

**ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA SOCIO-JURÍDICA DE LA NOCIÓN DE
TERRITORIO INDÍGENA DESDE EL MODELO CONSTITUCIONAL
COLOMBIANO A PARTIR DE 1991**

Presentado por:

Luisa Fernanda Rubio Vargas

Jairo Linar Flor Suárez



**UNIVERSIDAD DE
MANIZALES**

Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas
Maestría en Derecho
Manizales, Caldas – Colombia
Abril de 2018

**ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA SOCIO-JURÍDICA DE LA NOCIÓN DE
TERRITORIO INDÍGENA DESDE EL MODELO CONSTITUCIONAL
COLOMBIANO A PARTIR DE 1991**

Trabajo de investigación para optar por el título de Magister en Derecho

Director:

Dr. Rodrigo Giraldo Quintero

Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas
Maestría en Derecho
Manizales, Caldas – Colombia
Abril de 2018

“Se confundió civilización con cultura, como en la escuela se sigue confundiendo instrucción con educación. La idea no fue desarrollar América según América, incorporando los elementos de la civilización moderna; enriquecer la cultura propia con el aporte externo asimilado, como quién abona el terreno donde crece el árbol. Se intentó crear Europa en América, trasplantando el árbol y destruyendo al indígena que podía ser un obstáculo al mismo para su crecimiento según Europa, y no según América. Arturo Jauretche”

DEDICATORIA

A mis padres José María y Martha Isabel, por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

A mi esposo Edward Alberto, por estar conmigo en aquellos momentos en que el estudio y el trabajo ocuparon mi tiempo y esfuerzo. Gracias por toda tu ayuda en el logro de mis metas profesionales eres un gran compañero de vida.

A mi adorado hijo Juan Sebastián quien me prestó el tiempo que le pertenecía para terminar y sin reclamar nunca nada ¡Gracias, mi cosa preciosa!

A mi tío Rafael Torres, que siempre me animó, por no decir que me arrojó a ver la importancia del crecimiento en el estudio profesional, gracias por tu persistencia.

Luisa Fernanda Rubio Vargas.

Dedico el presente trabajo académico a Dios, a mis padres José y Luz, igualmente a mis pequeños hijos Santiago y Gabriella, toda vez que han sido mi norte, apoyo y motor para alcanzar metas propuestas en la vida.

Jairo Linar Flor Suárez.

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora Nathalia Hernández Gómez, por su eficiente labor llena de calidad humana en pro del conocimiento.

Al Doctor Rodrigo Giraldo Quintero, por su constante apoyo, orientación y gentileza que tuvo con nosotros en el desarrollo de la presente investigación.

Al Dr. Javier Gonzaga Valencia Hernández, por ser una luz en el camino, dándonos ánimo para no desfallecer en la importante labor que genera una investigación de orden socio jurídico.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	9
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	11
OBJETIVOS.....	12
OBJETIVO GENERAL.....	12
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	12
METODOLOGÍA	12
TIPO DE INVESTIGACIÓN	13
MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.....	13
CAPITULO I. IMPLICACIONES DEL CONCEPTO DE TERRITORIO PARA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.	14
PUEBLOS INDÍGENAS.....	14
CONCEPTO DE TERRITORIO	17
ALCANCE Y ACEPTACIÓN DEL PENSAMIENTO SOBRE TERRITORIO.....	24
CAPITULO II. NOCIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS EN EL ACTUAL MODELO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DESDE EL PLURALISMO JURÍDICO	30
PLURALISMO JURÍDICO.....	30
CONSTRUCCION DE LA CALIFICACIÓN DE TERRITORIOS INDIGENAS EN EL TIPO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO	36

DERECHO AL TERRITORIO	46
UNA MIRADA DESDE LA MULTIPLICIDAD JURÍDICA EN TORNO A LOS GRUPOS INDÍGENAS	55
CAPITULO III. DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA NOCIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	59
OBSERVACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA FRENTE AL CONCEPTO DE TERRITORIO INDÍGENA.....	60
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE AL CONCEPTO DE TERRITORIO INDÍGENA	71
CONCLUSIONES	78
BIBLIOGRAFIA.....	82

**ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA SOCIO-JURÍDICA DE LA NOCIÓN DE
TERRITORIO INDÍGENA DESDE EL MODELO CONSTITUCIONAL
COLOMBIANO A PARTIR DE 1991**

RESUMEN

Esta investigación nace de la curiosidad e interés del desarrollo constitucional de la noción de territorio indígena, apoyados en el presupuesto de que somos una nación pluricultural con 87 pueblos indígenas reconocidos hasta el 2005 según el DANE. El curso de acción que nos hemos fijado es realizar un estudio de la noción de territorio indígena y el desarrollo constitucional y legal del mismo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Todo esto, desde la perspectiva del pluralismo jurídico, por cuanto comprendemos la independencia de sistemas jurídicos entre el imperante y el de las comunidades indígenas.

La metodología esbozada, se enfoca en los objetivos planteados y las fuentes de información que nutrirán este texto, por tanto, determinamos que siendo esta una investigación que pretendió analizar una situación con un toque explorativo, la misma fue una investigación básica con enfoque cualitativo, que empleó el método analítico, puesto que pensamos puntualizar en los elementos que componen el problema de investigación, tal como se dijo; desde la noción de territorio indígena hasta la jurisprudencia de la CIDH.

De esta forma, determinamos la efectividad y gestión del Estado en el cumplimiento de los mandatos y presupuestos constitucionales, encontrando ausencias, se recomendó la aplicación de dichos mandatos pero integrando los presupuestos del pluralismo jurídico y propender por una emancipación que promueva una sociedad intercultural.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado expone una inquietud de corte socio-jurídico en torno al concepto o noción de territorio indígena desde el actual modelo constitucional colombiano, enfocada a establecer el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas sobre el mismo. Para lograr este objetivo principal, se segmentó la investigación planteando tres objetivos específicos que resumen el alma del proyecto, pues buscamos puntualizar en el desarrollo que el Estado ha venido dando a los territorios indígenas, de tal suerte que pudiéramos observar el cumplimiento de los presupuestos constitucionales.

En el estudio previo determinamos abordar el análisis desde la teoría del pluralismo jurídico, ya que nos permite tener una perspectiva de aplicación de sistemas coexistentes sin ánimo de fusión, en virtud del reconocimiento y garantismo de los derechos de las comunidades indígenas sobre los territorios que han ocupado ancestralmente, contrastado con nuestro sistema jurídico constitucional de corte occidental, que bajo los presupuestos de la democracia, se convierte en el sistema imperante. Por esta razón, se utilizó textos de autores críticos como Iris Marion Young, Boaventura de Sousa Santos, Nancy Fraser y Rosembert Ariza entre otros, que observan el sistema desde la flexibilidad y emancipación del constitucionalismo, dirigido a la consolidación de un Estado pluricultural.

De esta forma buscamos impactar e incentivar el dinamismo de las garantías constitucionales y construir el peldaño para dar el paso que nos determine como un Estado plurinacional como el vecino país de Bolivia.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la Constitución Política colombiana de 1991 se implementaron cambios en nuestro modelo jurídico, precisamente eso ocurrió con el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, puesto que la Carta Política en su artículo 286 reconoce administrativamente a los territorios indígenas como Entidades Territoriales, como lo hace con los departamentos, distritos y municipios, así como en el artículo 246 les concede reconocimiento como jurisdicciones autónomas. Más adelante en el artículo 287, le atribuye a estas Entidades Territoriales una serie de facultades y/o potestades, propias de un Estado Constitucional de avanzada, y como si fuera poco, determina en el artículo 329, que la forma en que estas Entidades Territoriales Indígenas se constituirán, será a través de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

No obstante, después de 20 años se profirió la Ley 1454 de 2011, Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, pero en ella no se incluyó nada respecto de la integración y conformación de las Entidades Territoriales Indígenas. Esta situación llevó al gobierno nacional a proferir el Decreto 1953 de 2014 para poner en funcionamiento dichas entidades. Es cierto que existe un reconocimiento de los derechos de estas comunidades, pero el reconocimiento no es suficiente para la protección de esos derechos, porque, como se puede observar de la lectura del artículo 3 de este Decreto, limita la aplicación del concepto de Entidades Territoriales Indígenas al reconocimiento estatal, que no solo es deficiente, sino selectivo, pues concentra dicho reconocimiento a la utilidad comercial del territorio. Por eso se encuentra muchas comunidades que no son reconocidas lo que conlleva a que carezcan del abrigo normativo que las proteja.

