵⁶ Y sus consecuencias se presentan en un sinnúmero de casos:

En África, el caso más dramático hoy en día es el de la empresa petrolífera Shell, que ha venido sembrando la muerte y la devastación ecológica entre el pueblo Ogoni de Nigeria. Una operación vasta, que comprende en un territorio reducido casi cien pozos petroleros, dos refinerías y un complejo de producción de fertilizantes, ha venido destruyendo la calidad de vida de este pueblo, que continúa hoy siendo tan pobre como lo era cuando la Shell comenzó a operar en su territorio en 1958⁵⁷.

Este panorama ha impulsado la creación de herramientas supraestatales. Además de la protección que pueda darse a los pueblos indígenas por medio de normatividades al interior de los Estados, organismos como la ONU y la OIT han creado instrumentos para fortalecer la lucha y los derechos colectivos de los indígenas. El Convenio 169 y el Proyecto de la Declaración Universal de los

⁵³ Ver Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. p 152

⁵⁴ Santos considera que para el caso de la lucha indígena el derecho cosmopolita “se halla en el reconocimiento nacional y transnacional de la pluralidad de derechos locales, arraigados en la comunidad” y asegura que “la lucha es por los derechos colectivos especiales y por la regulación local autónoma dentro de áreas territorialmente definidas”. p. 153

⁵⁵ Ver Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. P 58

⁵⁶ Comparar Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. P 41

⁵⁷ Ver Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. p. 151

Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, incluyen ciertas prerrogativas que han motivado nuevos esfuerzos por respetar los derechos indígenas. El Proyecto de la ONU incluye tres derechos que vale la pena mencionar:

3. El Derecho colectivo a existir como pueblos distintos y a ser protegidos contra el genocidio, así como los derechos individuales a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personal.
4. El derecho individual y colectivo a mantener y desarrollar sus características étnicas y culturales como identidad distinta, incluyendo el derecho de los pueblos y los individuos a llamarse por sus propios nombres.
5. El derecho individual y colectivo a la protección contra el etnocidio⁵⁸.

3.1 NOCIONES POLÍTICAS DOMINANTES: LA DEMOCRACIA LIBERAL

Para Kymlicka la democracia liberal supone la “protección constitucional de los derechos civiles y políticos básicos de los individuos”⁵⁹. El individuo, como eje central de la teoría, posee derechos y deberes que no se modifican por pertenecer a un grupo etnocultural⁶⁰. Boaventura de Sousa Santos diría que “los derechos son prerrogativas de los individuos y solo de los individuos”⁶¹ para contextualizar los postulados del paradigma liberal. Santos agrega que:

Los derechos colectivos son vistos como amenazas al principio de soberanía y como combustible de las tensiones domésticas: perturbadores, en el nivel interno, de la obligación política que mantiene unidos a los ciudadanos y el Estado y, en el nivel internacional, del funcionamiento normal del sistema interestatal⁶².

El discurso liberal se anquiloso durante mucho tiempo impidiendo formas de Estados multinacionales. Kymlicka menciona algunos planteamientos que cerraban toda posibilidad a los derechos de grupo:

La actitud del estado liberal frente a los grupos etnoculturales debería ser, aseguran, de neutralidad. Un estado neutral no debería apoyar ni desincentivar la pertenencia a grupos

⁵⁸ Ver Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. p. 190

⁵⁹ Kymlicka, Will. “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. En: *La democracia en sus textos*. 1998. p. 413

⁶⁰ Comparar Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 415

⁶¹ Ver Santos, Boaventura de Sousa. “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. 2001. p. 202

⁶² Ver Santos, “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”. p. 202

etnoculturales, y de hecho no debería reconocerlos explícitamente, excepto para asegurarse que sus miembros no son objeto de discriminación. Conceder reconocimiento legal a los grupos etnoculturales, se dice, amenaza los principios liberales de la libertad, la igualdad y la solidaridad⁶³.

La mencionada neutralidad tiene dos aristas importantes en torno a las realidades actuales al interior de los Estados: las “naciones cívicas” liberales y las “naciones étnicas” antiliberales. La primera, defiende la neutralidad como situación plausible que desconoce la existencia de grupos minoritarios concretos y la segunda defiende la posibilidad de reconocimiento e inclusión que estos grupos merecen.

Los Estados durante mucho tiempo se embarcaron en la construcción nacional que implicaba el reconocimiento de una cultura societaria, la dominante, estableciendo reglas comunes y concretas para todos los nacionales. Algunos países lograron imponer esta concepción, pero otros decidieron coexistir con otras culturas minoritarias. España, Canadá y Suiza entre otros ilustran la adhesión en lugar de la exclusión a culturas diversas. Sin embargo, no media sólo la visión que desde el Estado se imponga, por el contrario, la forma aguerrida como las minorías luchan para no integrarse hace parte del proceso de construcción de una alternativa multicultural. Estos grupos que no perciben la integración generalmente son denominados “minorías nacionales” para diferenciarlos de otros como los inmigrantes que pueden por otras razones culturales entrar a pertenecer a la cultura societaria dominante de una manera menos traumática.

Por “minorías nacionales” entiendo culturas históricamente asentadas, territorialmente concentradas y con formas previas de autogobierno, cuyo territorio ha sido incorporado a un estado más amplio⁶⁴.

