

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: UN INTENTO FRACASADO

*EDUARDO JOSÉ BARRENECHE ÁVILA**



PROTECTION OF THE RIGHTS OF INDIGENOUS COMMUNITIES: A FAILED ATTEMPT

RESUMEN

Este artículo de reflexión recoge elementos históricos y sociológicos para discutir los alcances y limitaciones de la positivización de los derechos de las comunidades indígenas. Se basa tanto en recopilaciones de derecho castellano y español, como en el análisis del desenlace de un caso de protección de un sitio ancestral sagrado de las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta, para ilustrar cómo la protección de los derechos de las comunidades aborígenes ha recibido un tratamiento formal, de escasa efectividad material desde la conquista y la colonia, e incluso en el mismo ordenamiento jurídico promulgado por la Constitución de 1991. Concluye destacando que en la normatividad actual persiste un sesgo discriminatorio que reproduce la marginalidad y la desigualdad en que se mantiene a las comunidades indígenas en nuestro país.

Palabras clave: Historia del derecho; Sociología jurídica; Cuestiones étnicas; Protección de derechos colectivos.

* Abogado, Especialista en Derecho Público, Magíster en Derecho Público, asesor de entidades como Corpamag, Defensoría del Pueblo, Unidad de Víctimas y Ejército Nacional de Colombia; litigante en las áreas de Derecho Penal, Laboral, Administrativo, Civil, Comercial y Familia. *E-mail* [eduardobarrenecheavila@gmail.com].

ABSTRACT

This reflection article gathers historical and sociological elements to discuss the scope and limitations of the codification of the rights of indigenous communities. It is based both on compilations of Castilian and Spanish law as well as on the analysis of the outcome of a case of protection of a sacred ancestral site of communities of the Sierra Nevada de Santa Marta, and illustrates how the protection of the rights of aboriginal communities has received a formal treatment, of little material effectiveness since the conquest and the colony, and even in the present legal system promulgated by the Constitution of 1991. It concludes by highlighting that in the current legal framework a discriminatory bias persists that reproduces the marginality and inequality in which indigenous communities are maintained in our country.

Keywords: History of law; Legal sociology; Ethnic issues; Collective rights protection.

Fecha de presentación: 13 de agosto de 2020. Revisión: 15 de agosto de 2020. Fecha de aceptación: 19 de agosto de 2020.



“Tierra a la vista”. Fueron las palabras pronunciadas por el marinero JORGE TRIANA, conocido también por el nombre de RODRIGO PÉREZ DE ACEVEDO¹ ese 12 de octubre de 1492, cuando después de un sin número de vicisitudes, CRISTÓBAL COLÓN² acompañado de un puñado de forajidos, arriba a las Indias tripulando las carabelas La Niña, La Pinta y La Santa María. “RODRIGO divisó una pequeña isla del archipiélago de Las Lucayas (Bahamas), conocida por los indígenas como Guanahaní y COLÓN la rebautizó como San Salvador”³.

Este momento lo replica ALONSO DE CASO⁴ cuando relata:

Bien se sabe; por el relato del Diario de a Bordo (Cuadernos de Bitácora) del Almirante Don CRISTÓBAL COLÓN que el vigía de la Nao “La Pinta”, un tal RODRIGO DE TRIANA, pasando dos horas de la medianoche del día 12 de octubre de 1492, gritó ¡Tierra! prueba evidente de que habían llegado finalmen-

-
- 1 Nacido JUAN RODRÍGUEZ BERMEJO, Lepe, Huelva, España, s. xv - Islas Molucas o Magreb, África, 1535.
 - 2 Génova, 31 de octubre de 1451 - Valladolid, 20 de mayo de 1506.
 - 3 MANUEL ALONSO DE CASO. “Rodrigo de Triana: el marino que gritó ¡tierra!”, *El Monárquico*, 29 de enero de 2018, disponible en [<https://elmonarquico.com/rodrigo-de-triana-el-marino-que-gritotierra>], párr. 6.
 - 4 Ídem.

te, a su objetivo. De esta forma, el vigía se convertía en el primero en divisar el Nuevo Mundo⁵.

Siempre se ha tratado de simular este hito de la historia mediante la recreación en libros, revistas y filmes. Sin embargo, no creo que alguno alcance –así sea de manera meridiana– a recrear el asombro convertido en horror y miedo que sintieron nuestros antepasados mientras observaban a estos hombres de estatura alta, contextura gruesa, portando armadura de hierro, espadas y lanzas, sobre un animal de cuatro patas –caballo– el cual infundía respeto y sumisión por la altura que representaba un hombre sobre la montura de un jameigo.