Es por las razones antes expuestas, que nace la necesidad de investigar y poder determinar si los mecanismos que el Estado ha venido implementando propenden por el reconocimiento, protección y garantía de los derechos que las comunidades indígenas ostentan.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la perspectiva socio-jurídica de la noción de territorio indígena desde el modelo constitucional colombiano a partir de 1991?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar la perspectiva socio-jurídica de la noción de territorio indígena desde el modelo constitucional colombiano a partir de 1991.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Determinar las implicaciones del concepto de territorio para las comunidades indígenas.

Estudiar la noción de territorios indígenas en el actual modelo Constitucional Colombiano desde el pluralismo jurídico.

Analizar el desarrollo constitucional y legal de la noción de territorios indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos humanos.

METODOLOGÍA

TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación adelantada en este proyecto fue básica con un enfoque cualitativo realizada a través de un análisis desde la teoría del pluralismo jurídico, por cuanto se desea puntualizar en sus componentes principales, una realidad socio-jurídica como lo es el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas sobre el territorio desde la noción misma de territorio indígena en el modelo constitucional colombiano desde 1991.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método de investigación que se empleó en este trabajo es el analítico-hermenéutico pues se parte del concepto de territorio indígena abordado desde el concepto indígena hasta lo delimitado por la Constitución Política de 1991, seguidos de la teoría del pluralismo jurídico, frente a la aplicación del mismo en el desarrollo constitucional y legal del concepto de territorio indígena para el reconocimiento de derechos de las etnias o comunidades indígenas, mediante el estudio además, de la jurisprudencia constitucional que hay al respecto, así como de los convenios internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trabajo se concentra en el desarrollo teórico, en ningún caso esta investigación tuvo enfoque de campo.

CAPITULO I. IMPLICACIONES DEL CONCEPTO DE TERRITORIO PARA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

Esta investigación pretendió puntualizar en la importancia del concepto de territorio para las comunidades indígenas y su correspondiente desarrollo en el marco colombiano, con tal de determinar si el Estado les confiere el reconocimiento que requieren para garantizar su continuidad como agente social. Por esta razón, se centra el desarrollo de este objetivo en la configuración de los conceptos que nutrirán el resto del cuerpo del documento.

Cabe anotar, que la mayoría de colombianos no tiene la claridad en los conceptos que giran en torno a las comunidades indígenas, de ahí, que sean tomados como sujetos extraños al común denominador de la nación y/o que no se les reconozca como parte integrante de la misma. Tampoco existe una cultura pluralista y multicultural que lleve a la inclusión y apropiación de las comunidades indígenas como nuestras. Si bien existe consciencia de la constante búsqueda por el reconocimiento de derechos individuales y colectivos de estas comunidades, también se considera que la misma son parte integrante de la nación y que brindan una identidad al Estado.

Dicho esto, se quiere hacer énfasis en los conceptos de “pueblos indígenas” y “territorio”, este último desde la óptica de las comunidades indígenas, para poder llegar a determinar la relevancia e implicaciones que tiene para ellas y para el Estado.

PUEBLOS INDÍGENAS

Colombia es un país que se encuentra integrado por diferentes grupos étnicos y mestizajes, que enriquecen no solo la diversidad de este, sino también, el patrimonio

cultural de la nación. Por tal motivo, y en vista a que se hablará del concepto de territorio para las comunidades indígenas, vale la pena hacer claridad sobre el concepto de pueblos indígenas, ya que a primera vista y debido a la multiculturalidad de Colombia, es probable confundir fenotípicamente los individuos pertenecientes a las comunidades o pueblos indígenas, así como el concepto mismo; de esta forma, se podrá dar claridad en el desarrollo de esta monografía.