Esta definición encaja en las concepciones que de las comunidades étnicas se tiene. Culturas premodernas asentadas en un territorio y posteriormente incorporadas a un Estado. La definición de pueblos indígenas que hace Martínez Cobo, relator

⁶³ Ver Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 414

⁶⁴ Ver Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 421

especial de la ONU, y citada por Santos, cobra vigencia por ser bien lograda y propicia para explicar la importancia de los pueblos indígenas:

Las comunidades indígenas, pueblos y naciones que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades previas a la invasión y a la Colonia que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en parte de ellos. Conforman en el presente sectores no dominantes de la sociedad y están destinados a percibir, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas jurídicos⁶⁵.

La realidad, se ha encargado de estimular políticas que abarquen todos los espectros sociales. Las políticas públicas se han encaminado a garantizar ciertos derechos diferenciados y el discurso liberal dominante no ha impedido que comunidades, especialmente las indígenas, reivindiquen la protección especial de sus derechos pero no como sugiere la postura liberal. El camino para vencer la discriminación no se logra a través de la garantía de igualdad ante la ley. Por el contrario, sugiere derechos diferenciados en función de grupo que garanticen la protección de los individuos miembros.

3.1.2. Armonización de intereses. Siguiendo la línea de pensamiento liberal y apartándonos de los postulados según los cuales los pueblos indígenas tienen derechos inherentes por su condición premoderna, la teoría liberal puede arrojar interesantes aportes. Kymlicka considera que puede haber compatibilidad entre los postulados liberales y las reivindicaciones de los grupos nacionales.

La forma para promover valores liberales parte de la construcción nacional con el objetivo de integrar características comunes por parte de la cultura dominante. Los liberales sostienen que la garantía de estas características comunes conducen a formas de gobiernos más estables y más comprometidos. Esto implica que la pertenencia a una cultura común no sólo favorece la actuación de los individuos dentro del sistema sino que además ratifica las nociones de libertad individual.⁶⁶ Sin

⁶⁵ Ver Santos, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. p. 155

⁶⁶ Comparar Kymlicka, "Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal". p. 428

embargo, las mismas nociones liberales se prestan para que exista un reconocimiento de otros grupos nacionales minoritarios. “Cualquier estado que contenga una minoría nacional considerable debe aceptar su condición de estado multinacional”⁶⁷. ¿Por qué debe hacerlo? Porque “las culturas son valiosas no por sí mismas, sino porque las personas sólo pueden tener acceso a una gama de opciones plenas de significado a través del acceso a una cultura societaria”⁶⁸. Esto implica que los derechos otorgados por parte del Estado y las posibilidades reales de disfrute dependen de mi inclusión dentro de una cultura común, que me permite tener una visión particular de esas prácticas comunes. “El compromiso fundacional liberal con la libertad individual puede extenderse para dar lugar a un profundo compromiso liberal con la viabilidad duradera y el florecimiento de culturas societarias”⁶⁹. Un hecho ilustra este florecimiento de culturas a partir de los postulados liberales:

La mayoría de los teóricos liberales aceptan sin duda que el mundo está, y estará, compuesto de estados separados, cada uno de los cuales se supone que tiene el derecho a determinar quién puede entrar en sus fronteras y adquirir la ciudadanía. Creo que este supuesto sólo puede justificarse sobre el mismo tipo de valores que fundamentan los derechos de grupo para las minorías nacionales en cada estado. Creo que el punto de vista liberal ortodoxo sobre los derechos de los estados a determinar quién posee la ciudadanía descansa sobre el mismo principio que justifica los derechos de grupo en el seno de los estados y que, por consiguiente, la aceptación de los primeros lleva lógicamente a la aceptación de los últimos⁷⁰.

Esta situación plantea un reto para los liberales. La separación de los Estados y la garantía de los derechos individuales suponen que cualquier individuo de una cultura societaria ajena pueda entrar en otra cultura y gozar de los derechos otorgados a los nacionales de ese Estado. Sin embargo, esos derechos reposan exclusivamente en los ciudadanos de ese Estado. Otorgarles las mismas garantías a otros individuos ajenos supone una autorización expresa del Estado que en la mayoría de los casos es limitada y arbitraria. “La ciudadanía, por consiguiente, es inherentemente una noción

⁶⁷ Ver Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 427

⁶⁸ Ver Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 428

⁶⁹ Ver Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 429

⁷⁰ Ver Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 431

específica de grupo”⁷¹. La aceptación de la postura de ciudadanía y su consiguiente separación de otros grupos nacionales, supone también por parte del Estado, el reconocimiento de los derechos de grupos al interior del Estado.

3.2 DERECHOS EFECTIVAMENTE OTORGADOS

Cuando se consagran unos derechos diferenciados de grupo, como por ejemplo, los derechos poliétnicos, culturales o de representación, hay un avance importante en el entendimiento de dos identidades culturales. Al interior de este escenario surgen nuevas apreciaciones encaminadas a configurar una política multicultural. En esa medida, Kymlicka plantea dos nociones fundamentales: las restricciones internas y las protecciones externas; el punto de partida para analizar como son las reivindicaciones dentro y fuera de las minorías étnicas centrada en un contexto social más amplio. Esas reivindicaciones son fundamentales para entender el papel que debe o debería jugar una comunidad indígena dentro de un espectro social más amplio. ¿Debe abstraerse de la sociedad que lo engloba o participar en los espacios que han dispuesto para ellos? ¿El contacto con la sociedad mayor es en definitiva malo para esa comunidad indígena?

