

Derechos diferenciados y Estado multicultural en Colombia

Héctor Alonso Moreno Parra¹

Resumen

El proyecto de Estado-Nación Multicultural impulsado por las sociedades contemporáneas se fundamenta en el reconocimiento de la diversidad, de los derechos diferenciados y de la igualdad como condición estructural de la vida en comunidad. Este reconocimiento es la legitimación de luchas históricas de grupos étnicos vernáculos y minorías sociales, que han sido sujetos paradigmáticos de las luchas por la participación económica, social y política. El análisis de las perspectivas en torno a la diversidad y el multiculturalismo para la construcción de un Estado-Nación incluyente y equitativo, implica reconocer el derecho a la identidad cultural de los grupos étnicos y culturalmente diferenciados, y la valoración, el conocimiento, y la localización de los mismos, mediante la construcción permanente de un diálogo intercultural. El presente artículo propone analizar la importancia del reconocimiento constitucional de la multiculturalidad para la comprensión de los conflictos étnicos y culturales en la sociedad Colombiana en el marco del Estado social de derecho como mecanismo de construcción de diálogos interculturales que permita la conformación de una sociedad más incluyente y equitativa; y que trascienda el Estado monocultural en el cual se han construido las repúblicas latinoamericanas desde su fundación.

Palabras Clave:

Constitución Política, Multiculturalismo, diversidad étnica y cultural, inclusión, derechos humanos, derechos diferenciados, Neoconstitucionalismo, Estado constitucional, Estado multicultural.

El Multiculturalismo: Una Perspectiva Del Constitucionalismo Transformador²:

En América Latina a partir de la década del 70's se observa una serie de cambios y transformaciones en las estructuras sociales, como producto de las tensiones y conflictos por los que estaban atravesando algunos países del centro y sur; entre los que se destacan los casos de Guatemala, Nicaragua, Honduras, Perú y Colombia. Conflictos que en mayor medida encuentran lugar de "resolución" a través de diálogos interculturales concertados entre los distintos actores involucrados, lo que suscitó todo un proceso de reconocimiento que se expresa mediante la inclusión de leyes y enmiendas a las

¹ Profesor Asociado del Programa de Estudios Políticos y Resolución de Conflictos de la Universidad del Valle. Investigador principal y director de la línea de investigación en Conflicto y Pluralismo Jurídico de la misma Universidad. Historiador de la Universidad de Caldas, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, Magister en Estudios políticos de la Pontificia Universidad Javeriana y Doctorante Phd, en Realidad Política Latinoamericana, de la Universidad Nacional de España.

² Boaventura de Sousa Santos, en el texto "Refundación del Estado en América Latina" (Siglo 21: 2010) utiliza el termino de Constitucionalismo de Nuevo tipo o transformador para referirse al constitucionalismo que incluye la voluntad constituyente de las clases populares y las minorías étnicas, con el fin de ampliar el campo de lo político más allá del campo de la concepción monocultural del liberalismo.

constituciones nacionales, pese a la oposición de grandes sectores de las sociedades Monoculturales. Los movimientos Indígenas de América Latina están conscientes de las dificultades, pues saben que la refundación del Estado no ocurrirá mientras permanezca con vigor en la región los dos grandes sistemas de dominación y explotación: El capitalismo y el Colonialismo. (De Sousa Santos, 2010: 84).

Así, en el contexto latinoamericano observamos como mediante el triunfo de sectores políticos de centro izquierda y de izquierda democrática, y de transformaciones del ordenamiento constitucional en los últimos 20 años, se ha venido reivindicando la interculturalidad, lo que ha permitido la inclusión por la vía de lo jurídico de sectores históricamente marginalizados que van configurando la idea de los Estados pluralistas, dando paso a la concreción de lo que posteriormente se denominarán los Estados multiculturales, previo reconocimiento de los diversos mundos étnico – culturales que exhiben estos países. Debido a esto encontramos leyes de reconocimiento de la multiculturalidad y la pluriétnicidad en algunos países, que desde el ejecutivo han promovido este “nuevo constitucionalismo transformador” como el caso de Bolivia y Ecuador y en alguna medida Perú, Guatemala, y en Colombia, país en el cual la Constitución de 1991 hace un claro y normativo reconocimiento del multiculturalismo.

Esta perspectiva del constitucionalismo transformador parte de la base de entender que la sociedad no es un simple sistema integrado por personas que comparten una misma visión del mundo. Establece que en un determinado contexto cultural pueden interactuar diversos sectores o grupos sociales que pueden tener relaciones conflictivas y no siempre se encuentran en igualdad de oportunidades frente a los recursos disponibles, de ahí la importancia del estudio de la diversidad cultural. Esto implica la consideración en toda reflexión científico-social de las diferencias culturales, estilos de vida, preferencias e ideologías de las personas que componen las sociedades. En un mundo atravesado por intercambios culturales intensos, no hay democracia sin reconocimiento de la diversidad entre las culturas y las relaciones de dominación que existen entre ellas. Estos dos elementos son igualmente importantes: hay que reconocer la diversidad de las culturas, pero también la existencia de una dominación cultural. (Touraine, 1997:203)

Se entiende como reconocimiento a la diversidad, a la política obligatoria de los Estados democráticos liberales orientada a ayudar a los grupos que se encuentran en desventaja, con el fin de permitirles conservar su cultura contra las intrusiones de las culturas mayoritarias o de masas. (Sánchez Botero, 1998:27)

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural busca fortalecer la identidad cultural y la autonomía de los pueblos, pero, la autonomía no significa ni “independencia”, ni “soberanía”. Por supuesto significa la legitimidad para regirse dentro de su jurisdicción y en el marco de los valores culturales que los diferencian de otros grupos étnicos. Se extiende a la posibilidad de realizar la diferencia en valores, en visiones del mundo, en formas propias para definir y alcanzar horizontes de bienestar, regularse y autogobernarse con igualdad de reconocimiento y estatus que otras sociedades.

