



[enlace de descarga directa] [ver más artículos]

Revista de Estudios Sociales

ISSN: 0123-885X

res@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Figuera Vargas, Sorily; Ariza Lascarro, Andrea  
Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico  
colombiano  
Revista de Estudios Sociales, núm. 53, julio-septiembre, 2015, pp. 65-76  
Universidad de Los Andes  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81540730006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano\*

**Sorily Figuera Vargas\*\* – Andrea Ariza Lascarro\*\*\***

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2014 · Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2015 · Fecha de modificación: 14 de mayo de 2015

DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res53.2015.05>

**RESUMEN** | El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sufrido en los últimos veinte años una transformación y renovación en lo que atañe a los indígenas, adjudicándoles a éstos una serie de prerrogativas, como un estatus propio dentro del Derecho Internacional Público, bajo la categoría de pueblos. De esta manera, las implicaciones de ostentar la condición y el reconocimiento como pueblo conducen necesariamente a la autodeterminación como derecho imputable a estos grupos humanos. Ahora bien, pese a este reconocimiento, actualmente muchos pueblos indígenas continúan siendo marginados dentro de los Estados latinoamericanos. En algunos países de la región, por ejemplo, se continúan otorgando cuantiosas concesiones a transnacionales dentro de los territorios de sus pueblos indígenas, sin realizar el idóneo procedimiento de Consulta Previa que contemplan las legislaciones internacionales y nacionales, desconociéndose, así, el derecho a la autodeterminación de estos colectivos. Frente a esta problemática, se estimó pertinente analizar hasta qué punto el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas está siendo protegido dentro del Estado colombiano, para lo cual se desarrolló una investigación cualitativa con análisis documental. En tal contexto, este estudio arrojó como conclusión fundamental la inexistencia de una verdadera regulación que garantice eficazmente la autodeterminación de los pueblos indígenas en Colombia. Y resulta cuestionable, incluso, la existencia de un verdadero pluralismo jurídico dentro de este Estado, en los términos a los que parece referirse el Art. 1 de la Constitución Política de 1991.

**PALABRAS CLAVE** | Autodeterminación, libre determinación, pueblos indígenas, Colombia.

## The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Colombian Legal System

**ABSTRACT** | International Human Rights Law has undergone a transformation and renovation in the past twenty years with respect to indigenous groups, awarding them a series of prerogatives such as a status of their own in International Public Law, under the category of peoples. In this way, the implications of having the condition of and being recognized as a people necessarily lead to establishing self-determination as a human right of these groups. However, despite this recognition, many indigenous peoples continue to be marginalized within Latin American states today. For example, some countries of the region continue to grant transnationals large concessions within the territories of their indigenous peoples, without going through the procedure of Prior Consultation as stipulated in international and as well as in national laws, thus ignoring the indigenous peoples' right to self-determination. In the face of this problem, it was considered important to analyze the extent to which said right is being protected within the Colombian state, and a qualitative research project

\* Este artículo hace parte de la agenda de investigación sobre “La autodeterminación política y jurídica del pueblo indígena Mokaná del departamento del Atlántico (Barranquilla-Colombia): Análisis, verificación y propuestas”, N° 20140022. Aprobada su financiación en la XII convocatoria interna de investigación: Modalidad Agendas de I+D+I de la Universidad del Norte. Julio 2014-septiembre 2015.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesora investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte (Colombia). Miembro del grupo de investigación “Derecho y Ciencia Política (GIDECP)” de la misma Universidad. Entre sus últimas publicaciones se encuentran: *La jurisdicción especial indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano*. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, 2015, y *Los derechos humanos y el interés superior de los niños indígenas en el marco de algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia*. En *Derechos Humanos: una mirada transdisciplinaria*. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, 2014. Correo electrónico: sorilyf@yahoo.com

\*\*\* Abogada de la Universidad del Norte (Colombia). Miembro del grupo de Litigio de Interés Público de Universidad del Norte (Colombia) y del grupo de investigación “Derecho y Ciencia Política” (GIDECP) de la misma Universidad. Entre sus últimas publicaciones se encuentran: La construcción del concepto de control de convencionalidad. *Actualidad Jurídica* 6 (2014): 23-32. Correo electrónico: aaariza@uninorte.edu.co

with documentary analysis was undertaken for that purpose. In this context, the fundamental conclusion reached in the study was the absence of any real regulation to effectively guarantee the self-determination of indigenous peoples in Colombia. In fact, the very existence of true legal pluralism in the terms described in Article 1 of the Political Constitution of 1991 comes into question.

**KEYWORDS** | Self-determination, free determination, indigenous peoples, Colombia.

## Direito à autodeterminação dos povos indígenas no ordenamento jurídico colombiano

**RESUMO** | O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem sofrendo, nos últimos 20 anos, uma transformação e renovação no que refere aos indígenas, conferindo a estes uma série de prerrogativas, como um status próprio dentro do Direito Internacional Público, sob a categoria de povos. Dessa maneira, as implicações de ostentar a condição e o reconhecimento como povo levam necessariamente à autodeterminação como direito imputável a esses grupos humanos. Embora haja esse reconhecimento, atualmente muitos povos indígenas continuam sendo marginalizados dentro dos Estados latino-americanos. Em alguns países da região, por exemplo, continuam sendo outorgadas concessões a transnacionais dentro dos territórios de seus povos indígenas, sem realizar o idôneo procedimento de Consulta Prévia que as legislações internacionais e nacionais preveem e é desconhecido, assim, o direito à autodeterminação desses grupos. Diante dessa problemática, estimou-se pertinente analisar até que ponto o direito à livre determinação dos povos indígenas está sendo protegido dentro do Estado colombiano; para isso, desenvolveu-se uma pesquisa qualitativa com análise documental. Nesse contexto, este estudo teve como conclusão fundamental a inexistência de uma verdadeira regulamentação que garanta eficazmente a autodeterminação dos povos indígenas na Colômbia. Além disso, resulta questionável a existência de um verdadeiro pluralismo jurídico dentro deste Estado nos termos aos quais parece referir-se o artigo 1º da Constituição Política de 1991.

**PALAVRAS-CHAVE** | Autodeterminação, livre determinação, povos indígenas, Colômbia.

## Introducción

El presente documento tiene el propósito de ser una pieza académica que aporte al debate sobre el alcance de los derechos de los pueblos indígenas, en especial, como sujetos de la prerrogativa a la libre determinación en la esfera internacional de los Derechos Humanos y dentro de la legislación del Estado colombiano. Así las cosas, consideramos importante establecer desde el inicio que, a nuestro juicio, no existe un verdadero reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos en el Estado colombiano. Dicha postura ha sido tomada fundamentalmente a partir de los siguientes puntos: 1) la denominación de Colombia como una República pluralista es una idea insostenible, por cuanto existe un principio de supremacía constitucional que ha limitado el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, y 2) no se tiene una verdadera claridad conceptual sobre el alcance del derecho de autodeterminación de los pueblos, y este concepto es usado a menudo como sinónimo de autonomía y autogobierno de manera indiscriminada y errónea, y conduce a la desacertada creencia que, por el mero hecho de existir una jurisdicción indígena, el derecho está siendo respetado.