3.2.1 Derechos diferenciados en función de grupo. Los derechos diferenciados en función de grupo, es la forma adecuada que Kymlicka encuentra para referirse a los derechos otorgados a los pueblos indígenas. Y descarta, los denominados derechos colectivos, por considerarlos ambiguos y en contravía del espíritu de los derechos diferenciados e incluso de los derechos individuales. Hablar de derechos colectivos implica desconocer los derechos individuales concedidos al interior de los grupos. Para entender esta diferencia sustancial es necesario considerar las restricciones internas y las protecciones externas, que se erigen como reivindicaciones de los pueblos indígenas.

⁷¹ Ver Kymlicka, “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. p. 432

3.2.2 Restricciones internas y protecciones externas. Existen dos tipos de reivindicaciones por parte de los pueblos indígenas: “el primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado”⁷². El primero pretende proteger a los individuos de la opresión que pueda generarse al interior de un grupo por las facultades que se le han otorgado, como las formas tiránicas que puedan derivarse de los derechos de autogobierno en el caso concreto de la justicia. Y el segundo, analiza las relaciones intergrupales, mirando la forma como los grupos étnicos protegen su existencia e identidad del impacto de las decisiones de la sociedad mayor.⁷³

3.2.3 Protecciones externas. Las protecciones externas se proporcionan a partir de tres tipos de “ciudadanía diferenciada”⁷⁴: los derechos poliétnicos, culturales y de representación.

Cada una de estas formas de derechos diferenciados en función del grupo ayuda a reducir la vulnerabilidad de los grupos minoritarios ante las presiones económicas y las decisiones políticas del grueso de la sociedad. Algunas minorías nacionales y étnicas persiguen estos derechos diferenciados exclusivamente por este tipo de protección externa. Lo que tales grupos pretenden es asegurarse de que el conjunto de la sociedad no les privará de las condiciones necesarias para su supervivencia, no controlar la medida en que sus propios miembros se adhieren a prácticas poco tradicionales u ortodoxas⁷⁵.

Por una lado, las protecciones externas pretenden garantizar una estabilidad respecto a las decisiones que se tomen desde la sociedad mayor, pero a su vez, también configuran una herramienta para proteger a los individuos al interior del grupo. La idea no responde exclusivamente en garantizar el derecho colectivo del pueblo indígena sino también garantizar los derechos individuales de los miembros según las normas constitucionales dominantes. De esta manera se articula un híbrido entre derechos diferenciados y derechos colectivos que rompen con la dicotomía que tradicionalmente se ha propuesto desde la teoría liberal. Los ejemplos a nivel mundial

⁷² Ver Kymlicka, Will. “Derechos individuales y derechos colectivos”. En: *Ciudadanía multicultural*. 1996. p. 58

⁷³ Comparar Kymlicka, Will. “Derechos individuales y derechos colectivos”. p. 59

⁷⁴ Ver Kymlicka, “Derechos individuales y derechos colectivos”. p. 59

⁷⁵ Ver Kymlicka, “Derechos individuales y derechos colectivos”. p. 59

muestran que una variedad de derechos se otorgan a individuos, grupos, provincias o cuando la ocasión lo amerite⁷⁶.

3.3 EN COLOMBIA

En Colombia, la política multicultural ha girado en torno a estos tres derechos diferenciados en función de grupo. Estos derechos, tienen una característica común: ciertos grados de autoderminación. Kymlicka presenta el siguiente análisis sobre los derechos de autogobierno:

En la mayoría de Estados multinacionales, las naciones que los componen se muestran proclives a reivindicar algún tipo de autonomía política o jurisdicción territorial, para asegurarse así el pleno y libre desarrollo de sus culturas y los mejores intereses de sus gentes.⁷⁷

Los resguardos indígenas son una forma autonómica de organización que contempla en su interior la posibilidad de organizar sus estructuras políticas y de justicia. El artículo 286 de la Constitución Nacional establece que “son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”⁷⁸.

Los derechos de autogobierno confieren poderes a unidades políticas más pequeñas, de manera que una minoría nacional no puede ser desestimada o sobrestimada por la mayoría en decisiones que son de particular importancia para su cultura, como las cuestiones de educación, inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derechos familiar⁷⁹.

Sin embargo, desde 1991 se ha tramitado 17 veces la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) que de vida a lo dispuesto en el artículo 286. La ley orgánica tenía las intenciones de regular un proceso de cambio que empezaría con la descentralización y desembocaría en unos modos de ordenamiento autónomos teniendo en cuenta condiciones geográficas, culturales y sociales. Dejaba abierta

⁷⁶ Kymlicka cita el caso de Canadá para contextualizar los derechos que tienen los francófonos, los quebequenses, en diferentes casos prácticos: derechos lingüísticos, pero también derechos a enviar a sus hijos a escuelas francesas sólo si hay un número suficiente de niños que lo justifican, entre otros. En algunos momentos se aplican al grupo en particular –los francófonos– en otras ocasiones a los individuos y en otras ocasiones a pequeños grupos dentro de ese grupo mayor –las escuelas para niños.