Durante mucho tiempo, el aislamiento de la vida local había protegido la diversidad cultural contra las ambiciones de un poder central cuya capacidad de intervención, en realidad, era muy limitada; cuando la integración nacional y el poder administrativo se fortalecieron, al mismo tiempo que se desarrollaba la movilización industrial, el espíritu

democrático asumió la forma de leyes que protegían el pluralismo cultural. (Touraine, 1997:167)

Ahora bien, hoy en día, junto con la idea de globalización como "posibilidad de encuentros horizontales" entre sociedades con claras diferencias culturales, coexisten los nacionalismos; en este ámbito, la pregunta por la identidad cultural adquiere un lugar de vital importancia, en tanto, que permite evidenciar cuales son las situaciones de tensión y/o dialogo en unas realidades sociales que cada vez exponen un carácter de interculturalidad. En esta medida, el multiculturalismo como política estatal, abre el horizonte social e histórico en el que interactúan las diversas culturas desde su propia noción de identidad, reconociendo la diversidad, en procura de la construcción de espacios de poder o empoderamiento tendientes a generar verdaderas posibilidades hacia el mejoramiento del bienestar de las comunidades. El "multiculturalismo" es una teoría filosófica y política, cuyo objeto consiste en teorizar sobre cómo debe procederse proactivamente en favor de las diversas minorías étnicas que conviven dentro de un Estado y pretenden conservar sus propios sistemas éticos (y eventualmente jurídicos) en divergencia con la cultura mayoritaria. (Kymlicka 1996: 25).

Por su parte Charles Taylor argumenta que "la lucha por el reconocimiento es un lugar de encuentro de los diferentes movimientos minoritarios o "subalternos", de algunas formas de feminismo y del multiculturalismo, movimientos que en la lucha por el reconocimiento involucran de manera igual la lucha por la identidad. Por ambas, el individuo o un grupo de personas recomponen su imagen de sí mismos, a la vez que demandan como necesario un debido respeto a sí mismos por parte de los demás. Taylor distingue dos cambios que "hicieron inevitable la moderna preocupación por la identidad y el reconocimiento": El desplome de las jerarquías sociales fundamento del honor, en el que está intrínseca una consideración no igual de los individuos, que al caer en desuso da paso al desarrollo de la concepción universal e igualitaria de la dignidad del ser humano, idea compatible con una sociedad democrática en ciernes. En este viraje se evidencia que " las formas del reconocimiento igualitario han sido esenciales para la cultura democrática". Así, como lo expresa Taylor "la democracia desembocó en una política de reconocimiento igualitario, que adoptó varias formas con el paso de los años, y que ahora retorna en la forma de exigencia de igualdad de status para las culturas y para los sexos" (Arcos Rivas, 1993:1)

El multiculturalismo, desde la óptica estatal implica entonces la aplicación de unas políticas de inclusión y reconocimiento a determinados grupos que históricamente han sido excluidos o marginados de la estructura social y política del país, a diferencia de las políticas de asimilación propias de un Estado monocultural.

El reconocimiento del multiculturalismo exige a los estados democráticos liberales aceptar la posibilidad de organizar en un marco pluralista la diversidad de intereses e identificaciones morales emanadas de la heterogeneidad cultural. El multiculturalismo afirma que las gentes con distintas raíces pueden coexistir, que pueden aprender a leer repertorios e imágenes de otros, que pueden y deben mirar más allá de las fronteras de la raza, la lengua, el género y la edad, sin prejuicios ni engaños y aprender a pensar contra el trasfondo de una sociedad híbrida.(Colom, 1999)³

³ La cita hace parte de la ponencia presentada por Francisco Colom, en el marco del Seminario sobre el multiculturalismo realizado en la Universidad del Valle en 1.999.

Con la globalización coexisten los nacionalismos, la pregunta por la identidad cultural no es tanto defensiva como constructiva. El multiculturalismo abre el horizonte social e histórico en el que interactúan las diversas culturas desde su propia identidad, reconociendo la diversidad, en procura de mínimos de identidad constitucional. Esto significa que no es una mala utopía “pensar en estados multinacionales, que incluyan las naciones aborígenes y las comunidades negras con pleno reconocimiento y como riqueza. (Hoyos 2001:3)

En una república multicultural, además de los derechos humanos básicos a los que tiene derecho todo ciudadano de una república democrática (vida, integridad corporal, igualdad ante la ley, intimidad y buen nombre, información, privacidad, honra, libre desarrollo de la personalidad, libertad, libertad de conciencia, libertad de cultos, libertad de expresión, petición, libertad de locomoción, libertad de profesión y oficio, educación, salud, debido proceso, presunción de inocencia, habeas corpus, prohibición de ser sometido a esclavitud, prohibición de destierro, prohibición de desaparición forzada, a torturas, a trato crueles, inhumanos o degradantes, asociación, derechos políticos), los individuos tienen derechos colectivos que buscan garantizar su existencia como cultura diferente a la del resto de ciudadanos.