De esta manera, debemos entender que este documento busca realizar una defensa del derecho de autodetermi-

nación de los pueblos indígenas, dentro de un país que advierte ser un Estado social de derecho y una República plural. En tal sentido, afirmamos que en Colombia sí coexisten varios sistemas jurídicos, lo que, en últimas, debería implicar el derecho mismo de los indígenas a autodeterminar sus costumbres y devolverse como un pueblo auténtico.

## Del derecho de autodeterminación de los pueblos en Colombia como pilar del pluralismo jurídico: una referencia a los pueblos indígenas

El Derecho colombiano recibió en su historia reciente un cambio radical en su esquema de fuentes de derecho. La Carta Magna de 1991 supuso un cambio de norma abrupto que creó y trajo consigo una serie de reformas considerables a lo que se venía haciendo dentro del Estado, con fundamento en la antigua Constitución de 1886. De esta manera, al ser la Constitución un instrumento político, es evidente —sobre todo en el caso colombiano— la inserción de diversos conceptos que implican a veces términos excluyentes. Por ejemplo, Bonilla (2006) considera que “en el núcleo de la constitución de 1991 existe una tensión entre la

unidad y la diversidad cultural" (Bonilla 2006, 31). A nuestro entender, una evidencia de esas tensiones es la definición de Colombia como una República pluralista, en el artículo 1 de la Constitución Política de 1991 (en adelante, "CN"), y el Art. 4 de la CN, que establece el principio de supremacía constitucional.

La palabra "pluralista", dentro del artículo 1 de la CN, alude sin duda alguna a la corriente del pluralismo jurídico, que, a su vez, sostiene Dupret "ha sido concebido como algo muy existencialista y culturalista" (2007, 15). Añadiendo Cabedo que en América Latina, sin perjuicio de no ser el único continente, el tema del pluralismo jurídico —al menos en su visión clásica— "viene representado por el Derecho de los pueblos indígenas sobre lo que se impuso, primero en la época colonial, el Derecho de los españoles y portugueses y, tras la descolonización, el derecho oficial de los nuevos Estados" (Cabello 2012, 16).

Pensar en el pluralismo jurídico como teoría ha sido una de los grandes debates de la sociología del derecho contemporánea, ya que, en términos de Griffiths (2007), éste "es el conjunto de ideas sobre la naturaleza del derecho y su lugar en la vida social" (2007, 148). Luego, necesariamente la pregunta sobre el pluralismo lleva de modo implícito a sentar posturas sobre el concepto y naturaleza del derecho, así como sobre lo que puede o no considerarse como pluralidad de sistemas jurídicos.

Respecto a la cuestión del pluralismo, Griffiths (2007) nos ofrece una interesante propuesta, que vale la pena resaltar, donde indica que se está en presencia del pluralismo jurídico cuando "el derecho y las instituciones jurídicas no son totalmente subsumibles dentro de un sistema, sino que tienen sus orígenes en las actividades autorregulatorias de los múltiples campos sociales presentes" (Griffiths 2007, 214). Autores como Yrigoyen sostienen, además, que este término representa la coexistencia dentro de un mismo Estado de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, fundamentados en aspectos culturales, ideológicos, geográficos, políticos, o por diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales (Yrigoyen 2004, 173-174).

Así pues, en cuanto a la categoría del pluralismo, para diversos antropólogos y sociólogos, como Engle, existen a) un pluralismo débil o clásico, desarrollado en espacios coloniales, donde "una nación imperialista, equiparaba con un sistema jurídico codificado y centralizado, imponía este sistema a sociedades de sistemas jurídicos distintos" (Engle 2007, 98) y b) un pluralismo fuerte o contemporáneo, que alude normalmente a países desarrollados, donde las discusiones "se centran en el rechazo a la atención predominante a la ley que prestan los estudios tradicionales de los fenómenos jurídicos, argumentando que no todo derecho ocurre en los tribunales" (Engle 2007, 98). Nuestra idea de plura-

lismo, nos referimos al del artículo 1 de la CN, obedece a un concepto clásico del mismo, dado que la discriminación en países como los de América Latina responden a una perpetración histórica de la cual fueron víctimas los aborígenes en el período colonial (Hernández 2012).

Se ha llegado a afirmar que si algo define al pluralismo jurídico clásico, repitiéndose con mayor frecuencia, es la idea de multiculturalidad. Ésta, junto al concepto de etnicidad, se conjuga para establecer que "dadas las particularidad raciales, culturales y religiosas, los sujetos o actores sociales se definen y definen los sistemas de organización normativa y social", lo que hace que se presenten fenómenos como "la aceptación o aparente legitimación del uso del derecho tradicional o nativo en algunas instancias de cotidianidad" (Hernández 2012, 155-157).

Lo anteriormente descrito es consonante con nuestro ordenamiento jurídico, donde, en razón de ese pluralismo al que se hizo alusión en el artículo 1 de la CN, encuentra su asidero el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena previsto en el Art. 246 de la CN, y demás derechos otorgados a estos pueblos.<sup>1</sup> No obstante, siguiendo a Hernández, cuando se da este tipo de legitimaciones aparentes, "no supone la entrega del poder jurídico-normativo a los grupos y sus actores sociales, sino una subordinación de las prácticas cotidianas a una doble normatividad. Por una parte el derecho tradicional y por otra el impuesto por el actor hegemónico" (Hernández 2012, 157). Un claro ejemplo, es el hecho de que, pese a existir un reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, ésta se encuentra, a su vez, supeditada a lo dicho en la Constitución y la ley.<sup>2</sup>

Académicos como De Sousa Santos (2009) plantean la existencia del pluralismo jurídico como una realidad innegable, al establecer que, pese "a lo que la teoría liberal hace suponer, las sociedades contemporáneas son jurídica y judicialmente plurales" (De Sousa 2009, 51). Luego, de acuerdo con este autor, habría que admitir que el pluralismo es una realidad constitutiva y no declarativa por parte del Estado, dado que no es el reconocimiento oficial lo que en últimas permite la pluralidad de sistemas jurídicos, sino su inminente existencia. Aunque, en sociedades como la colombiana, para la admisión de otro tipo de jurisdicción diferente, como la indígena, fue necesario que se consagrará constitucionalmente, y con ciertas limitaciones. Así lo ha admitido Figuera al

1 En este sentido, podemos tomar en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional colombiana, máximo intérprete y guardián de la Constitución colombiana, en sentencias como la T-236 de 2012 y la T-903 de 2009.

2 Al respecto, el mismo artículo 246 expresa esta limitación; de igual manera, el Art. 330 de la CN establece que el gobierno indígena se hará de conformidad con la Constitución y la ley, así como el Art. 4 de la Carta, donde se establece el principio de supremacía constitucional.

establecer que “el reconocimiento legal será el preludio para una coyuntura democrática” (2015, 28) dentro de la estructura de los países latinoamericanos.