⁷⁷ Ver Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural*. p. 47

⁷⁸ Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá. 1991.

⁷⁹ Ver Kymlicka, “Derechos individuales y derechos colectivos”. p. 61

muchas posibilidades para que territorialmente la organización resultara eficaz a nivel económico, político y cultural. En esa medida, las regiones no sólo crearían ordenamientos eficientes, también contribuirían a la construcción de identidades. La ausencia de la ley, no sólo afecta las formas de organización indígena, toca un tema más grueso como son las nociones sobre el ordenamiento territorial que Colombia necesita, tema que no compete a esta monografía.

Los derechos poliétnicos “tienen como objetivo ayudar a los grupos étnicos y a las minorías religiosas a que expresen su particularidad y su orgullo cultural sin que ello obstaculice su éxito en las instituciones económicas y políticas de la sociedad dominante”⁸⁰ La Constitución Política desarrolla en varios artículos las garantías para que los pueblos indígenas y otras minorías se desarrollen según sus costumbres y formas de vida. El artículo 10, por ejemplo, instaura el castellano como lengua oficial, pero reconoce que dialectos de grupos étnicos sean oficiales en sus territorios. Y por último, los derechos de representación versan sobre el acceso real de miembros de minorías étnicas en cargos de representación popular. En Colombia rige el principio de representación proporcional y para el caso indígena hay unas circunscripciones especiales.

Los derechos especiales de representación para un grupo dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad hacen menos probable que una minoría nacional o étnica sea ignorada en decisiones que afectan globalmente al país⁸¹.

El reconocimiento paulatino es un avance importante en la definición de una política multicultural que reconozca otras culturas y formas de vida. En parte motivado por las constantes demandas de las minorías nacionales y grupos indígenas y otro tanto por la codificación del derecho internacional. Este último ha hecho esfuerzos importantes para definir criterios en relación con el tema indígena. Sin embargo, los alcances han sido interpretados de diversas formas. Los radicalismos entre grupos han llevado a considerar que la autodeterminación mencionada en normas internas y en convenciones internacionales, como el Convenio 169, es absoluta. Estas nociones, profundizan las diferencias haciendo que sus posturas no

⁸⁰ Ver Kymlicka. *Ciudadanía Multicultural*, p. 53

⁸¹ Ver Kymlicka, “Derechos individuales y derechos colectivos”. p. 61

sean negociables. Por el contrario, lo ideal, es abonar el camino, para que las diferencias entre las minorías étnicas y la cultura societaria dominante se reduzcan, conjugando caminos comunes. Para reafirmar esta tesis es importante remitirse a lo que Kymlicka llama derechos sustantivos de autonomía y autodeterminación.⁸² Autodeterminación entendida como “la autonomía interna en vez de la consecución de un Estado independiente.”⁸³ Esto implica interacción más que aislamiento:

La autodeterminación no consiste en preservar el aislamiento cultural o un modo de vida estático, sino más bien en garantizar unos justos términos de interacción, así como en permitir que los pueblos indígenas puedan decidir por sí mismos cuándo y cómo asumir préstamos de otras culturas⁸⁴.

Los derechos efectivamente otorgados, no deben buscar la exclusión y el aislamiento como objeto de la política. Por el contrario, parte del reconocimiento, la inclusión y el conocimiento mutuo. Si los acercamientos entre grupos indígenas y cultura societaria dominante fueran sustanciales, las posturas se flexibilizarían y el campo de negociación mejoraría considerablemente.

Los radicalismos provienen del desconocimiento. ¿Cuál es el objeto de la consulta previa, si el gobierno llegará a imponer nociones preconcebidas sin lugar a la discusión? En la medida en que los grupos indígenas entiendan la cultura que los rodea, podrán a su vez, flexibilizar sus posturas. ¿Pierden los indígenas su esencia por utilizar celular, ir a la universidad o tomar cerveza? De ninguna manera, afirmarlo implicaría desconocer su cosmovisión y otros valores que pueden aplicar para los grupos minoritarios.

En repetidas ocasiones que los pueblos indígenas son ya participantes activos de estructuras sociales y políticas de mayor tamaño y que necesitan una forma de autodeterminación que les permite negociar en justos términos con el ancho mundo, en lugar de obligarles a permanecer aislados de él. Esto implica que las diferencias culturales entre los pueblos indígenas y la sociedad general disminuirán con el tiempo, ya que cada una de las partes aprende de, y se adapta a la otra⁸⁵.

⁸² Comparar Kymlicka, Will. “Teoría de los derechos indígenas”. En: *La Política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. 2003. p. 167 – 183

⁸³ Ver Kymlicka, “Teoría de los derechos indígenas”. p. 175

⁸⁴ Ver Kymlicka, “Teoría de los derechos indígenas”. p. 175

⁸⁵ Ver Kymlicka, “Teoría de los derechos indígenas”. p. 180

4. INDEFINICION DE UNA POLITICA MULTICULTURAL

Varios tópicos se han tenido en cuenta para analizar el estado del multiculturalismo en Colombia, partiendo de consideraciones específicas. Primero, las raíces históricas de los pueblos indígenas para justificar los derechos inherentes por la soberanía que han ejercido durante años en territorios ancestrales. Justificación válida, pero insuficiente por dejar de lado las consideraciones teóricas. Segundo, la raíz del problema, que obligó un caso de estudio concreto en busca de algún precedente que pudiera servir para establecer las bases de una política multicultural. Sin embargo, el anhelado precedente que se desprendía de pronunciamientos judiciales, se enfrascó en una figura técnica sin proponer instrumentos que pudieran aterrizar lo dicho políticamente con la Constitución de 1991. Tercero, un análisis socio jurídico que estableció la influencia en los fallos judiciales por parte de factores internos y externos que condicionan el pronunciamiento de los jueces. Y cuarto, la teoría política como herramienta que aclara la función real de los derechos diferenciados de grupo y el papel del Estado y de los pueblos indígenas en la definición de intereses para armonizar posiciones irreconciliables.