El debate sobre el “multiculturalismo” se estructura principalmente sobre las tensiones que genera, por un lado, a la subsistencia del Estado y por otro, al liberalismo político. En consecuencia, el debate se ha planteado en torno a los límites del “multiculturalismo” y en torno a la coherencia del “multiculturalismo” con el “liberalismo”. Ambos tópicos - subsistencia del Estado, coherencia con el liberalismo- se reflejan en la tensión entre una fuerza tendiente a la homogeneización de las etnias con la cultura imperante y la preservación del peculiarismo de las minorías.

Kymlicka en el libro *Ciudadanía Multicultural* (1996: 154) plantea que el concepto sobre multiculturalismo se ha desarrollado a partir de tres momentos históricos:

Un primer período se caracterizó por tratados bilaterales de respeto mutuo entre diferentes etnias de origen nacional. Un segundo paso consistió en la doctrina de los derechos humanos, que garantizaba un piso mínimo de derechos idéntico para todas las etnias, y por último, actualmente el “multiculturalismo” ha pasado a procurar políticas activas para fortalecer las distintas etnias. Los derechos de las minorías étnicas no pueden ser incluidos dentro de la categoría de los derechos humanos, por lo cual, es preciso adicionar a éstos, la “teoría de los derechos de las minorías”, tal como lo indica Kymlicka en el libro titulado *Multicultural Odysseys*⁴.

La multiculturalidad, trabajada por Kymlicka, (2003:20) se enfoca en las sociedades occidentales de democracia liberal. Desde ella desarrolla su teoría liberal sobre la multiculturalidad a partir de una preocupación concreta pero compleja: “La integración de la diversidad etnocultural (y los inmigrantes) en las democracias liberales” siendo su referente específico la diversidad cultural de Canadá. En esas circunstancias se plantea una preocupación que activa su interés intelectual pero a la vez su compromiso social: ¿Qué perspectiva tienen las minorías étnicas y los inmigrantes frente a un Estado que ha iniciado un proceso de construcción nacional? (...) Siguiendo esa ruta de razonamiento, el

⁴ Will Kymlicka, subraya en este libro *Multicultural Odysseys Oxford, Oxford University Press, 2007*, que el concepto de derechos de la minoría es un concepto complementario importante para la teoría de los derechos humanos en la perspectiva de la teoría del multiculturalismo.

autor reconoce que en el caso de los inmigrantes el proceso de integración es más viable que en el caso de las minorías étnicas, puesto que al dejar sus países de origen han optado por integrarse a una nueva sociedad. De no darse ésta integración los grupos inmigrantes correrían el riesgo de quedar en situaciones de marginalidad. En este sentido el rol del Estado consiste en promocionar la integración y reformar las instituciones de manera que sean espacios de tolerancia y práctica etnicocultural. (González, 2003: 1)

En cambio, “esperar que los miembros de las minorías nacionales se integren en las instituciones de la cultura dominante no es ni necesario ni justo” porque “la libertad de los miembros de las minorías nacionales implica la capacidad de vivir y trabajar en su propia cultura societal” (Kymlicka, 2003:81). En cuyo caso sostiene el autor que el objetivo “no debería ser la asimilación de la cultura minoritaria, sino más bien liberalizarla de modo que pueda convertirse en el tipo de sociedad de ciudadanos libres e iguales que el liberalismo se propone lograr” (2003:82).

Kymlicka reconoce que “en todo el mundo, los Estados multinacionales tienen problemas” (2003:129) frente a los cuales “muchos se han mostrado incapaces de crear o conservar un sólido sentido de solidaridad entre las filas etnonacionales” y para que esas crisis no desemboquen en secesiones, hay que desarrollar “medios eficaces para acomodar a las minorías nacionales”. Una de esas formas de acomodación en sociedades modernas, occidentales y de democracia liberal, según el autor al que hacemos referencia, es el Federalismo democrático.

Los derechos de las minorías etnonacionales son perfectamente compatibles con el liberalismo en la perspectiva de modelos multiculturales de reconocimiento de la diversidad. Ante el interrogante de si es necesariamente homogeneizante el liberalismo, Taylor advierte un modelo multicultural en el que el respeto a la diferencia va de la mano con la adopción de metas comunes y la salvaguardia de las libertades fundamentales. Pero ello no significa que necesariamente el liberalismo sea escenario apto para que en su seno la expresión de la cultura específica encuentre arraigo. De hecho afirma que "el liberalismo no constituye un posible campo de reunión para todas las culturas, sino que es la expresión política de cierto género de culturas, totalmente incompatible con otros géneros. Como bien lo saben los musulmanes, el liberalismo occidental no es tanto una expresión de la visión secular y post-religiosa que se popularizó entre los intelectuales liberales, cuanto un retoño más orgánico del cristianismo (...) el liberalismo no puede ni debe atribuirse una completa neutralidad cultural. El liberalismo es también un credo combatiente". En resumen, Taylor argumenta la no neutralidad del liberalismo afirmando la cada vez mayor multiculturalidad de las sociedades, y ello en si es una invitación a ensanchar la frontera de una artificial neutralidad, de manera tal que las sociedades deban ahora enfrentar el desafío de enfrentar la marginación de ciudadanos multiculturales, sin que ello comprometa los principios políticos fundamentales de una sociedad democrática. Además reitera hasta la saciedad que "la sociedad política no es neutral entre quienes aprecian el permanecer fieles a la cultura de nuestros antepasados y quienes desearían separarse de ella en nombre de algún objetivo individual de autodesarrollo. Podría argüirse que después de todo es posible alcanzar una meta como la supervivencia para una sociedad liberal procesalista. Podríamos considerar, por ejemplo, la lengua francesa como una riqueza colectiva de la que las personas querrían valerse y actuar para su conservación, tal como lo hacemos por el aire limpio y los espacios verdes". (Arcos, 1993:7)