Es cierto que podemos establecer la existencia de diversos sistemas jurídicos subyacentes en el Estado colombiano. No obstante, la prohibición de ir en contra de la norma constitucional, puntualmente, en el Art. 4 de la CN, donde se pregonó el principio de supremacía constitucional, se traduce en una restricción al reconocimiento del pluralismo dentro de la República, que pregonó el Art. 1 de la CN.

¿Dónde se encuentra entonces aquel pluralismo? En el caso de la jurisdicción indígena, al parecer queda en una mera aspiración normativa y programática. Así lo ha entendido Sánchez (2001), que con respecto al entendimiento de la diversidad en el ordenamiento jurídico colombiano plantea que “se acepta lo diferente siempre y cuando no contrarie unos principios universalmente válidos que han sido definidos por una sociedad mayor desde su propia cultura y que nunca han sido consultados con las sociedades minoritarias” (Sánchez 2001, 79). Sarmiento (2013), en esa misma línea, propone que “las prácticas ancestrales son objeto de protección siempre que guarden coherencia con el sistema de pensamiento y las instituciones jurídicas, que lo contienen, que por definición son identitarias con el mundo occidental contemporáneo” (Sarmiento 2013, 239).

De esta manera, la falsa coexistencia de sistemas jurídicos diferentes se vuelve un instrumento de perpetración de la discriminación y la marginalidad, puesto que, en últimas, la autonomía dada en pro de ese pluralismo, supuestamente reconocido siempre, se verá refrenada, al menos, por la norma constitucional.

Es en este punto donde debemos hacer una especial referencia, dado que la idea de una jurisdicción indígena propia y, en términos generales, la potestad de regular su vida en común en cuanto pueblos indígenas, si bien implican la coexistencia de sistemas jurídicos distintos —lo que evidencia lo dicho por De Sousa acerca del pluralismo como realidad—, no han de ser atribuidas en razón de un reconocimiento pluralista que se desprende del texto constitucional.

La capacidad de autogobernarse, de ser autónomas, y en general de elegir su propio devenir, no debería necesitar de la legitimación estatal para erigirse en un derecho propio de las comunidades indígenas. Es aquí, entonces, donde el derecho de autodeterminación o libre determinación se plantea como la razón de ser de la jurisdicción indígena. Luego, pues, el desconocimiento de esto implica un menoscabo de la integridad cultural de las comunidades indígenas y, en últimas, de su autodeterminación como pueblos.

Por todo lo anterior, consideramos que, en busca de una protección que garantice los derechos de las comunidades

indígenas presentes en nuestro país, es necesario clarificar el alcance del derecho a la autodeterminación y dilucidar cómo éste debe ser respetado, ya que emana principalmente de instrumentos de carácter internacional.

## La Autodeterminación de los Pueblos y Derecho Internacional

El discurso de los derechos humanos contemporáneo, en particular el de derechos relativos a las libertades civiles y políticas, ha tenido desde siempre un componente básico y una titularidad de carácter personal,<sup>3</sup> que ha implicado la aceptación de esta tesis por la gran mayoría de los Estados, y se materializa en instrumentos de carácter universal, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “el Pacto”), y, por supuesto, la Carta de las Naciones Unidas. No obstante lo anterior, existen derechos cuya titularidad no atañe exclusivamente a las personas, sino a categorías de compleja definición dentro del Derecho Internacional, como es el caso del derecho a la libre determinación de los pueblos.

El derecho a la libre determinación de los pueblos es de aquellos de ardua definición y cuestión. Las malas interpretaciones de las que ha sido objeto, y su utilización selectiva para la legitimación de causas normalmente políticas y secesionistas, han implicado que este derecho se torne confuso y genere sinsabores por doquier. Por esto, es importante reivindicarlo y darle un tratamiento especial, debido a que constituye la base del reconocimiento de las poblaciones indígenas como pueblos capaces de elegir su devenir.

Así las cosas, es cierto que el derecho a la autodeterminación, en su momento, implicó un componente de contenido político. Su antecedente inmediato —que se remonta a 1918—, antes de integrar textos de derechos humanos, fue el Principio de las Nacionalidades,<sup>4</sup> que encontró su asidero en las ideologías nacionalistas propias del período de entreguerras, y también, en la imposibilidad de reconciliar al Estado con la nación cultural, por lo que se consideraría lógico que las nacionalidades, entendidas como naciones no realizadas políticamente, reclamasen el acceso a su propia categoría de Estado (De Blas 1994). Sin embargo, la imposibilidad de definir el contenido del Principio, y su

3 No por nada, la Carta de la ONU, en su Preámbulo, establece que los pueblos firmantes se comprometen “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana [...]”, y así mismo, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que dichos derechos se desprenden de la dignidad inherente a las personas.

4 De dicho principio se dice que permeaba los catorce puntos del presidente Wilson promoviendo la independencia de las naciones de los Imperios Centrales que perdieron la Primera Guerra Mundial.

falta de consagración expresa en el Pacto de la Sociedad de Naciones, implicaron que “la aplicación del principio de las nacionalidades se centró exclusivamente en las naciones encuadradas en los Estados vencidos” (Ruiz Rodríguez 1998, 68), y lo que, en últimas, “fue una de las causas de la segunda guerra mundial” (Merladet 2011, 59). No obstante, el derecho de autodeterminación tiene una dimensión mucho más amplia, que ha superado estos tintes nacionalistas.

Uno de los grandes desafíos que enfrenta la definición de autodeterminación, como derecho, es precisamente que, pese a existir como un derecho formal protegido por el Derecho Internacional, la antigua relación de tintes nacionalistas degeneró en un entendimiento de la autodeterminación como una prerrogativa dada en el proceso de descolonización que sucedió a la Segunda Guerra Mundial, llevada al extremo de implicar la idea equívoca de secesión en todos los casos en los que se aplica. Esto lo podemos ver en los ejemplos ofrecidos por Ruiz Rodríguez (1998), a saber: la Carta de las Naciones Unidas (1945), en el párrafo 2 del Art. 1 y en el Art. 55;<sup>5</sup> la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales<sup>6</sup> (1960), en sus Art. 2 y 6; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 1; a la par del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), cuyo Art. 1 es idéntico al anterior; la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados (1970).<sup>7</sup>

Vale la pena entonces mencionar que, si bien es cierto que (atendiendo al derecho de autodeterminación contenido en el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) engloba la posibilidad de secesión, debemos entender en términos de Aparicio que, en cuanto a lo que se refiere a los pueblos indígenas, éste no es el ánimo de los reclamos por este derecho; al contrario, las manifestaciones por lo regular pugnan por el respeto de las fronteras estatales, demandando su derecho dentro del Estado (Aparicio 2009).