Todo lo anterior, ha mediado para que el tema indígena se vuelva cada día más complejo y difícil de afianzar. Las sentencias concretas que se analizaron, mostraron algunos atisbos por asimilar lo consignado en la Constitución de 1991, pero no generan un precedente claro que logre motivar políticas públicas adecuadas. La indefinición del conflicto en 1997, como consecuencia de la contradicción de fallos, no ha variado en los últimos años. La indefinición persiste y demuestra la falta de una visión adecuada por parte del Estado para sumir el tema.

Desde el derecho, el tema seguirá pendiente. Jurídicamente, tal como se demostró desde el análisis socio jurídico se recurrirá nuevamente a diferentes interpretaciones, según la conveniencia pública del momento, para mencionar sólo una variable. La solución política, la más adecuada, está en deuda y no se advierte iniciativa respecto al tema. Por eso, desde un inicio, se planteó la indefinición como

algo que no era producto sólo del tratamiento jurídico, sino de unos alcances políticos que no se supieron materializar correctamente.

Por el momento, la ley seguirá codificando algunas actuaciones respecto a los pueblos indígenas, pero no se atacará el fenómeno como debería ser: políticamente y generando la aceptación social suficiente para generar conversión respecto a un tema que sigue teniendo polarizaciones injustificadas.

5. CONCLUSIONES

- La indefinición del conflicto no responde únicamente a la contradicción de fallos de las altas cortes, por el contrario, se presume un compromiso muy amplio asumido con la Constitución de 1991. Los alcances políticos de la medida, no se contrarrestan con la dificultad de legislar en medio de tantos intereses. En medio de vacíos jurídicos, visiones políticas antagónicas y cosmogonías diferentes, la resolución del conflicto parece lejano.
- Las visiones antagónicas, del Estado por un lado y de los pueblos indígenas por el otro no son, como se ha creído, las únicas culpables de la indefinición del conflicto. Por el contrario, una alta dosis de responsabilidad recae en concepciones erróneas respecto al trato con los indígenas, que se ha creído debe ser de aislamiento.
- La conveniencia pública medió en el fallo del Consejo de Estado al sopesar dos opciones y tomar partido por la que creía era más conveniente a futuro para el Estado colombiano. Es probable, que la negación de los derechos indígenas, observados en el fallo, produjo mayor radicalización de las posturas. Y tal como lo mencionó la Corte Constitucional la ausencia del debido proceso no parece aportar a la legitimidad de una eventual exploración y explotación en tierras indígenas.
- Los derechos otorgados por parte del Estado y las posibilidades reales de disfrute dependen de mi inclusión dentro de una cultura común, que me permite tener una visión particular de esas prácticas comunes
- Las sentencias concretas que se analizaron, mostraron algunos atisbos por asimilar lo consignado en la Constitución de 1991, pero no generan un precedente claro que logre motivar políticas públicas adecuadas. La indefinición del conflicto en 1997, como consecuencia de la contradicción de fallos, no ha variado en los últimos años. La indefinición persiste y demuestra la falta de una visión adecuada por parte del Estado para sumir el tema.

- Los derechos efectivamente otorgados, no deben buscar la exclusión y el aislamiento como objeto de la política. Por el contrario, parte del reconocimiento, la inclusión y el conocimiento mutuo. Si los acercamientos entre grupos indígenas y cultura societaria dominante fueran sustanciales, las posturas se flexibilizarían y el campo de negociación mejoraría considerablemente.
- Los radicalismos provienen del desconocimiento. En la medida en que los grupos indígenas entiendan la cultura que los rodea, podrán a su vez, flexibilizar sus posturas
- Por el momento, la ley seguirá codificando algunas actuaciones respecto a los pueblos indígenas, pero no se atacará el fenómeno como debería ser: políticamente y generando la aceptación social suficiente para generar conversión respecto a un tema que sigue teniendo polarizaciones injustificadas.
- La unidad de Estado que pregonan desde las posturas liberales son válidas y reflejan un modo de pensamiento coherente en el que prevalece una forma de organización. Sin embargo, esa unidad de Estado, debe ir acompañada de una coherencia jurídica y de una legitimidad política. Sólo así, las políticas emprendidas tendrán aceptación.