El Multiculturalismo en la Constitución Colombiana De 1991:

La reforma Constitucional Colombiana de 1991 en todo lo que hace referencia al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, (artículos 1, 7, 8, 10, 13, 63, 68, 70, 72, 93, 96, 171, 176, 246, 286, 287, 321, 329, 330, 356, y el Transitorio 55, 56 entre otros), no fue el producto de las buenas intenciones de la clase política colombiana sino de todo un proceso de lucha por parte de los grupos que constituyen una minoría étnica, no solo por conseguir el respeto y el reconocimiento de derechos sino por la simple resistencia al sometimiento cultural en el que se les ha tenido durante quinientos años de historia. Tampoco significa, como muchos afirman que “La Asamblea Nacional Constituyente y la adopción que ésta hace de un nuevo texto Constitucional se sucede casi como un fenómeno espontáneo, como una explosión natural de la sociedad colombiana en la búsqueda apremiante de una alternativa de convivencia ciudadana que asegure y aclimate la paz...”(Sanchez,1993).

La Constituyente, que condujo a la Constitución de 1991, ocurre en un momento en el cual el país se encontraba sumido en una grave crisis de gobernabilidad y en un conflicto social y político, cuando se pensaba que romper con los esquemas de exclusión y arbitrariedad impuestos por la Carta de 1886 sería la puerta de entrada hacia una nueva nación y la posibilidad de volver a empezar bajo unas nuevas condiciones. Se dio así cabida a los líderes de los diferentes grupos culturales, políticos y económicos y fue el momento para que aquellos que habían luchado tanto tiempo por ser escuchados realmente lo fueran.

Uno de los aportes más importante de la Asamblea Nacional Constituyente es propiamente el resultado del texto constitucional frente al tema de los derechos humanos como derechos diferenciados, o derechos de las minorías como los llama Will Kymlicka, (Multicultural Odysseys Oxford, Oxford University Press, 2007.) Es sin duda alguna, una constitución que amplió significativamente el campo para el ejercicio democrático y para la precisión del reconocimiento de un Estado Multicultural. Temas como la caracterización del estado social de derecho, la democracia participativa, y el tema de los Derechos Humanos y sus mecanismos de defensa y protección, así como la inclusión y el reconocimiento de las minorías étnicas y culturales, evidencian en parte su contenido democrático.

Estos avances democráticos reflejan también la composición heterogénea de la constituyente. Aproximadamente el 50% de los integrantes de la constituyente no representaban el viejo Estado concebido por las elites políticas. Contrariamente, representaban un constitucionalismo de nuevo tipo, transformador, un **constitucionalismo desde abajo**, como quiera que estos constituyentes provinieran de las entrañas del conflicto político social y armado de los últimos años en el país. Se vivía entonces al interior de la constituyente un gran torrente transformador; a fin de imponer la voluntad constituyente de los sectores populares, que logro finalmente conquistas trascendentales que contribuyeron a hacer de la constitución de 1991 una bitácora de paz.

Como parte de esa bitácora es importante destacar no solo el otorgamiento de una amplia carta de derechos⁵, y el reconocimiento del multiculturalismo, sino también, el avance que en el marco conceptual de la interpretación de los derechos humanos ha venido haciendo la Corte Constitucional, ya no, como simples normas o reglas constitucionales, sino como principios; es decir; como mandatos de optimización.

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (Alexy, 2008:67,68).

Esta caracterización de los Derechos Humanos y derechos diferenciados como principios constitucionales, le imprime al Estado Liberal Colombiano un carácter mucho más allá del simple Estado Social de Derecho, proyectándolo hacia un Estado Constitucional y Multicultural de Derecho en el marco del llamado Neo Constitucionalismo. Entendido este (neo constitucionalismo) como una nueva cultura jurídica que ha venido contribuyendo de manera decisiva en la consolidación de la paz; por vía del otorgamiento de derechos fundamentales y sociales a un número cada vez mayor de personas; lo que constituye un proceso democrático en la expansión de la ciudadanía.

El concepto de ciudadanía está íntimamente ligado, por un lado, a la idea de derechos individuales y, por el otro, a la noción de vínculo con una comunidad particular. En consecuencia, es probable que pueda ayudar a clarificar lo que está realmente en juego en el debate entre liberales y comunitaristas (...) una “teoría de la ciudadanía” que se ocupe de la identidad y de la conducta de los ciudadanos individuales, incluyendo sus responsabilidades, roles y lealtades. Para Kymlicka existen dos riesgos generales en esta búsqueda. Por un lado que el alcance de una “teoría de la ciudadanía” es potencialmente ilimitado, ya que prácticamente todo problema de filosofía política implica relaciones entre

⁵ La Constitución Colombiana contiene casi su tercera parte del articulado dedicado al tema de los Derechos Humanos, son cerca de 84 artículos que se refieren al tema, además de haber incorporado 26 tratados internacionales en referencia. Frente a la vieja constitución de 1886, la de 1991 reconoció 42 nuevos derechos; superando el déficit democrático que existía en la sociedad de finales del siglo pasado en materia de derechos fundamentales, económicos, sociales, culturales, colectivos y del medio ambiente,

los ciudadanos o entre los ciudadanos y el Estado. Para evitar esto Kymlicka se centra en las virtudes cívicas y en la identidad ciudadana. El segundo peligro para una teoría de la ciudadanía surge como resultado de la frecuente confusión entre dos conceptos que aparecen en la discusión: la ciudadanía como condición legal es decir, la plena pertenencia a una comunidad política particular, y la ciudadanía como actividad deseable, según la cual la extensión y calidad de la propia ciudadanía depende de la participación del ciudadano en la comunidad. En este sentido la teoría de la ciudadanía se convierte en una teoría de la ética pública (Folcher, 2000:3).