A partir de ese momento inicia el sometimiento de los indígenas por parte de los conquistadores españoles, el cual adquirió fuerza por los métodos de reducción empleados, hasta el punto de poder afirmar que en Colombia sufrimos un verdadero “holocausto indígena”.

A este respecto, Telesur refiere:

Antes de la llegada de los conquistadores españoles en 1492 existían unos 80 millones de habitantes en América. Se estima que en el siglo XVI los españoles y los portugueses consiguieron sin cámaras de gas ni bombas hacer desaparecer entre 70 y 150 millones de indígenas en América Latina. “La mayor masacre de la historia de la humanidad, eso ocurrió aquí, ahí en nuestra Latinoamérica y ni un triste museo del holocausto”, detalló JOHN MAXIMINO MUÑOZ TELLES, especialista en cultura indígena latinoamericana⁶.

Además de padecer estas atrocidades, nuestros aborígenes históricamente han debido enfrentar situaciones de una mayor complejidad, casi todas derivadas de una especie de “guerra jurídica” surgida de la inoperancia de los mecanismos instituidos para efectivizar los derechos que les han sido reconocidos, los cuales en múltiples casos solo han terminado convertidos en meras ilusiones o simple literatura legal. Si bien es cierto los derechos de las comunidades indígenas se han positivizado a lo largo de los años, la sociedad y el Estado –entendido éste como un entramado institucional– conservan desde siempre una mentalidad de sentirse superiores que se traduce en un avasallamiento

5 Ídem.

6 TELESUR. “Memorias del holocausto indígena en América Latina”, 27 de enero de 2016, disponible en [<https://www.telesurtv.net/news/Memorias-del-holocausto-indigena-en-America-Latina-20160122-0074.html>].

to de dicha población, así como en una aplicación parcial, acomodada y selectiva de las normas de protección que a favor de aquella han sido promulgadas.

FERNANDO VIII⁷ introdujo en la Nueva Granada colonial una serie de disposiciones legales, entre ellas, *Las Siete Partidas*⁸, la *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias*⁹ y la *Novísima Recopilación*¹⁰, las cuales estuvieron orientadas a regular las relaciones creadas entre los nativos y foráneos a partir de la conquista, y principalmente a “ordenar las fuentes de derecho aplicables a la Colonias, con ocasión de la existencia de abundante y dispersa legislación impuesta por la corona española”¹¹.

Ahora bien, en particular la Encomienda, figura mediante la cual la Corona entregaba los indios a los españoles para exigir de aquellos una prestación personal de un servicio a cambio de recibir una evangelización¹², fue instituida como una medida de organización y protección hacia los indígenas, sin embargo, la cruel realidad fue otra. La política monárquica de ese entonces –siglo XVIII– buscó evitar que la economía en las tierras conquistadas estuviera sustentada en la esclavitud del pueblo indígena, pero fue a través de la inadecuada práctica de la Encomienda que los diferentes representantes de la Corona en América procuraron que los aborígenes a quienes ya se les había reconocido el estatus de vasallos libres, se convirtieran en verdaderos esclavos restringidos en su libertad y bajo el dominio absoluto del comendador.

-
- 7 San Lorenzo del Escorial, 14 de octubre de 1784 - Madrid, 29 de septiembre de 1833.
 - 8 Compilación normativa del reino de Castilla, preparada durante el reinado de ALFONSO X (1252-1284), disponible en [<http://www.ataun.net/bibliotecagratuuta/Clásicos%20en%20Español/Alfonso%20X/Las%20siete%20partidas.pdf>].
 - 9 Compilación de leyes (cuatro tomos, nueve libros con 6.385 leyes divididas en 218 títulos) realizada por ANTONIO LEÓN DE PINELO (Valladolid, c. 1590 - 1660) y JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, (Madrid, 30 de noviembre de 1575 - 26 de septiembre de 1655) aprobada por CARLOS II de España (1665 - 1700) mediante pragmática de 18 de mayo de 1680, disponible en [<http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/752/14/recopilacion-de-leyes-de-los-reynos-de-las-indias/>].
 - 10 Recopilación de derecho castellano y español, preparada por JUAN DE LA REGUERA VALDELOMAR (Granada, c. 1745 - 16 de enero de 1817), promulgada mediante cédula de 15 de julio de 1805 por CARLOS IV (Palacio Real de Portici, Italia, 11 de noviembre de 1748 - Palacio Barberini, Roma, 20 de enero de 1819).
 - 11 NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA. “Repaso histórico y analítico del derecho comercial colombiano”, en *Código de Comercio*, Bogotá, Legis, 2004, p. 1.
 - 12 INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE. *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*, Bogotá, Intermedio, 2002, p. 42.