BIBLIOGRAFIA

Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Panamericana, 1999

Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996

Kymlicka, Will. *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003

Santos, Boaventura de Sousa. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: ILSA, 1991

Santos, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998

Capítulos o artículos de libros

Arenas, Luis Carlos. “*Poscriptum*: sobre el caso u`wa”. En: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García (comp.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001. 143 - 157

Kymlicka, Will. “Democracia y multiculturalismo: Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal”. En: Rafael del Águila (et al). *La democracia en sus textos*. Madrid: Alianza editorial, 1998. 413 - 443

Kymlicka, Will. “El nuevo debate sobre los derechos de las minorías” En: Will Kymlicka. *La Política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003. 29 - 58

- Kymlicka, Will. “¿Es necesaria una teoría liberal de los derechos de las minorías? Respuesta a Carens, Young, Parekh y Forst.” En: Will Kymlicka. *La Política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003. 73 - 96
- Kymlicka, Will. “Derechos humanos y justicia etnocultural”. En: Will Kymlicka. *La Política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003. 99 - 128
- Kymlicka, Will. “Teoría de los derechos indígenas”. En: Will Kymlicka. *La Política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Paidós, 2003. 167 – 183
- Kymlicka, Will. “Derechos individuales y derechos colectivos”. En: Will Kymlicka. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996. 58 - 75
- Sánchez, Beatriz Eugenia. “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. En: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García, (comp.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001. 5 - 141
- Santos, Boaventura de Sousa. “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”. En: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García, (comp.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001. 201 - 211
- Rodríguez, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”. En: Ducan Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Panamericana, 1999. 19 - 88

Artículos de publicaciones periódicas académicas

Burgos, Ana Cecilia. “Petróleo e indígenas en Colombia. Una mirada desde la seguridad humana”. *Desafíos*, Universidad del Rosario. No. 15 (II Semestre)

Artículos de publicaciones periódicas no académicas

Revista Semana. “Por qué el pueblo u`wa se niega a la exploración petrolera en su territorio”. Consulta realizada en marzo de 2007. Disponible en la página web: http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=101530

Otros documentos

Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá, 1991.

Corte Constitucional. “Sentencia 039 de 1997”. M.P.: Antonio Barrera C. Bogotá, 1997

Consejo de Estado. “Referencia expediente no. S-673”. M.P.: Libardo Rodríguez. Bogotá, 1997

Internet y bases de datos en línea

Organización Internacional del Trabajo. “Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales”. Consulta realizada en agosto de 2007. Disponible en la página web: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) “No todo está dicho”. Cabildo Indígena Cerro Tijeras. Consulta realizada en diciembre de 2007. Disponible en la página web: http://www.onic.org.co/a_educacion_not.shtml?x=2091

U`wa Colombia. <http://www.uwacolombia.org/riowa/index.htm>

Entrevistas

Entrevista a Libardo Rodríguez Rodríguez, director de la oficina de abogados Libardo Rodríguez, Realizada en Bogotá, 13 de diciembre de 2007.

Entrevista a Jaime Vidal Perdomo, director de la oficina de abogados Jaime Vidal, Realizada en Bogotá, 12 de diciembre de 2007.

Anexo 1. Entrevista. Libardo Rodríguez Rodríguez.

El Doctor Libardo Rodríguez fue magistrado ponente de la sentencia que negó la acción de nulidad contra la licencia ambiental proferida por el Ministerio del Medio Ambiente. Ex magistrado del Consejo de Estado, profesor universitario y autor de libros académicos sobre derecho administrativo y estructura del Estado colombiano. Actualmente dirige su oficina de abogados.

1. ¿Cuál es su opinión respecto a los pasos que se dieron con la Constitución de 1991 con relación al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana?

La Constitución de 1991 dio unos pasos importantes en el sentido de proteger los derechos de diversos grupos sociales minoritarios entre ellos el de los grupos indígenas. Una de las expresiones, una sola, porque hay diversas expresiones para garantizar el tema indígena, es el de la necesidad de consultarlos. La consulta es algo muy novedoso y es un avance sin duda alguna y hace parte de algo más genérico: la participación ciudadana en la toma de las decisiones. El problema surge cuando aparecen visiones políticas extremas que buscan la garantía absoluta de los derechos, en este caso de los indígenas. Eso implicaría que los sectores protegidos puedan definir por si mismos sus derechos, sin embargo, no percibo que esa garantía absoluta entendida en esos términos, sea el espíritu de la Constitución; las competencias están atribuidas a las autoridades, por lo tanto, en la medida en que se establecen mecanismos para que los interesados puedan participar en la elaboración de una medida, es claro que esa idea no puede llevarse hasta el punto de pretender que los interesados sean los que tomen la decisión. Allí es donde aparece de entrada una discusión política digamos un poco desgastante, porque la pretensión absoluta desde el punto de vista jurídico no tiene sentido. Inclusive la Corte Constitucional tampoco llegó a considerar que la eficacia de la consulta implicara que los actos que se expedieran tuvieran que estar acordes con la opinión de los consultados. La discusión con la Corte Constitucional es un tema menos extremo: la eficacia de la consulta, pero no entendida como un acto que tenga que estar acorde con la opinión de los consultados. La Corte Constitucional no llega hasta ese extremo, y no podría, porque implicaría desconocer toda la estructura del Estado, que en últimas

es quién tomas las decisiones. El Consejo de Estado no considera de ninguna manera que la consulta no tiene mayor valor, por el contrario en la mencionada providencia deja muy claro que esa consulta es indispensable. Desde el punto de vista jurídico, estas consultas obligatorias, no quieren decir que el contenido de lo consultado se vuelva obligatorio, es obligatorio realizar la consulta, es decir, el Estado no puede tomar una decisión sin haber realizado previamente la consulta. Pero de ninguna manera esta maniatado por la opinión de los consultados, porque si así fuera, la consulta no tendría sentido porque la competencia sería de ellos para tomar la decisión.