En efecto, en el Estado constitucional, se busca la extensión del concepto de ciudadanía, otorgando vía jurisprudencial como se ha venido produciendo por parte del Tribunal Constitucional Colombiano, un mayor número de derechos, al mayor número de personas posibles, incluidas las minorías étnicas, bajo la concepción doctrinaria de los derechos humanos como principios. En el Estado constitucional de Derecho, la Constitución no solo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. (Ferrajoli, 2009:18)

En relación con la legislación lo que en materia de derechos humanos y derechos diferenciados se establece, es la discusión concerniente alrededor de sí el ejercicio de los derechos fundamentales es posible en la medida en que los permita la ley, o la ley vale en la medida en que respete los derechos humanos. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no solo en las condiciones de validez de la norma, sino también en la naturaleza de la democracia. (Ferrajoli, 2009:19).

Esta teoría de los derechos humanos como principios, cuyo máximo exponente es el filósofo jurídico alemán Robert Alexy⁶, ha sido asumida en reiteradas ocasiones por decisiones de la Corte Constitucional creada por la Constitución de 1991. Polémicas Sentencias como la C-154/1996, T-574/1996, T-205/1997, C-598/1977, C-1114/2001, C-314/204, T-654/2004 y C-355/2006, han contribuido a dimensionar el Estado Constitucional y Multicultural de derecho que subyace en el nuevo texto constitucional Colombiano, y que sin duda alguna, profundiza el carácter democrático de la Carta de 1991, dándole una supremacía importante a los derechos humanos que constituyen cerca del 30% del articulado.

El carácter del Estado multicultural plasmado en la Constitución de 1991, implica en primer lugar, el principio del reconocimiento y de la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7), en segundo lugar, el reconocimiento de la igualdad y la dignidad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70) y por último, está el principio de la autonomía normativa y judicial consagrada en el artículo 246 de la constitución en los siguientes términos: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución y leyes

⁶ En el libro “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Robert Alexy nos demuestra la eficacia práctica de los principios en la teoría de los derechos humanos. Afirma el filósofo jurídico alemán, que los derechos humanos deben entenderse como parte de un conjunto de normas inherentes a Derecho fundamental oponibles frente al Estado y los particulares. Es lo que el autor denomina la teoría de los principios.

de la república”. Lo anterior implica entonces, que la aplicación de políticas de integración a determinados grupos que han sido excluidos o marginados de la estructura social y política del país y a diferencia de las políticas de asimilación exige una voluntad de reconocimiento mayor en materia de Derechos Humanos, por parte del Estado y la sociedad mestiza mayoritaria.

La Constitucional de 1991 en todo lo que hace referencia al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, desarrolla también el concepto de principios de los derechos humanos colectivos. Las minorías étnicas y sus integrantes tienen derechos colectivos que buscan garantizar su existencia como cultura diferente a la del resto de los ciudadanos. Este paso de reconocer la titularidad colectiva, ya no meramente individual de derechos humanos se registra como un logro decisivo dentro de la historia de la resistencia de los pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina.

En el marco de la constituyente⁷ en relación con las luchas por la reivindicación de los derechos para las minorías étnicas “... los indígenas se lanzan a la palestra de participar con la diversidad en la cabeza...” Es importante resaltar que estos líderes no solo llegaron a la Asamblea con el fin de lograr su objetivo fundamental, a saber, el reconocimiento de su diferencia y el respeto por sus costumbres, su cosmovisión del mundo y por los territorios históricamente suyos, sino que marcaron con esto la pauta para el respeto y el reconocimiento de la sociedad colombiana en general.

Se establecieron dos principios que marcaron la pauta de la nueva Carta Constitucional en materia de multiculturalidad: el reconocimiento de nuestra nación como étnica y culturalmente diversa y la conformación de nuestro territorio en muchas regiones. Se trataba de recuperar la identidad perdida durante tantos años.

Lograr un espacio de tal magnitud fue difícil para los representantes de estos grupos marginados que por primera vez hacían presencia nacional. Estar ahí, mantenerse y conseguir que sus propuestas fueran acogidas no fue una labor sencilla, pues si bien es cierto que las pretensiones eran justas y totalmente lógicas, los intereses que estaban en juego pesaron más. “Queremos, pues una sola Colombia; una unidad en la diversidad o dicho en otras palabras, una nación multiétnica y multicultural, una nueva sociedad justa y solidaria, que lejos de generar rechazos e imposiciones, se hermane para superar de una vez por todas los estados de opresión y violencia que vivimos”, así lo dijo uno de los Constituyentes indígenas al inicio de las secciones de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁷ El papel de la asamblea Constituyente ha sido muchas veces referenciada. Pero, se destacan dos trabajos: El de DUGAS, John 1993, *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* (Bogotá: Universidad de los Andes) y el análisis del texto Constitucional del 1991 en el libro: VALENCIA Villa, Hernando, 1997, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano* (Bogotá: CEREC).