Una muestra del afán de perpetuar el avasallamiento indígena mediante la Encomienda, aparece con GONZALO JIMÉNEZ DE QUESADA RIVERA¹³, quien en palabras del historiador colombiano INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE:

Mostró desde el principio pocas inclinaciones a respetar las leyes que protegían a los indios, y no bien tomó posesión de las nuevas tierras, procedió a disponer de ellas y de sus gentes como un gran señor feudal. Consumado el saqueo de las riquezas acumuladas por los muiscas, para conseguir lo cual no vaciló en ordenar la muerte y tortura de los monarcas nativos, QUESADA repartió a sus capitanes y válidos, en encomiendas las tribus y parcialidades indígenas asentadas en la Sabana y Provincia de Tunja¹⁴.

Bajo esta aparente protección brindada por el Estado a los pueblos indígenas, se han instituido múltiples figuras, destacándose entre ellas la denominada consulta previa, entendida como un derecho fundamental, que se convierte en un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los usos y costumbres de cada etnia, cada vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser: 1. Medidas administrativas como la expedición de una licencia ambiental para la explotación de recursos naturales; y 2. Medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos¹⁵.

Dicha figura encuentra su asidero en la Carta Política de 1991 y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT¹⁶ adoptado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991¹⁷, los cua-

13 Granada (o Córdoba), España, 1509 - Mariquita, Colombia, 16 de febrero de 1579.

14 Bogotá, 24 de julio de 1917 - 29 de marzo de 1982.

15 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-382 de 22 de mayo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-382-06.htm>].

16 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Lima, OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf].

17 Ley 21 de 4 de marzo de 1991, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989", *Diario Oficial* n.º 39.720, de 6 de marzo de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1577376>].

les reconocen el derecho que tienen las comunidades étnicas de gozar del territorio que por tradición han ocupado.

Sin embargo, existen serias preocupaciones en el contexto nacional sobre la efectividad de la consulta previa como mecanismo para garantizar la inclusión de los grupos indígenas en las decisiones que pueden ser lesivas a sus derechos sociales, económicos y culturales. Una confirmación de esta incertidumbre, es el caso del proyecto inmobiliario “Edificio Magenta”, cuya construcción se planeó sobre un sitio sagrado denominado Jate Matuna (*Mama kwe* o *Mamashkwe* o *Mameishkaka*) ubicado al margen de la *Sheshiza* (línea negra), el cual es sagrado para los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, sin que se agotara la consulta previa antes del otorgamiento de la respectiva licencia de construcción. Esta omisión forzó a los cabildos indígenas Kogui, Malayo y Arhuaco, así como al Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada –CTC– a incoar acción de tutela en contra del Ministerio del Interior, Dirección de Consultas Previas, la Alcaldía y la Secretaría de Planeación Distrital de Santa Marta, la Curaduría Urbana n.º 1 de esa ciudad, las Sociedades Farallones SAS y Alianza Fiduciaria S. A. –vocera del Patrimonio Autónomo Lote Magenta–.

La citada tutela fue conocida y fallada en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito de Santa Marta, el cual resolvió amparar el derecho fundamental a la consulta previa de los indígenas bajo el siguiente argumento:

Se les debe garantizar no solo el derecho a la supervivencia como grupo diferenciado en virtud de lo cual pueden establecer sus instituciones y autoridades, darse sus propias normas, tomar decisiones y optar por formas de desarrollo o proyectos de vida, sino también a la tierra, al territorio y a los recursos naturales, para lo cual se han establecido parámetros a fin de otorgar participación de estos pueblos en la adopción de decisiones ambientales y sociales que los involucran por medio de la consulta previa [la cual] es determinante para asegurar las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas a fin de que ejerzan su libre determinación en las decisiones de adelantar o no proyectos que puedan afectar los lugares en donde ellos plenamente ejercen el goce de sus derechos¹⁸.

18 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC 11482-2017, M. P.: MARGARITA CABELLO BLANCO.

La anterior decisión fue confirmada en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC 11482-2017 de 3 de agosto de 2017, ordenándose en cumplimiento de lo decidido del *a quo*:

La suspensión de las labores que se vienen realizando por la sociedad Farallones SAS en el predio ubicado en la carrera 1 # 20-109 de El Rodadero, identificado por las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta como el sitio sagrado Jate Matuna (Mama Kwe o Mamashkwe o Mameihskaka), mientras el Ministerio del Interior determina si el sitio en mención hace o no de la llamada Línea Negra. Para tal fin se le concederá a este el término de hasta cuatro (4) meses y en el evento que efectivamente se establezca su ubicación dentro de esta, quedará sin efecto la Licencia de Construcción expedida por el Curador Urbano n.º 1 de este Distrito, a través de la Resolución n.º 520 de 21 de diciembre de 2016, debiéndose proceder a efectuar la correspondiente consulta previa a las comunidades indígenas y, en caso contrario se continuará con la obra, siempre que se cumplan todos los requisitos exigidos por la ley y se otorguen las licencias exigidas para tales casos¹⁹.