De esta manera, es evidente, con base en todo lo anterior, que el ejercicio de la autodeterminación

va mucho más allá, incluyendo a todos los pueblos (Figuera 2010). Es decir, que no sólo se predica de aquellos pueblos entendidos como naciones capaces de seccionarse de un Estado determinado, sino de todos los pueblos en general. Un ejemplo de esto es el Art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas (en adelante “la Declaración de los Pueblos Indígenas”), donde se establece la titularidad del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

Consideramos, entonces, que se nos ofrece una definición razonable de la libre determinación como “un derecho de un tipo específico de colectividad humana, unida por la conciencia y la voluntad de construir una unidad capaz de actuar en función de un futuro común” (Díaz Müller 1991, 58), por lo que es posible identificar dos tipos de aristas dentro de este derecho complejo:

- a) la “autodeterminación interna”, que consiste en el derecho de los pueblos a “decidir libremente su estatuto político en el plano del derecho interno;
- b) “la autodeterminación externa”, que consiste en el mismo derecho en el plano internacional, así como el derecho de los pueblos al desarrollo y a la libre disponibilidad de sus propias riquezas. (Ferrajoli 2006, 120)

Ambas caras de la autodeterminación comportan, por descontado, un reconocimiento de la capacidad de disposición, es decir, “en los distintos ámbitos que afectan su identidad y existencia como pueblo” (Jaramillo 2012, 50-51). Dicha disposición, a su vez, implica a) un componente político, expresado en la necesidad de tener libertad para decidir su propia forma de gestión y el reconocimiento del mismo dentro de los Estados, y b) un componente económico, que se dará sólo en la medida en que dichos pueblos dispongan libremente de la administración de sus recursos y sean responsables de su propio desarrollo.

No obstante, el reto está no sólo en la materialización de lo anterior, sino, además, en la determinación de los sujetos que pueden acogerse a este derecho, dado que actualmente es posible establecer —atendiendo a lo dicho por la Corte Internacional de Justicia en las Opiniones Consultivas del 21 de junio de 1971,<sup>8</sup> del 16 de octubre de 1975<sup>9</sup> y del 9 de julio de 2004,<sup>10</sup> así como en el Caso de Timor Oriental (Portugal vs. Australia),

5 Consultar Documento explicativo de la Carta de las Naciones Unidas (Doc. 343 I/1/16. Vol. VI, p. 296).

6 Ver Resolución 1514/15/ de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1960.

7 Consultar Resolución 2625 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 24 de octubre de 1970. Otros ejemplos de dicho derecho que no son ofrecidos por el autor, y que podrían reseñarse, son: la Carta Africana de Derechos Humanos (1981), la Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993), e incluso, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) habla de la autodeterminación de los pueblos.

8 Opinión consultiva del 21 de junio de 1971. Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Suroriental), Párrs. 53 y 52.

9 Opinión consultiva del 16 de octubre de 1975. Caso relativo al Sáhara Occidental, Párr. 162.

10 Opinión consultiva del 9 de julio de 2004. Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado. Párr. 88.

en 1995<sup>11</sup>—que la libre determinación de los pueblos obedece a un verdadero derecho de carácter *erga omnes*.

### El problema conceptual del término *pueblo*: concepto dinámico vs. concepto estático

La discusión académica sobre el concepto *pueblo* supone un especial interés, porque engloba en sí la potestad de ser titular de autodeterminación. Algunos autores han planteado la relación entre el concepto *pueblo* y la dimensión externa de la autodeterminación, y, a su vez, han establecido la dificultad que supone la definición del término *pueblo*, dado que es un concepto camaleónico (Jaramillo 2012).

A ciencia cierta, el concepto *pueblo* nunca ha sido definido con precisión dentro del Derecho Internacional. Su primera irrupción en esta disciplina —hemos reseñado con anterioridad— se produjo con ocasión de la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas, en los Arts. 1.2 y 55; no obstante, sólo después del Pacto se convirtió en un verdadero derecho.

Martín López (2007) comulga con las mismas tesis que Jaramillo, al establecer que, en su concepto, “pueblo” es un término polisémico. Así las cosas, este autor trae a colación dos aproximaciones de lo que podría ser entendido como *pueblo*: 1) grupo social con características comunes y una identidad singular que lo hacen diferente a los otros o 2) comunidad humana que suma a la población de un Estado (Martín López 2007).

A nuestro entender, la primera definición resulta idónea, por cuanto reúne componentes necesarios para la identificación de este tipo de poblaciones; no obstante, entendemos que ciertamente esto podría implicar una confusión con el concepto de minorías, error en el que tradicionalmente se había incurrido para el caso puntual de los pueblos indígenas. De esta manera, comulgando con los anteriores autores,<sup>12</sup> consideramos que el término “pueblo” no obedece a un concepto estático que suponga una definición acertada dentro del Derecho, sino a un concepto cambiante, dinámico y polisémico.

De la misma manera, coincidimos con el profesor Anaya en cuanto a que “el término *pueblos* debe tener en cuenta el amplio espectro de parámetros culturales y pautas de sociabilidad que se dan de hecho en la experiencia humana” (Anaya 2005, 145). Por lo tanto, también consideramos, como él, que el término “pueblo” inmerso en los instrumentos de derechos humanos anteriormente reseñados, en virtud de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31, debe ser inter-

pretado de acuerdo con la buena fe, de conformidad con su objeto y su fin, que no son otros que la protección de derechos humanos, por lo que aceptar que las poblaciones indígenas pueden constituir pueblos no implica un desacuerdo, sino una garantía.

### Los indígenas como *pueblo* en el Derecho Internacional

A propósito de la Declaración de los Pueblos Indígenas de 2007, y la discusión de si los grupos humanos en estudio son o no un pueblo, ésta perdió valor cuando dicho documento proclamó, en su artículo 3, el derecho a la libre determinación que les asiste, por el solo hecho de ser indígenas (Figuera 2010, 106-112).

De igual manera, considera Anaya (2005) que dentro del Derecho Internacional existe un conglomerado de normas relativas a pueblos indígenas, que encuentran su fundamento en la autodeterminación. Sin embargo, si se trata de reseñar, fue en 1989 que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “la OIT”) por primera vez empleó el vocablo “pueblos” para referirse a las poblaciones indígenas, e incluso poblaciones denominadas tribales, llegando a proponer criterios para su identificación (Anaya 2005). Vocablos que han sido acogidos por tribunales internacionales,<sup>13</sup> al fallar sobre casos en donde se vulneraban los derechos de estos grupos humanos.<sup>14</sup> Sin embargo, es pertinente acotar que la aparición de los pueblos indígenas, en el ámbito internacional, como sujetos de protección, no se ha producido siempre bajo el rótulo de “pueblos”.

Antiguamente, refiriéndonos al tiempo en el que fueron promulgados los Pactos, los pueblos indígenas quedaban incluidos “en el ámbito de protección de las minorías” (Pigrau 2013, 74), en tanto que para la protección de sus derechos acudían, fundamentalmente, a los derechos a la igualdad y la libertad de culto; no obstante, si bien aún se amparan en este tipo de derechos para exigir ciertas prerrogativas, esta tradición ha sido superada al haberseles dado un tratamiento diferenciado dentro del Derecho Internacional. Por lo cual es necesario señalar, como hemos expresado con anterioridad, que los pueblos indígenas y las minorías obedecen a categorías diferentes, que, si bien es cierto requieren una protección especial reforzada tanto para los unos como para las otras, no parten de las mismas realidades.