Principios y derechos diferenciados en la Constitución de 1991:

El reconocimiento de la Diversidad Étnica y Cultural es uno de los grandes avances de nuestro régimen constitucional y este no se circunscribió a la participación de los tres constituyentes indígenas en la asamblea que confeccionó nuestra carta política, sino que el propio constituyente se puso a tono con las corrientes que en toda América latina reconocían la pluriétnicidad en sus países. Hay corrientes de pensamiento que atribuyen estos cambios a dos factores fundamentales: por un lado a las luchas sociales de los pueblos indígenas organizados por el reconocimiento de sus derechos diferenciados; y por el otro, al fenómeno de la Globalización económica y política que demandaba la apertura y ensanchamiento de los mercados.

El Multiculturalismo quedó visiblemente plasmado en la Constitución de 1991 mediante tres principios: El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. (Artículo 7). En segundo lugar, el reconocimiento de la Igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (Art. 70). Y en tercer lugar el principio de la autonomía administrativa y judicial consagrada en los artículos 246 y 330, respectivamente.

Con relación al primer principio, la Corte Constitucional mediante la sentencia T-605 del 14 de diciembre de 1992 lo interpreta de la siguiente manera:

La diversidad cultural hace relación a formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política.

Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido por la mayoría, tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias, con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías.

El segundo principio abandona la mirada etnocentrista y evolucionista de las corrientes de pensamiento fundamentadas en la Filosofía Liberal decimonónica. Esta mirada que aunque pregonaba la igualdad de todos los ciudadanos frente a los grupos indígenas, emprendió una cruzada civilizadora y reduccionista para que no quedaran vestigios de esas exóticas culturas. Este principio les da fundamento de nacionalidad a las culturas pasadas e igual valoración a las existentes.

El último principio reivindica la autonomía política y jurídica de las autoridades indígenas aunque la condiciona, por el temor de que se produzca una fragmentación de la nacionalidad.

El principio de Autonomía de las autoridades indígenas para proferir fallos conforme a sus usos y costumbres (denominada jurisdicción Especial Indígena) reconoce la existencia de sistemas normativos propios (artículo 246 de la Constitución) en los siguientes términos:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

Ahora bien, el derecho que fundamenta la reivindicación a la propiedad colectiva de la tierra donde habitan los indígenas, aunque las condiciona, por el temor de que se produzca una fragmentación de nacionalidades, fue definitivo en el tema de las autonomías. Este derecho fue determinante en las decisiones que se tomaron en las sentencias T-380 de 1993, SU-037 de 1997, T-652 de 1998, T-380 de 1993, SU-037 de 1997 y T-652 de 1998.

La dimensión multicultural plasmada en la Constitución genera tensiones que deben ser resueltas a la hora de interpretarla para cada caso concreto. Es una discusión que desde luego no ha sido resuelta y en la que se perfilan dos posiciones: la que propone maximizar la autonomía de los pueblos indígenas y la que propone minimizarla, justificando paralelamente la prevalencia de los derechos humanos individuales y de la soberanía del poder central sobre cualquier complejo de normas propias y de autonomías territoriales. La primera es la posición de las comunidades indígenas y de sus defensores, la segunda es la posición de las personas más afiliadas a la tradición liberal decimonónica.

Los momentos en los que con mayor claridad se evidencia esta diferencia de opiniones, son aquellos en los que están en juego las operaciones de seguridad del Estado⁸ o aquellos en los que un proyecto de desarrollo económico, como lo son los de explotación de recursos minerales, choca con intereses indígenas. En esos momentos, los derechos de las comunidades indígenas entran en choque con los intereses estratégicos y económicos de los gobiernos y de las empresas, especialmente de las multinacionales, que alegan los derechos individuales al trabajo, a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la libertad económica, entre otros. Durante estos procesos, indígenas miembros de las comunidades en cuestión entran, voluntaria o forzadamente, en el dilema de si apoyan proyectos que les implicarían sin duda una sustancial mejora económica para ellos y para sus familias inmediatas, o si resisten y apoyan más bien la sobrevivencia de su pueblo como cultura diferenciada, no activa dentro de la sociedad de consumo y capitalista.

Ahora bien, entre los derechos mas destacados consagrados por la Carta Constitucional para los grupos indígenas tenemos: la supervivencia física y cultural (artículos 7, 8,10, 70 y 330) la autodeterminación política, judicial y económica, sobre sus recursos y sobre el territorio –no desplazamiento- (artículos 9, 246 y 329) participación política, la identidad cultural (lengua [art, 10] medicina tradicional, educación, familia), igual dignidad entre las culturas (rechazo a la asimilación), la representación especial en los órganos políticos de decisión (artículos 171 y 176), la participación en el diseño de planes de desarrollo que los afecten, nacionalidad, propiedad sobre sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, la no división cultural por las fronteras, conservación del medio ambiente, la propiedad intelectual sobre sus conocimientos ancestrales, derecho laboral, acceso a los

⁸ Ver como ejemplo la sentencia T-405/93, M.P. Hernando Herrera Vergara, en la que se reconoce que, en ejercicio de su deber de garantizar el orden público y la seguridad nacional, el Estado puede construir instalaciones militares incluso en lugares sagrados indígenas.

Medios masivos de comunicación y protección efectiva de sus derechos. Los conceptos básicos que guían estos derechos son respeto (reconocimiento), autonomía, igualdad, representación especial y participación (Sotelo, 2001:7,9, 37).

Conclusiones.