En el fondo, la diferencia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no es tan grande. La Corte Constitucional dijo que en las circunstancias en las que se llevó a cabo la consulta no se cumplía realmente con los requisitos establecidos, mientras que el Consejo de Estado afirmó que la consulta si se realizó así en muchas ocasiones los consultados decidieron no participar; los consultados fueron citados según lo establecen las normas. Ese sería otro tópico: ¿Cuándo los consultados se niegan a participar entonces la consulta se anula? No tendría sentido, porque bastaría que los consultados se negaran a participar cuando consideraran que la autoridad va a tomar una decisión que no les favorece, así las cosas la competencia no se podría ejercer.

El análisis que hizo el Consejo de Estado fue que la consulta como mecanismo se realizó, hubo expresiones, no fue silencio absoluto de los consultados, inclusive uno de los voceros dejó constancia, de tal manera que lo que el Consejo de Estado consideró es que la consulta si se había desarrollado y se había cumplido el requisito. En contraposición la Corte Constitucional consideró que el proceso de consulta debía realizarse nuevamente pero porque consideraba que no se cumplieron todos los requisitos de la consulta.

2. En esa medida, ¿Hay suficientes derechos otorgados a los grupos indígenas? ¿Cuál es el estado actual de los derechos de los grupos indígenas en Colombia?

Es muy difícil de establecer si hay o no unos derechos suficientes. Pero se puede considerar un avance importante con la Constitución de 1991. Por supuesto, no es una garantía absoluta la que se plasmó en la Constitución, porque ningún derecho esta garantizado de manera absoluta, eso sería muy difícil. Pero hay un paso importante. Temas como los derechos de representación y la

pregunta es: ¿es suficiente? ¿Tener 2 senadores o 4 o 6? Problema que atañe a los politólogos. Hay un progreso importante con la Constitución y con las normas que han desarrollado estos derechos. Por supuesto, la efectividad de esos derechos debe mirarse dentro del marco de esos avances que se han hecho siempre con un análisis razonable, sin pretender que sean dados como una garantía absoluta. En un Estado la discusión sobre esos derechos absolutos casi nunca se llega a resolver. Por ejemplo, el derecho a la vivienda digna, no llega por supuesto al ideal absoluto que la Constitución prevé, entonces diríamos que la Constitución no sirve porque todas las personas que deberían tener vivienda digna no la tienen, ese es un problema del proceso de evolución política. Y hay otros temas más, como la justicia indígena, que como los anteriores es muy complejo, en la práctica es muy difícil de aplicar y en unos casos ha funcionado y en otros no ha tenido éxito.

3. Que podríamos esperar en relación con el tema indígena: ¿pragmatismo al momento de tomar decisiones por parte del gobierno para realizar exploraciones o respeto por la diversidad étnica? ¿Se podría pensar en una armonización de intereses?

Hay de las dos cosas. Hay un avance en ese sentido. Antes las concepciones del Estado estaban casi exclusivamente en el interés general del Estado, hoy sigue predominando el interés general del Estado pero con un margen de garantías para esos intereses particulares. Lo que no se puede esperar, es cambiar el interés del Estado para que se dispongan de los intereses particulares digamos en función de grupos. Finalmente lo lógico es que predominen los intereses del Estado; la garantía de esos otros intereses depende de pasos que se van dando. Un gran paso fue la garantía constitucional con unos instrumentos prácticos concretos. Por ejemplo la participación con la opinión en la consulta, es una garantía relativa, pero no es despreciable, antes no había derecho a la opinión de los interesados. Dentro de la visión del Estado se puede pensar como hacer para que esa opinión cada día tenga mas fuerza. Esa visión debe traducirse en instrumentos jurídicos. Se pueden en dar pasos pero con una racionalidad, siempre sin pretender pensar que los intereses de grupo dentro del Estado puedan imponerse finalmente al Estado, esa visión yo no la comparto.

4. Cambiando un poco de tema ¿Considera que en la decisión de un juez media alguna carga de tipo ideológica, económica y política?

El derecho no es claramente objetivo, entre otras cosas porque esta tanto creado como aplicado por seres humanos. Sin embargo, la idea de decir que el derecho no es totalmente objetivo ha servido para debilitar un poco la función del juez: si el juez toma una decisión en un sentido se presta para que digan que esta favoreciendo a cierto sector pero si la toma en el otro sentido se dirá que hubo presión del otro sector. Esa no es una reflexión que produzca resultados en los valores jurídicos muy positivos. ¿Por que? Porque siempre hay que luchar porque el juez, que es un ser humano sometido a todas esas presiones, tenga las posibilidades y las capacidades no solo desde el exterior sino desde el mismo de resolver los casos con criterio jurídico. El derecho es para poder establecer unas reglas de juego dentro de los diversos intereses que hay en la sociedad, pero no podría pensarse que las decisiones del juez son producto del juego de esos intereses. Ese juego de intereses sirve más para la creación del derecho mismo más que para su aplicación. El juez está sometido a un marco que ya la sociedad discutió políticamente. No es un simple aplicador de las normas, pero tampoco es un juez político, las decisiones políticas están radicadas en otros sectores de la sociedad.