11 Caso de Timor Oriental (Portugal vs. Australia). Fallo del 30 de octubre de 1995, Párr. 29.

12 Nos referimos a López y a Jaramillo, citados anteriormente.

13 Al respecto, pueden reseñarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

14 Pueden reseñarse en el Sistema Interamericano casos como Pueblo Saramaka vs. Surinam, Yakye Axa vs. Paraguay, Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, entre otros.

Existe una gran diferencia entre un pueblo y una minoría; se establece que, en esencia, el contraste radica precisamente en el derecho de autodeterminación que atañe exclusivamente a los pueblos. Si bien las minorías —que es otra de esas categorías cuyo concepto aún se debate en el Derecho Internacional— poseen derechos a la conservación de ciertos caracteres como su lengua, esto no engloba como tal todo el contenido de la autodeterminación (Summers 2007).

Así pues, la superación de la etapa de minoría cultural respecto a los pueblos indígenas se produjo gracias a instrumentos tales como el antiguo Convenio 107 de la OIT de 1957, y la Recomendación 104 de la LX Conferencia Internacional del Trabajo; que si bien contiene, en términos de Anaya (2005), tintes de políticas asimilacionistas, trajo consigo la idea de promoción del mejoramiento de las condiciones de las comunidades indígenas.

### **El derecho a la libre determinación referido a pueblos indígenas**

Habiendo presentado el contexto sobre la evolución del derecho de autodeterminación, y su potestad de ser adjudicado o predicado respecto a los pueblos indígenas, es necesario referirnos a lo que implica este derecho para este tipo de grupos humanos, con el ánimo de establecer qué lo compone, para su correcto ejercicio dentro de los Estados.

Con anterioridad, se expresó que la autodeterminación externa implicaba el ejercicio de dos potestades: económicas y políticas. Empero, consideramos que la libre determinación de poblaciones indígenas debe incluir necesariamente elementos culturales y, en vista de su estrecha relación con éstos, también elementos territoriales, para lograr un verdadero ejercicio. Dichos elementos fueron a su vez contemplados por la Declaración de los Pueblos Indígenas, en el artículo 5, como derechos que tienen los pueblos indígenas.

Oliva y Blázquez (2007) consideran que el derecho de autodeterminación es el sustento jurídico de todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esto, en razón a que, sin la posibilidad de escoger su propio devenir y el de su comunidad, no es posible ejercer los derechos que se tienen en conjunto. Así, estos autores identifican cinco aristas del derecho de autodeterminación que implican a su vez deberes colectivos que el Estado debe tutelar. Dichas dimensiones son: política, económica, cultural, territorial, y la propia del derecho, que abordaremos a lo largo de este aparte y que, veremos, están íntimamente ligadas entre sí (Oliva y Blázquez 2007).

La dimensión política del derecho a la libre determinación se encuentra también contemplada en la

Declaración de los Pueblos Indígenas, puntualmente, en el Art. 5 de la misma, y relacionada hasta cierto punto con el Art. 18. Su dimensión viene dada por la capacidad de las comunidades de autogobernarse, y su orientación, de acuerdo con los gobernados (Anaya 2005). Cornell (2006), al referirse al autogobierno como forma de superación de la pobreza, considera necesario que los indígenas puedan ejercitar la facultad de tomar decisiones, lo cual es un componente básico que inculca, también, la noción de responsabilidad dentro del pueblo indígena, supeditados a las consecuencias de normas que han establecido (Cornell 2006).

Si hablamos del componente económico del derecho de autodeterminación, varias son las disposiciones<sup>15</sup> de la Declaración de los Pueblos Indígenas que protegen esta potestad, que van de la mano con la dimensión territorial del derecho, que también se encuentra regulada<sup>16</sup> por el mismo instrumento. Esta arista contiene las potestades de ejercer las actividades que estimen pertinentes en su territorio, y, al mismo tiempo, los derechos a la consulta previa<sup>17</sup> y al consentimiento informado.<sup>18</sup>

No obstante, la más importante arista de todas las que componen la libre determinación, es, sin duda alguna, la dimensión cultural de dicho derecho, en razón a que la misma permea todas las anteriores, dando el carácter diferencial al pueblo indígena. De esa manera quedó estipulado de forma positiva dentro de la Declaración de los Pueblos Indígenas, en los Arts. 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 24, 25, 26.3, 27, 31, 33, 34, 36 y 40, una clara referencia a la protección de sus costumbres, tradiciones y rituales, para la conservación de su integridad como pueblo. De la misma manera, ilustran el vínculo indisoluble que tienen la tierra y la cultura para los pueblos indígenas.

Sobre el vínculo anteriormente expuesto, es importante traer a colación lo dicho por el Comité de Derechos Humanos en 1994, en relación con el valor cultural de la tierra, cuando establece en la Observación General No. 23<sup>19</sup> que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley” (Observación General No. 23, Párr. 7).

15 Pueden establecerse como tales los Arts. 20, 21, 32 y 39 de la Declaración de los Pueblos Indígenas.

16 Se reseñan los Arts. 24, 25, 26, 28 y 29 de la Declaración de los Pueblos Indígenas.

17 Al respecto, los Arts. 30 y 32 de la Declaración de los Pueblos Indígenas.

18 Podemos observar los Arts. 19 y 32 de la Declaración de los Pueblos Indígenas.

19 V. et. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994).

De esta manera, a nivel regional la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha hecho claridad respecto de esta relación entre la protección de la integridad cultural y las tierras, entendiendo que estas últimas hacen parte de la noción de cultura indígena. El caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) es un buen ejemplo de la forma como se cristaliza dicha relación, cuando la Corte IDH expresó:

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (Párr. 149)

Ahora bien, finalmente estudiaremos la dimensión como tal del derecho a la autodeterminación que asiste a los pueblos indígenas. Consideramos que implica, en términos generales, además de todas las anteriores características dadas, una obligación puntual de no discriminación por parte de los Estados donde se encuentran asentados estos pueblos.

El profesor Anaya (2005) considera que la no discriminación de los pueblos indígenas es la condición mínima para el ejercicio correcto de la libre determinación. Señala que, pese a que estos pueblos han sido tradicionalmente marginados, después del Convenio 169 de la OIT ya no es aceptable que se incorporen prácticas o instituciones que discriminen de manera negativa a estos sujetos, ni que los rotulen bajo el estatus de inferiores (Anaya 2005).

Frente al contexto antes señalado, concordamos con la visión de garantía mínima para el ejercicio de la autodeterminación y, asimismo, consideramos que existen dentro de la Declaración de los Pueblos Indígenas<sup>20</sup> normas que dan asidero a este estándar mínimo. Así pues, compartimos firmemente lo expresado por Oliva y Blázquez al establecer que “los pueblos indígenas empiezan a ser contemplados como sujetos activos, como agentes de cambio y participación social, como elementos valiosos e indispensables de una sociedad que reconoce la multiculturalidad” (2007, 243).

20 Al respecto, podemos reseñar las frases operativas 5, 9 y 18 y los Arts. 1, 2, 3, 8, 9, 14, 15, 16, 21, 22.2, 24.1, 29.1 y 46 de la Declaración de los Pueblos Indígenas.

## Reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas de la autodeterminación en Colombia

Habiendo ilustrado 1) sus implicaciones, 2) su carácter internacional, 3) los sujetos a los que les imputable y 4) sus cinco dimensiones en torno a la problemática indígena, es necesario adecuar la aplicación del derecho a la libre determinación a la realidad colombiana, particularmente porque es un país donde al menos el 3,43%<sup>21</sup> de su población es indígena, donde existen alrededor de 710 resguardos legalmente reconocidos, en 27 de sus 32 departamentos, y, además, es un Estado sobre el que diversos organismos internacionales han expresado su preocupación por la situación de los pueblos indígenas,<sup>22</sup> lo que eventualmente podría generarle responsabilidad internacional.<sup>23</sup>

El derecho a la autodeterminación de los pueblos, en términos genéricos, se encuentra garantizado en el artículo 9 de la CN; no obstante, el mismo parece estar sólo referido al antiguo concepto de *pueblo*, es decir, se igualan los *pueblos* a las *naciones*, toda vez que dicho articulado sólo se encuentra referido a los principios que gobiernan las relaciones exteriores del Estado colombiano. Empero, los artículos 7, 8 y 10 de la CN reconocen la diversidad étnica y la necesidad de protección de la misma, así como la protección de la riqueza cultural.

21 Según cifras oficiales del último censo nacional realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en 2005. <[http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad\\_estadistica\\_etnicos.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/visibilidad_estadistica_etnicos.pdf)>.

22 Al respecto, pueden reseñarse el Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia del 16 de marzo de 1999, en el marco del 55 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/8; Capítulo X del 3er Informe de Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia del 26 de febrero de 1999, OEA/Ser.L/V/II.102; Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia del 20 de enero de 2006. E/CN.4/2006/9; Informe de la Alta Comisionada para las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia del 5 de marzo de 2007. A/HRC/4/48; el Capítulo IV del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2008, Párr. 62, 87-101. OEA/Ser.L/V/II.134; Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia del 28 de febrero de 2009. A/HRC/7/39.

23 Colombia se encuentra sometida a la Competencia Contenciosa de la Corte IDH por violaciones a los instrumentos del Sistema Interamericano. Si bien es cierto que la Convención Americana no reconoce el derecho de autodeterminación dentro de su articulado, hemos expresado que este derecho contiene diversas aristas que deben garantizarse, que eventualmente sí podrían encajar dentro de los supuestos para la configuración de una violación a la Convención. Podrían vulnerarse, por ejemplo, si no se da un efectivo goce sobre el territorio; una violación al Art. 21 (Derecho a la Propiedad), si no se preservan sus tradiciones, rituales y demás manifestaciones culturales; Art. 5 (Derecho a la Integridad), etcétera.

De igual manera, el artículo 93 de la CN establece también la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno, por lo que acuerdos debidamente ratificados por el Estado colombiano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son plenamente aplicables en todos sus artículos, así como a lo que se refiere en el derecho a la autodeterminación. Así pues, también es importante acotar que Colombia, como Estado miembro de la Asamblea de las Naciones Unidas, aprobó la Resolución que dio origen a la Declaración de los Pueblos Indígenas, y además ratificó el Convenio No. 169 de la OIT, por medio de la Ley 21 de 1991.

Además, existen dentro de la Carta Política colombiana otras normas con disposiciones respecto a elementos que tradicionalmente obedecen a componentes del derecho a la autodeterminación anteriormente descrito. Podemos traer a colación el artículo 171 de la CN, donde se da la posibilidad de tener senadores indígenas; el artículo 286 de la CN, donde se establecen los territorios indígenas como entidades territoriales; así como el 321 de la CN, que establece la posibilidad de que los territorios indígenas o municipios circunvecinos puedan constituir provincias; el 329 de la CN, que da la posibilidad de crear entidades territoriales indígenas, así como la categorización de los resguardos como propiedad colectiva y no enajenable, y, finalmente, el artículo 330 de la CN, que dispone la organización territorial indígena, así como su posibilidad de elegir sus gobernantes. Empero, es necesario acotar que todos estos artículos se encuentran limitados por las garantías que establezcan la Constitución y la ley, lo que tiene su asidero —al menos, la limitación respecto a la Carta Magna— en el artículo 4 de la CN, que contiene el principio de supremacía constitucional.

Si hablamos en términos de normas, a manera de reseña, la Ley 89 de 1890 fue la primera en regular el tema de los cabildos y resguardos indígenas, siendo una ley de carácter especial, de la que aún siguen vigentes algunas de sus disposiciones, y que además sigue rigiendo, tal y como señala Figuera (2015), debido a “la ausencia de una ley que establezca reglas de competencia en materias internas de los pueblos indígenas” (Figuera 2015, 180).<sup>24</sup> En este sentido, luego de la Carta de 1991, una serie de regulaciones han aparecido, tales como el Decreto 1088 de 1993, donde se establece la potestad de formar asociaciones por parte de los Cabildos; el Decreto 804 de 1995, donde se disponen algunas normas relativas a la etnoeducación; el Decreto 2164 de 1995, donde se reglamenta la titulación de tierras indígenas; el Decreto 1396

de 1996, que crea la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas; el Decreto 1397 de 1996, mediante el cual se crean la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas; el Decreto 1320 de 1998, relativo a la consulta previa; el Decreto 982 de 1999, por medio del cual se crea la Comisión para el desarrollo integral de la política indígena; el Art. 2 de la Ley 649 de 2001, donde se establecen las calidades para ser escogidos candidatos a la Cámara de Representantes por las Comunidades Indígenas; el Art. 82 de la Ley 715 de 2001, donde se establece que los resguardos indígenas serán beneficiarios del sistema general de particiones; los Arts. 3 y 4 del Decreto 159 de 2002, que dictan disposiciones relativas al acceso al sistema general de particiones de los resguardos; el Art. 1 del Decreto 1745 de 2002, donde se dispone el acceso al sistema general de particiones para los resguardos que no se encuentren en divisiones municipales; el Art. 35 de la Ley 962 de 2005, que simplifica el trámite de asociaciones de cabildos; y la Ley 1381 de 2010, relativa a la protección de las lenguas y los dialectos de los pueblos étnicos.

Dicho esto, es cierto que en Colombia existe un amplio número de normas que regulan temas de los indígenas. No obstante, no existe una norma que afirme y contemple la autodeterminación de manera concreta. Incluso, podemos encontrar normas de las citadas anteriormente que ofrecen diversos ejemplos sobre cómo este derecho, además de no ser regulado de manera expresa, se ve diezmado en pro del citado principio de supremacía constitucional, y también, por el mismo articulado, como es el caso del Art. 330, en relación con el tema del diseño e implementación de planes de desarrollo económico, siempre y cuando éstos concuerden con el Plan Nacional de Desarrollo.

Otra de aquellas formas donde pueden evidenciarse la ausencia y confusión en lo concerniente al derecho de autodeterminación es, por ejemplo, lo referido al tema del derecho a la Consulta Previa, que se manifiesta como un derecho que es consecuencia de la potestad que tienen los pueblos indígenas de elegir su propio devenir. Como tal, es evidente, la inseguridad jurídica que se ha generado en torno a ese tema en Colombia, del cual podemos tener un referente desde la incorporación del Convenio 169 de la OIT. En dicho instrumento, la Consulta Previa se erige en un derecho de las comunidades indígenas de remarcada importancia, a efectos de evitar la asimilación y la discriminación de las que fueron víctimas los pueblos indígenas.