A manera de conclusión podríamos decir que las minorías étnicas en el Constitucionalismo de los últimos veinte años en América Latina, y en particular en la Constitución Colombiana de 1991 se representan como Sujetos Colectivos de derechos. Una de las

Características fundantes de este nuevo sujeto de derecho es el carácter colectivo de la comunidad indígena, que es la base para el reconocimiento de la pluriétnicidad y la pluriculturalidad, en el entendido de que es por su mismo carácter colectivo que posee diferentes formas de vida social. De aquí se deriva, por ejemplo, la necesidad de reconocer la propiedad colectiva sobre el territorio que habitan (Sánchez, 1998:81).

Es muy importante resaltar que a este sujeto colectivo de derecho se le ha dotado de herramientas para que defienda su integridad étnica y cultural o su identidad. Este carácter lo hace depositario de derechos individuales fundamentales como colectividad, pero que no debe confundirse con otros sujetos plurales depositarios, como colectividad de derechos colectivos. Por ello un gobernador indígena puede a nombre de la comunidad interponer acción de tutela contra los particulares o el Estado que vulneren o amenacen vulnerar sus derechos fundamentales diferenciados.

Para el análisis de la multiculturalidad y los derechos diferenciados siempre es fundamental tener en cuenta como punto de partida el reconocimiento de un sujeto incorporado cultural y orgánicamente a una comunidad. En este sentido, se ha venido discutiendo no solamente desde el punto de vista cultural y antropológico, sino también jurídicamente, la situación del individuo como tal por fuera de su comunidad, y no como miembro de una comunidad étnica a la hora de otorgarle derechos, y cual sería su condición como sujeto procesal en uno u otro caso, y cual su condición de amparo de derechos humanos: como individuo o como comunidad. Kymlicka establece que se podría dar la situación de un individuo que le gustaría salirse de su comunidad étnica, subraya que el individuo tiene el derecho a salir y en ese sentido debe ser protegido frente al grupo minoritario; es decir, que para Kymlicka debería haber una protección del grupo minoritario frente al grupo mayoritario (comunidad) y también protección del individuo frente al grupo minoritario.

Este conflicto planteado por Kymlicka, mirado desde la perspectiva del pluralismo jurídico que consagra la Constitución Colombiana de 1991 es bastante problemático, en tanto, el texto constitucional de 1991 fusionó paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales para los pueblos Indígenas (246 C.P). Se podría afirmar que es posible entonces que se presenten conflictos de competencias entre una jurisdicción y otra, y esto tendría unos efectos en la aplicación de la justicia y en el reconocimiento de los derechos humanos; pues una cosa será como individuo y otra como sujeto miembro de comunidad.

Esta situación de conflicto de intereses ha sido varias veces analizada por la Corte Constitucional Colombiana en reiteradas sentencias⁹. El máximo tribunal ha negado en

⁹ Sentencia T 523 de 1997 y T-349 de 1996.

varias ocasiones la acción de amparo, o tutela¹⁰ de individuos de la comunidad indígena, quienes han pretendido mediante este instrumento de defensa de los derechos fundamentales, ser protegidos en su derecho individual, como personas por fuera de sus comunidades, buscando así, evadir la responsabilidad y la competencia del juzgamiento que les corresponde por parte de las autoridades de sus propias comunidades; contrariando de esta manera lo que consagra el artículo 246 de la Constitución Política Colombiana; y a cambio han pretendido acogerse a la jurisdicción ordinaria del sistema nacional.

Ha dicho la Corte Constitucional Colombiana que para determinar la competencia para el juzgamiento de un individuo de una comunidad étnica (Si se le aplica el sistema nacional o el Sistema de los indígenas) se debe tener en cuenta dos elementos fundamentales como son: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos.

“En el caso que ocupa a la Corte, este conflicto de competencias es planteado por el mismo actor, quien niega la autoridad del cabildo y reclama los derechos que se otorgan a cualquier ciudadano dentro de la justicia ordinaria, en especial el ser asistido por un abogado. Para resolverlo, es necesario, entonces, analizar los elementos subjetivos y territoriales de este caso.

Respecto del primero, es decir, sobre la pertenencia del actor a la comunidad, él mismo rindió testimonios encontrados. En un primer momento expresó:

“Si de Jambaló, yo soy nacido allá, claro que en alguna época estuvimos andando, con la familia pero hace más o menos 25 años que estoy radicado allí, pero yo he sido nacido allí, tengo posesiones y derechos allí en el resguardo. El resguardo es el territorio donde funciona toda la comunidad indígena y yo soy parte de esa comunidad, por eso soy miembro y además estoy dentro del censo que anualmente hace el cabildo” (fl. 45. Testimonio rendido el 20 de diciembre de 1996).

Sin embargo, en un segundo interrogatorio ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, y al preguntársele si se consideraba miembro activo de la comunidad páez respondió:

“En la actualidad no, y antes si, o sea más de un año por la razón que yo tenía unas posesiones, en terrenos del resguardo entonces yo probaba esa calidad de ser miembro activo porque el cabildo elabora un censo y yo aparezco en el censo, pero en el momento considero que no tengo interés dentro del resguardo...sólo tengo mi vivienda que en la actualidad habito...”. (fl. 196. Testimonio rendido el 7 de enero de 1997).

Para la Corte, esta última declaración sugiere una actitud acomodada del demandante para acceder a los supuestos beneficios de la justicia ordinaria. Si se tiene en cuenta que Francisco Gembuel, además de tener posesiones dentro del resguardo (él mismo lo señaló en la audiencia fl.155), habitar en él y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos más importantes de la comunidad páez (fue incluso presidente del CRIC) es fácil concluir su

¹⁰ La Tutela es un mecanismo de defensa y protección de los derechos fundamentales, consagrado en el artículo 86 de la Constitución Colombiana.

pertenencia a ella. Como lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso “la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena.”[3]

Claro está, que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable, es que pretenda renunciar a ella, en un determinado momento, para evadir la responsabilidad frente a sus autoridades.