5. ¿Qué opina de la propuesta del magistrado Escobar Gil a propósito del “choque de trenes” para que la Corte Suprema conozca de las tutelas contra sus propias sentencias, con el fin de que no sean decididas por otros jueces diferentes?

Soy partidario de la decisión original de la Corte Constitucional en el sentido de que no debe haber tutela contra sentencia judicial. Sin embargo, la Corte Constitucional dejó abierta la puerta de las vías de hecho y por esa puerta la decisión original ha perdido realidad. No debería haber tutelas contra sentencias. Respecto a la propuesta del Magistrado Escobar, considero que si es una formula que puede de alguna manera resolver ese tema que le ha causado grandes perjuicios al sistema jurídico colombiano. He insistido en que hay que buscarle una salida y que una salida no puede basarse en la presunción de que una de las dos opiniones tiene la razón absoluta. Dentro de ese marco, me parece que esa puede ser una solución: hay tutelas contra sentencias

pero esa tutela la debe resolver el mismo juez o el superior cuando hay superior de juez, ese puede ser un mecanismo intermedio.

La pretensión de creer que hay jueces que no son garantía real de los derechos fundamentales y por el contrario que existen otros jueces especiales que sí son garantía de los derechos fundamentales es una distinción absurda y que ha traído muchos problemas. Entre otras cosas porque el juez de tutela, salvo la corte constitucional, es el mismo juez que está resolviendo otros temas. El juez de tutela, en las instancias normales, es el que está resolviendo otros temas con más limitaciones. El juez de tutela tiene muchas limitaciones: no es especializado en el objeto de la tutela, tiene que resolver en términos muy rápidos -tema que es positivo para algunas cosas, pero también problemas, pretender definir muy rápido no es tan positivo, una de las garantías de las decisiones judiciales es ser tranquila, pero tampoco que se demore mucho-, es bueno quitarse esa presunción sobre que los jueces normales no garantizan y que el juez de tutela sí garantiza, eso ha traído más problemas.

Anexo 2. Entrevista. Jaime Vidal Perdomo.

El Doctor Jaime Vidal Perdomo fue conjuer de la sentencia de la Corte Constitucional que falló a favor de los intereses indígenas. Profesor distinguido de la Universidad del Rosario y autor de libros, ponencias y artículos sobre diversos temas de derecho y ciencia política. Actualmente dirige su oficina de abogados.

1. ¿Cuál es su opinión respecto a los pasos que se dieron con la Constitución de 1991 con relación al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana?

La Constitución de 1991 dio unos pasos importantes, pero en algunos momentos se pensaría que resulta un poco elusiva porque en la práctica el tema es muy complejo. Sin embargo, no es un problema exclusivo de Colombia, por el contrario existe a lo largo y ancho de América problemas semejantes, igual de complejos. Es muy complicado definirse entre dos intereses que claramente entran en contradicción. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han adoptado algunas posturas que pueden aclarar un poco el panorama, pero son aproximaciones, no existe como tal un mecanismo que permita resolver un conflicto como este. Las apreciaciones del Consejo de Estado han sido en alguna medida de un corte mas procesal, teniendo en cuenta que la no exploración tiene un costo muy alto para el Estado colombiano.

2. ¿Usted considera que puede haber una armonización de estos intereses entre la exploración y los intereses indígenas?

Ambos son intereses respetables y ese fue el compromiso de la Constitución de 1991. En esa medida, ante los casos concretos debe haber un equilibrio, porque de ninguna manera se puede escoger un interés y desdeñar el otro.

3. Entonces, ¿Cual cree que es el paso a seguir? En este momento hay una indefinición del conflicto, en ese caso ¿que podríamos esperar en relación con el tema multicultural?

La Constitución es clara, pero en determinadas circunstancias proteger estos derechos de manera absoluta es imposible. Tomar partido de manera rotunda es muy difícil. La definición es más política que jurídica. Sin embargo, no creo que tampoco a nivel político haya un consenso para decir escuetamente que se prohíbe la exploración cuando de por medio hay otros intereses. Son problemas de hecho muy difíciles de regular jurídicamente y desde el derecho no se percibe una solución clara.

4. Considera entonces que la Constitución prometió mucho y cumplió poco

Diversos sectores del país se entusiasmaron mucho y se interesaron en presentar la Constitución como una salvaguardia de todo. Hubo mas planteamiento político, que realmente aplicación jurídica de las normas, situación que generan situaciones como la planteada con el tema indígena. De ahí que sectores radicales tengan la propuesta de una nueva Constituyente.

Entrevistador: una un poco mas aterrizada a la realidad del país...

JVP: Es posible, teniendo en cuenta que no son sólo buenos propósitos consignados en una norma, teniendo en cuenta otras consideraciones.

5. Para finalizar ¿Considera que en la decisión de un juez media alguna carga de tipo ideológica, económica y política?

Percibo que puede haber más interpretación que presión sobre los jueces. Decisiones como estas son producto de la misma ambigüedad y dificultad del tema. Son temas con una frontera muy delgada que da para debates como el suscitado entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.