La Fundación para el Debido Proceso Legal (2011), respecto de la problemática de la Consulta Previa en Colombia, reseña diversos casos sobre cómo este derecho se ha visto vulnerado, en el caso de las comunidades indígenas. En efecto, por ejemplo, éste el caso del Pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, a quien

24 Vale señalar que la última modificación a dicha ley vino con ocasión de la sentencia C-463 de 2014, que declaró inexequible el Art. 11 restringiendo la potestad de los alcaldes municipales para dirimir controversias entre indígenas de una misma comunidad, o entre éstos y sus cabildos.

le fue vulnerado su derecho a la Consulta Previa, en razón de la expedición de una licencia ambiental para la construcción de la hidroeléctrica Urrá I; en este caso, la Corte Constitucional "había ordenado al Estado adoptar una serie de medidas de reparación por los daños causados, como realizar consultas con la comunidad para poder continuar con la realización de la obra y suspender el llenado del embalse" (Fundación para el Debido Proceso Legal 2011, 59).

Aunque los problemas persisten para esta comunidad, es claro que la omisión del Estado colombiano de realizar la Consulta Previa implica un verdadero desconocimiento del derecho de autodeterminación del Pueblo Embera-Katío, que, por ser el dueño de sus tierras, podía ser el único que determinara si la construcción de la hidroeléctrica Urrá I era lo mejor para su comunidad.

Sumado a esto, otro de los problemas que posee la definición de libre determinación en Colombia, y que la Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha intentado clarificar, es el tema sobre quiénes son los pueblos indígenas, y su derecho de autodeterminación en este país,<sup>25</sup> y para ello se ha acudido en todos los casos a los criterios señalados por la OIT en el Convenio 169, lo cual ha derivado en soluciones diversas. Para Ariza (2009), la falta de definición y lo cambiante de la jurisprudencia constitucional han derivado en la escogencia indiscriminada de criterios no del todo raciales, sino en función de tópicos diferentes como la permanencia en el territorio, la reproducción y conservación de un pasado, así como la inserción de un linaje para la categorización de indígena. A nuestro juicio, en últimas, esto representa un problema porque no podemos adjudicar un derecho de libre determinación a un pueblo si no podemos individualizar ni siquiera a los sujetos que lo conforman, por lo cual resulta urgente clarificar de manera certera dentro del Estado la política pública que dé una definición puntual de lo indígena.

Ahora, si se tomase en cuenta el panorama actual, es decir, si consideramos que los pueblos indígenas de Colombia sólo son aquellos legítimamente reconocidos por el Estado, estaríamos incurriendo en un yerro sumamente grave. Esto, en vista de que una de las mayores amenazas a las que se enfrentan estos pueblos, precisamente, es el no reconocimiento de la calidad de indígenas dentro del Estado colombiano<sup>26</sup> (Ariza 2013).

Para Borda y Mejía (2006), lo señalado anteriormente se constituye en una controversia, no sólo para quienes no se les ha reconocido dicha calidad, sino también para quienes la han perdido, lo cual pone de manifiesto el caso de los indígenas Mokaná, quienes perdieron su calidad de indígenas en 2001, al considerar la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior que era necesario realizar un nuevo estudio etnológico,<sup>27</sup> e igualmente resulta interesante el caso de los indígenas Zenúes, en cuya población, pese a gozar del reconocimiento estatal, sobrevive la necesidad de revindicar su carácter de *pueblo* (Borda y Mejía 2006).

Entonces, es posible ver que las implicaciones del problema de falta de definición son bastante significativas en torno al tema de la autodeterminación, pero a su vez, consideramos que la mayor dificultad que enfrenta la autodeterminación no es propiamente su ausencia de regulación, sino las confusiones en torno al ejercicio de tal derecho.

### **Autonomía, autogobierno y autodeterminación: problemas de definición en el Estado colombiano**

De la misma manera como antes se habló del problema que surgió en torno a lo variante de la jurisprudencia constitucional respecto al tema de la definición de *indígena*, ello no parece ser diferente en lo que respecta al tema de la autodeterminación como derecho propio de los pueblos indígenas colombianos.

Para empezar, a partir de sentencias como la T-324 de 1994 y la T-1022 de 2001, el discurso de multicultura y la pluriculturalidad ha hecho parte del lenguaje que se emplea cuando se están atendiendo asuntos relativos a derechos de indígenas. El reconocimiento y la inclusión de la diversidad hacen parte de la Carta de 1991, Art. 1, lo que no ha sido ajeno al Alto Tribunal Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional colombiana ha planteado en repetidas ocasiones que a los pueblos indígenas los asiste un derecho de autodeterminación.<sup>28</sup> Aunque en otras múltiples ocasiones se refiere a la autonomía y al autogobierno como derechos independientes,<sup>29</sup> que son imputables también a estos grupos humanos, así como en otras tantas iguala las

25 Puede tomarse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias T-254 de 1994, C-508 de 1994, T-934 de 1999, C-394 de 1995 y C-169 de 2001.

26 El autor, además, trae otros problemas que afectan el devenir de los pueblos indígenas que son interesantes de anotar, como es el caso del aumento exponencial de la locomotora minera, y el deseo de explotar las tierras de los resguardos, las ejecuciones extrajudiciales, el etnocidio y el desplazamiento forzado de estos pueblos.

27 Los Mokaná recuperaron su calidad de indígenas el 25 de mayo de 2006.

28 Pueden traerse a colación sentencias como la T-428 de 1992, la T-007 de 1995, la SU-510 de 1998 y la T-009 de 2013.

29 Con respecto a la autonomía, puede verse en la sentencia T-428 de 1993, el salvamento de voto de la C-058 de 1994, T-379 de 2003, T-1005 de 2008, T-049 de 2013. En lo que concierne al autogobierno, se toman como referentes T-428 de 1993 y T-552 de 2003.

tres instituciones.<sup>30</sup> Luego, ¿son la autodeterminación, la autonomía y el autogobierno equivalentes o, por el contrario, son independientes? Por descontado, nuestra opinión es que dichos conceptos, si bien están íntimamente relacionados, no son equiparables, pues sus lógicas obedecen, en todo caso, a una jerarquía.

A nuestro juicio, el derecho por excelencia de los pueblos indígenas es la libre determinación o autodeterminación; de este derecho, hemos establecido que se manifiesta en cinco dimensiones diferentes: territorial, económica, cultural, política, y la propia del derecho, las cuales ya hemos desglosado en apartes anteriores, ubicando al autogobierno como forma de desarrollo de la dimensión política. De hecho, la Corte Constitucional así lo ha reconocido.<sup>31</sup> Como también que la integridad cultural hace parte de la dimensión cultural de la autodeterminación.<sup>32</sup>

Ahora, si nos remitimos al campo de la autonomía, la problemática se agudiza. Tradicionalmente, se pensaría que ambos conceptos podrían ser usados como sinónimos. No obstante, su definición obedece a lógicas diferentes. La autonomía ha de entenderse como una facultad, es decir, una potestad otorgada a una comunidad o pueblo para autogestionarse, sin que ello implique la autodeterminación con todos sus componentes. La libre determinación se predica respecto a los pueblos como la capacidad de escoger su propio devenir.