En cuanto al segundo factor, el territorial, al demandante se le acusa de haber cometido un delito dentro del resguardo. Por lo tanto, y al conjugar los elementos subjetivos y geográficos, es evidente que se trata de un conflicto interno que debe ser resuelto por las autoridades indígenas.”¹¹

De otro lado, es muy importante plantear que además de los derechos diferenciados para los grupos étnicos que se desprenden del artículo 7 de la Constitución de 1991 que reconoció la diversidad Étnica y Cultural, de los artículos 13, 63 y 70 y de los especiales consagrados por la Ley 21 de 1991 que ratifica el Convenio 169 de la OIT, que prevalece en el orden interno (artículo 93 C.P), los grupos étnicos afrocolombianos tienen en la Ley 70 de 1993 un instrumento, entre otros, para la protección de su derecho a la identidad y la propiedad colectiva de los etnoterritorios. Aquí debemos anotar que, jurídicamente, los Consejos Comunitarios afrodescendientes no parecen tener el mismo grado de autonomía política ni jurisdiccional con la que cuentan los Resguardos Indígenas (Artículos 246 y 330 C.P) los cuales son tratados como entidades territoriales y que reciben transferencias para salud, educación y otros gastos sociales. A pesar de que constitucionalmente a los Consejos Comunitarios no se les reconoce jurisdicción especial, si se les reconoce el pluralismo jurídico y con ello la existencia de sistemas jurídicos propios. Así se puede interpretar la potestad que tienen para resolver sus propios conflictos internos, tal y como aparece consagrado en el Decreto 1745 de 1995 que le otorgó la atribución a la asamblea general en el artículo 6, numeral 8 de “Proponer mecanismos y estrategias de resolución de conflictos de acuerdo con las costumbres tradicionales de la comunidad”, al tiempo que el artículo 11 numeral 12 le otorga competencia a la Junta del Consejo Comunitario afrodescendiente para “Hacer de amigables componedores en los conflictos internos, ejercer funciones de conciliación en equidad y aplicar los métodos de control social propios de su tradición cultural”.

Una pregunta que debe hacerse es si los grupos afrodescendientes se consideran Sujetos Colectivos de Derecho, y como tal, pueden tutelar sus derechos diferenciados como grupos étnicos. Nosotros pensamos que el Estado Multicultural no puede hacer diferenciaciones entre un grupo étnico y otro. Por lo tanto, incluso las providencias de la Corte Constitucional que han protegido los derechos a la integridad étnica y cultural de algunos grupos indígenas que han sido vulnerados o amenazados por autoridades o particulares sirven como referencia para defender la dignidad de los pueblos afrodescendientes

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-523/97.

Bibliografía

Alexy, Robert (2008). "Teoría de los Derechos Fundamentales". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Constitución Política Colombiana de 1991.

Ferrajoli, Luigi (2009). "Los fundamentos de los derechos fundamentales". Editorial Trotta, S.A. Madrid.

Kymlicka, Will (1996). Ciudadanía Multicultural, Paidós, Barcelona.

Kymlicka, Will (2003). Política Vernácula: Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona.

Will Kymlicka, subraya en este libro Multicultural Odysseys Oxford, Oxford University Press, 2007.

Sánchez Botero, Esther (1998). Justicia Y Pueblos Indígenas De Colombia, La Tutela Como Medio Para La Construcción De Entendimiento Intercultural Universidad Nacional, Unibiblos, Santafé De Bogotá.

Sánchez, Enrique- Sánchez, María Fernanda- Roldan, Roque (1993). Derechos e Identidad, Los pueblos indígenas y negros en la Constitución de Colombia de 1991, Santa fé de Bogotá.

Santos, Boaventura de Sousa (2010) "Refundación del Estado en América Latina". Siglo 21 editores, Colombia.

Touraine, Alain (1997). ¿Podremos Vivir Juntos? La Discusión Pendiente: El Destino Del Hombre En La Aldea Global, Fondo De Cultura Económica, Argentina.

Revistas y otras formas de publicación:

Arcos Rivas, Arleison (1993). "El Multiculturalismo Y La Política Del Reconocimiento". Fondo De Cultura Económica, México. <http://www.galeon.com/arleison/taylor.htm>

Colom. Francisco (1999). Ponencia Sobre Estado Multicultural. Seminario Sobre Multiculturalismo. Universidad del Valle, Santiago De Cali.

Folcher, Fernando D. (2000). "Ciudadanía y Multiculturalismo: Algunas Reflexiones sobre la obra de Will Kymlicka", ponencia VI Congreso de Antropología Social, Mar del Plata, Argentina.

Gonzales Paco, Wilfredo (2003). Apuntes sobre la Multiculturalidad de Kymlicka y la Interculturalidad incubada en Bolivia en tiempos cambio epocal.

<http://maestriaencomunicacionintercultural.blogspot.com/>

Hoyos Vásquez, Guillermo (2001). "Comunicación Intercultural Para Democratizar La Democracia". Organización De Estudios Iberoamericanos, Para La Educación, La Ciencia Y La Cultura". Santa Fé de Bogotá.

<http://132.248.35.1/cultura/ponencias/ponen2faseindice/Hoyos.htm>

Sotelo, Luis Carlos (2001). "De Las Repúblicas Monoculturales Al Estado Monocultural". Documento De Postgrado En Antropología. Universidad Del Cauca. Popayán.