Hay varias definiciones del término, sin embargo se traerá a colación aquellas que definen con precisión el objetivo principal de la investigación. La primera definición, y una de las más usadas y citadas en la comunidad internacional, es la del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José R. Martínez Cobo:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. (ONU, doc. núm. E/CN.4/Sub.2/1986/87)”

Existe un presupuesto que se alza a título de requisito para el reconocimiento del status de “indígena”, y es la relación ancestral con aquellas comunidades preexistentes a la occidentalización de los pueblos originarios, es decir, a la colonización. Por tanto, la existencia de una identidad étnica se encuentra sometida a la ancestralidad de los sujetos.

Aunque el anterior concepto fue muy amplio y es el más conocido por la comunidad internacional, no es el único, y al respecto según Stavenhagen, el concepto “indígena” tiene un claro origen colonial, pues “son indígenas los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio dado cuando éste fue invadido, conquistado o colonizado” (Stavenhagen, 1992, p. 88).

El concepto dado por José R. Martínez Cobo, cobró incidencia en el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” que en su articulado plantea una definición, cuando refiere al margen de aplicación del convenio, así:

Artículo 1. Núm. 1. Lit. b.

A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Artículo 1. Núm. 2.

La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Es clara la incidencia del primer concepto, por cuanto el convenio contiene la determinación de aquel requisito que implica la preexistencia ancestral a los tiempos coloniales. Precisamente lo que se quiere proteger es la memoria histórica, cultural, el legado de aquellas personas que habitaron originalmente un determinado territorio.

Ahora, para JESUS ENRIQUE PIÑACUE ACHICUE, líder indígena y representante de este colectivo en el Congreso de la Republica, en el proyecto de ley sobre jurisdicción especial indígena, citado por (Agredo, 2006) dice:

PUEBLOS INDIGENAS.- Se entiende por pueblos indígenas los grupos, comunidades, parcialidades e individuos descendientes de los pobladores originarios de América que tengan conciencia de su identidad étnica y cultural, manteniendo usos y valores de su cultura tradicional, así como instituciones de gobierno, de control social y sistemas normativos propios.

El concepto de PIÑACUE, recoge las definiciones anteriores, incluso la del convenio 169, y pone de presente un elemento que resulta relevante para el resto de la discusión, y es que los pueblos indígenas, para ser reconocidos como tal, deben tener conciencia de su identidad étnica y cultural. Seguramente se debe, a que precisamente estos últimos factores son los que se busca preservar en el tiempo, además obviamente, de generar una justicia histórica a los flagelos que estos pueblos y/o comunidades sufrieron en la época de las colonizaciones.

Todas las anteriores definiciones abarcan el concepto de una forma amplia, con seguridad hay muchas otras definiciones que no se mencionan, pero para efectos de esta investigación, y en consideración de lo escueta y precisa que resulta, cada vez que se hable de pueblos indígenas o comunidades indígenas, se recuerda la presentada por JESUS ENRIQUE PIÑACUE ACHICUE, líder indígena y representante de este colectivo en el Congreso de la Republica, en el proyecto de ley sobre jurisdicción especial indígena.

CONCEPTO DE TERRITORIO

Las comunidades indígenas a lo largo y ancho de la historia, han sido incomprendidas por las demás personas, que aunque de una misma nación, desconocen el valor que estas dan a su identidad cultural y por supuesto a sus territorios. El pensamiento occidental que se vive en la urbe, aparta a los individuos

de la connotación del sentido que las comunidades indígenas le conceden a sus territorios; por ello, somos ajenos y apáticos a sus luchas por el reconocimiento, a tal punto, que llegamos a remeter en su contra cuando por su actuar deviene una caída del sistema.

La lucha milenaria de estas comunidades por su tierra, se debe a la necesidad de reconocimiento de derechos necesarios para hacerles justicia histórica y justicia social, por eso el nivel simbólico que los indígenas le dan a su tierra, es muy alto, puesto que su relación con ella, más allá que comercial, es espiritual y de asentamiento, por la ocupación ancestral de las comunidades, de esta forma se consulta a AGREDO (2006) quien ilustra en sus líneas ese sentimiento:

Para los pueblos indígenas el significado de territorio se basa en su principio de autonomía, no como una situación de dominio sobre un lugar, sino que implica y requiere la posibilidad de la toma de decisiones sobre lo que les pertenece por naturaleza propia. Para ellos sencillamente no puede existir la demarcación, comarca, zona, faja o franja, debido a que ellos se consideran uno con el universo; por esto el territorio en su planificación no debería limitarse a la visión occidental. Ahora bien, si para quienes estamos formados en la concepción occidental y la racionalidad nos lleva a dificultades poder dimensionar el universo ¿cómo entonces discutimos sobre la concepción de los indígenas de su territorialidad indivisible y cosmogónica? Su forma de dimensionar el territorio lo efectúa no con elementos o mojones físicos de referencia sino desde el punto de vista de la imaginación de sus sentidos, hasta donde la vista alcanza el paisaje, el horizonte, donde su capacidad física le permite la explotación del medio y su sustento. (p.29)

Es necesario resaltar la importancia de este concepto, pues está intrínsecamente relacionado con el desarrollo cultural y social que como comunidad necesitan los indígenas en sus asentamientos, y no es por menos, ya que como se ha dicho al

momento de presentar los conceptos sobre “pueblos indígenas”, los factores preponderantes son la identidad étnica y cultural, aspectos que están intrínsecamente relacionados con su noción de territorio.

Dicho lo anterior, es relevante exponer los conceptos que estas comunidades tienen sobre el “territorio”, no sin antes diferenciar este último del término de “tierra”, diferencia que podemos apreciar de la mano de (López et al, 2008):

Tierra

Por tierra se entiende el espacio físico-geográfico que está en propiedad de determinadas personas individuales, comunitarias o del Estado. La propiedad es el conjunto de derechos sobre un bien de una persona, de organizaciones comunitarias o del Estado. El derecho propietario de unos produce la exclusión de otros al goce de un bien.

Los derechos que otorga un Estado sobre la tenencia de la tierra, por lo general, responden a los intereses de los sectores que detentan el poder en ese momento. Por lo tanto, las formas de propiedad de la tierra en cada momento de la historia boliviana fueron variadas, ya que la modalidad de propiedad depende de la forma de organización social y política del país.

Territorio

Un espacio de tierra se constituye en territorio cuando sus habitantes generan una serie de relaciones políticas y administrativas que se manifiestan en el sentimiento de pertenencia e identidad con dicho espacio. Este sentimiento tiene su base en diversas lógicas y formas de apropiación del espacio, cada quien se siente hijo o hija de su tierra; en ese entendido, su entorno se convierte en su territorio.

Los pueblos indígenas entablan relaciones de reciprocidad con la tierra y los recursos naturales. Esta reciprocidad entre la colectividad humana y la tierra

genera una serie de relaciones políticas entre las personas, creando varias instituciones que dan sustento, legitimidad y continuidad al sentimiento colectivo de pertenencia y propiedad.

Por general, por territorio se entiende a la estrecha relación entre el espacio físico que se refiere al suelo, al subsuelo y al espacio por encima del suelo y la colectividad humana; dimensiones que cumplen no solo una función económica, sino que poseen diferentes sentidos en los ámbitos religiosos, festivos y culturales. (p.7-8)

Deriva de lo anterior, que tierra y territorio son totalmente diferentes, mientras la primera hace relación únicamente al espacio geográfico, la segunda supone una relación de la comunidad con dicho espacio geográfico, de ahí la caracterización del valor subjetivado que los miembros de estas comunidades dan a los espacios donde habitan y desarrollan sus vidas, es decir, que la existencia de los pueblos indígenas está muy ligada al territorio, porque la identidad étnica y cultural se definen por la interacción de los individuos con este.

Ahondando más en el tema, si bien es cierto que tierra y territorio no son lo mismo, ¿Qué es territorio según los mismos indígenas? JESUS ENRIQUE PIÑACUE ACHICUE, en el proyecto de ley sobre jurisdicción especial indígena, citado por (Agredo, 2006) dice:

TERRITORIOS INDIGENAS.- Se entiende por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por un pueblo indígena y aquellas que, aunque no están poseídas en dicha forma, constituyen su hábitat o el ámbito tradicional de sus actividades sagradas o espirituales, sociales, económicas y culturales, así otros grupos étnicos o poblacionales habiten en dicho territorio. (p.29)

De esto, debe tenerse presente, que los miembros de la comunidad indígena, para tenerse como tales, deben guardar una relación ancestral con los indígenas originarios que poblaron el territorio.