Luego, la autogestión es un componente más de aquella llamada autodeterminación, tal y como se dijo en los apartes precedentes. Dado que es posible la existencia de una comunidad con capacidades de autogestión, sin que necesariamente pueda autodeterminarse, como también puede concluirse entonces que si una comunidad puede autodeterminarse, debe tener el derecho de autogestionarse o ser autónoma. Sin embargo, insistimos en que ambas acepciones son diferentes, puesto que, si bien una población indígena puede autónomamente decidir sobre su gobierno, territorio, cultura y política, dicha potestad se está adjudicando en pro de un derecho, un derecho que obedece a una necesidad de no discriminación y de libre ejercicio de escoger lo que a bien tengan; éste, por supuesto, es el de la autodeterminación. Esto se desprende de sentencias como la T-514 de 2009 y T-903 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia.

## Conclusiones

A manera de conclusión, consideramos que no existe una verdadera regulación que garantice y establezca el funcionamiento eficaz de la autodeterminación de los

30 Puede verse reflejado en la T-973 de 2009.

31 Al respecto, T-601 de 2011.

32 Pueden tomarse en cuenta las sentencias SU- 383 de 2003 y T-778 de 2005.

pueblos indígenas en Colombia. Vale reiterar que resulta cuestionable la existencia de un verdadero pluralismo jurídico dentro de este Estado, por lo menos no en los términos a los que parece referirse el Art. 1 de la CN. Así pues, para estas comunidades existen limitantes constitucionales y legales para el ejercicio de sus potestades de autogobierno y autonomía, conceptos diferenciados que integran el derecho de autodeterminación.

Además, estimamos que incluso algunos derechos que se originan a partir de la misma libre determinación, como es el caso del derecho a la Consulta Previa, son actualmente temas que generan inseguridad jurídica y política para los pueblos indígenas dentro del territorio colombiano. Ello se da no sólo por la carencia de regulación del tema de la Consulta Previa, sino además porque la falta de reconocimiento formal y legal de la autodeterminación implica que las autoridades no consideran que realmente los grupos indígenas son pueblos, tal y como se ha explicado a lo largo de este trabajo, valga decir, con todo lo que ello implica desde la perspectiva del Derecho Internacional.

De la misma forma, creemos que en cuanto al derecho a la autodeterminación, si bien tuvo en su momento una dimensión nacionalista y luego descolonizadora, llegando incluso a englobar la idea de secesión, dichas pretensiones se encuentran hoy superadas. Actualmente, el reconocimiento de la autodeterminación es un derecho que debe darse a todos los pueblos, entre ellos los indígenas. Esto atendiendo a las tendencias que se han adoptado en el Derecho internacional de los derechos humanos, cristalizado en documentos como el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

## Referencias

1. Anaya, James. 2005. *El derecho internacional contemporáneo*. Andalucía: Trotta Editorial.
2. Aparicio, Marco. 2009. La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. El caso de México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 124: 13-38.
3. Ariza, Libardo José. 2009. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana.
4. Ariza, Rosembert. 2013. *Pueblos indígenas de Colombia ante el sistema interamericano de derecho humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario – Fundación Konrad Adenauer.
5. Bonilla, Daniel. 2006. *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
6. Borda, Carolina y Darío Mejía. 2006. Participación política y pobreza de las comunidades indígenas en Colombia. En *Pueblos indígenas y pobreza*, coords. Alberto Cimadomore, Robyn Eversole y John-Andrew McNeish. Buenos Aires: Clacso, 71-87.

7. Cabedo, Vicente. 2012. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. Barcelona: Icaria.
8. Cornell, Stephen. 2006. Pueblos indígenas, pobreza y autodeterminación en Australia, Nueva Zelanda, Canadá y EE.UU. En *Pueblos indígenas y pobreza*, coords. Alberto Cimadomore, Robyn Eversole y John-Andrew McNeish. Buenos Aires: Clacso, 293-323.
9. De Blas, Andrés. 1994. A vueltas con el principio de las nacionalidades y el derecho de autodeterminación. *Revista Internacional de Filosofía Política* 3: 60-80.
10. De Sousa, Boaventura. 2009. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA Colombia.
11. Díaz Müller, Luis. 1991. Las minorías étnicas en sistemas federales: ¿Autodeterminación o autonomía? En *Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 47-80.
12. Dupret, Baudouin. 2007. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. *European Journal of Legal Studies* 1. <<http://www.ejls.eu/1/14ES.htm>>.
13. Engle, Sally. 2007. Pluralismo jurídico. En *Pluralismo jurídico*, ed. Daniel Bonilla. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 87-142.
14. Ferrajoli, Luigi. 2006. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales* 15: 113-136.
15. Figuera Vargas, Sorily. 2010. Los pueblos indígenas: libre determinación y subjetividad internacional. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 22: 105-123.
16. Figuera Vargas, Sorily. 2015. *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano*. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte - Grupo Editorial Ibáñez.
17. Fundación para el Devido Proceso Legal. 2011. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington: Oxfam.
18. Griffiths, John. 2007. ¿Qué es el pluralismo jurídico? En *Pluralismo jurídico*, ed. Daniel Bonilla. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 143-220.
19. Hernández, Carlos Arturo. 2012. Arquetipos de pluralismo jurídico. Análisis de sus visiones. *Verba Iuris* 161: 153-161.
20. Jaramillo, Álvaro. 2012. *Pueblos y democracia en el derecho internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
21. Martín López, Miguel. 2007. *Soberanía popular y derecho internacional*. Barcelona: Huygens.
22. Merladet, José Félix. 2011. La evolución del derecho de autodeterminación de los pueblos en los últimos cien años. *Hermes: Revista de Pensamiento e Historia* 38: 58-65.
23. Oliva, J. Daniel y Daniel Blázquez. 2007. *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
24. Pigrau, Antoni. 2013. Los Pueblos Indígenas ante el Derecho Internacional. En *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, ed. Antoni Pigrau. Valencia: Tirant Lo Blanch, 61-109.
25. Ruiz Rodríguez, Segundo. 1998. *La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
26. Sánchez, Beatriz. 2001. El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II*, eds. Boaventura de Sousa y Mauricio García. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 5-142.
27. Sarmiento, Juan Pablo. 2013. Entidades territoriales indígenas en Colombia, nación sin territorio. En *El territorio. Un análisis desde el derecho y la ciencia política*, ed. Ángel Tuirán. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, 236-258.
28. Summers, James. 2007. *Peoples and International Law. How Nationalism and Self-Determination Shape Contemporary Law in Nations*. Leiden: Martinus Nijhoff.
29. Yrigoyen, Raquel. 2004. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho* 30: 171-195.