En respuesta a los mencionados fallos, el director de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificó que el sitio denominado Jate Matuna, además de no hacer parte de la *Sheshiza* o línea negra, es también un predio urbano y, en consecuencia, no hay lugar al agotamiento de la consulta previa. Lo anterior, pese a que el mismo funcionario dentro del trámite de tutela puso de presente que el sitio sagrado Jate Matuna es de aquellos que requieren de un reconocimiento especial debido a su importancia de índole cultural y social por el contenido funcional que cumple para las comunidades indígenas, pues sirve de “balance entre el calor del sol y el agua”, así como de equilibrio para mantener el clima en el territorio. Por tal razón, el Gobierno Nacional viene adelantando con los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta un proceso de concertación con el fin de incluir este sitio sagrado dentro de la denominada línea negra, y elevar esto a un decreto ministerial²⁰.

Así las cosas, de la decisión del Ejecutivo –Ministerio del Interior– se pueden obtener las siguientes conclusiones: 1. Se frustró cualquier posibilidad de consulta previa respecto a las decisiones que conllevan la intervención del predio; 2. Se despojó el sitio Jate Matuna de su

19 Ídem.

20 Ídem.

carácter sagrado y con ello se negó su eventual inclusión dentro de la llamada línea negra; y 3. Desconoce derechos fundamentales, sociales y culturales de los pueblos indígenas vinculados al sitio, en una abierta transgresión a los lineamientos constitucionales e internacionales de protección a dichas comunidades.

Todo este panorama evidencia, de una parte, que la reivindicación de los derechos indígenas ha sido a lo largo de la historia un tema solo formal, en el que preocupa más la incorporación normativa que la efectividad material, y de otra parte, que históricamente y en una forma que podríamos calificar de atemporal, ha prevalecido en las sociedades y en las instituciones que las integran, una postura de desdén frente a las comunidades indígenas y a la concreción de los derechos de las mismas. En otras palabras, las sociedades tal y como se han estructurado desde la conquista, si bien han procurado el reconocimiento legal de los derechos indígenas, lo que en tiempos contemporáneos obedece a la necesidad de armonizar el ordenamiento interno con los tratados internacionales, no es menos cierto que aún conservan la idea de avasallamiento de estas comunidades, lo que se refleja en la inoperancia de los mecanismos que favorecen la protección de sus derechos en términos de efectividad real.

Desde una perspectiva sociológica, esta realidad se puede enmarcar dentro de la definición propuesta por ÉMILE DURKHEIM²¹ sobre el hecho social, según la cual este se entiende como los modos de actuar, pensar y sentir que se difunden y manifiestan en forma generalizada en una sociedad. Es decir, desde el siglo xv la sociedad de alguna manera ha mantenido y alimentado el mismo esquema mental de superioridad frente a los pueblos indígenas, el que se ha convertido en una especie de patrón o molde que determina conductas discriminatorias y atentatorias de los derechos de tales comunidades. Consecuencia de ello, es también la complejidad que aún tiene la población indígena para el ejercicio pleno de sus derechos, la cual en gran parte deviene del esquema mental ya concebido por la colectividad no indígena, que tiende a marginarlos o reducirlos bajo un criterio de desigualdad que se ha construido desde siempre.

21 Épinal, Francia, 15 de abril de 1858 - París, 15 de noviembre de 1917.

REFERENCIAS

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-382 de 22 de mayo de 2006, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-382-06.htm>].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia STC 11482-2017, M. P.: MARGARITA CABELLO BLANCO.
- DE CASO, MANUEL ALONSO. “Rodrigo de Triana: el marino que gritó ¡tierra!”, *El Monárquico*, 29 de enero de 2018, disponible en [<https://elmonarquico.com/rodrigo-de-triana-el-marino-que-gritotierra>].
- Ley 21 de 4 de marzo de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989”, *Diario Oficial* n.º 39.720, de 6 de marzo de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1577376>].
- LIÉVANO AGUIRRE, INDALECIO. *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*, Bogotá, Intermedio, 2002.
- MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. “Repaso histórico y analítico del derecho comercial colombiano”, en *Código de Comercio*, Bogotá, Legis, 2004.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Lima, OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2014, disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf].
- TELESUR. “Memorias del holocausto indígena en América Latina”, 27 de enero de 2016, disponible en [<https://www.telesurtv.net/news/Memorias-del-holocausto-indigena-en-America-Latina-20160122-0074.html>].