Obsérvese lo que dice la comunidad indígena de Argentina sobre el territorio (Taiñ Kiné Getuam, 1995):

Los mapuche expresamos en nuestro nombre la autoidentificación cultural como gente de la tierra [...] Nuestra concepción va más allá del carácter económico como factor de producción, le da a nuestra demanda por la tierra un sentido y una dinámica que engloba la totalidad de nuestra existencia.

Del mismo modo en la propuesta concertada para incorporar los derechos de los Pueblos Indígenas y Comunidades en la Constitución Política del Perú; abril de 2003, se refieren al territorio:

Cuando los pueblos indígenas se refieren a su territorio lo hacen desde una visión integral, no hablan sólo del espacio que ocupan sino que lo reconocen como fuente de identidad, de sustento material y relación espiritual, de derechos y de vida. El concepto del territorio incluye los recursos naturales para los pueblos indígenas, y a su vez existe una prioridad para asumir la defensa del territorio.

En razón a ello desde la visión de los pueblos y comunidades del Perú se declara que “entendemos por territorio la totalidad del hábitat de un pueblo, es decir desde el punto de vista geográfico comprende la superficie terrestre, las aguas y el subsuelo (con todos los recursos naturales que se encuentren en el territorio); y desde el punto de vista cultural, abarca el espacio en el cual nuestra cultura se asienta y reproduce. (...) Pero además, en ese espacio se expresa nuestra espiritualidad y cosmovisión, música, danza, poesía, literatura y muy especialmente, se recrea nuestra riqueza y multiplicidad

lingüística. Del buen manejo material y espiritual de nuestro territorio derivan una serie de derechos (...)

Frente al concepto de territorio y pertenencia de las comunidades indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, dice:

“El concepto comunal de la tierra - inclusive como lugar espiritual - y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el hábitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación.

(...)

Consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.

Se aprecia que la connotación de la tierra y/o territorio para los pueblos indígenas, es diferente al pensamiento del mundo occidental, o en este caso, al resto de la nación colombiana, y esto también ha sido abordado por la Corte Constitucional así:

(...) En este orden de ideas, cabe considerar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana, 'porque para el indígena, la territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce.

Las comunidades indígenas llevan luchando mucho tiempo por el reconocimiento de derechos sobre los territorios que ocupan, esta lucha tiene una demanda de orden material, haciendo referencia al espacio físico reivindicado y los correspondientes recursos que en estos se encuentran. Así se encuentra a (Zúñiga, 1998) que establece la disyuntiva:

La primera dimensión - el espacio - se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales. La segunda dimensión se expresa, por una parte, en el reclamo por el control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural gracias a los cuales se asegura la reproducción y continuidad material y cultural del grupo en cuestión, y de otra parte, en el reclamo de que tales procesos estén regidos y se lleven a cabo según la normatividad propia de los pueblos indígenas. (143)

Es evidente, que el territorio es la base de toda cultura indígena, por eso resulta importante, para cerrar el contenido del concepto de territorio citar lo dicho por ECHEVERRI (2000)

Entonces tenemos que el territorio es un espacio y es un proceso que lleva a la configuración de una palabra de ley, entendida como palabra de consejo, educación. Ese espacio no es necesariamente un espacio geográfico

marcado por afloramientos rocosos, quebradas, lomas, cananguchales, pozos, barrancos. Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades. (p.175)

En conclusión, es importante entender la noción de territorios indígenas como la relación identitaria, política, económica, social y cultural de un determinado grupo de personas particularmente pertenecientes a una comunidad que tenga conciencia de su identidad étnica y cultural respecto de los indígenas originarios, la cual es indispensable y se convierte en un elemento inescindible para la existencia de estos pueblos. El territorio, en el caso de los pueblos indígenas, no puede ser pensado como lo hace el mundo occidental, que le dan al mismo un valor comercial aludiendo al concepto individualista de propiedad. Esto va más allá, es entender que la existencia misma del pueblo indígena, comprendida desde la identidad étnica y cultural, se encuentra supeditada al asentamiento territorial, pues es de la interacción con los elementos particulares de ese hábitat que puede hablarse de un desarrollo social de estas comunidades.

ALCANCE Y ACEPTACIÓN DEL PENSAMIENTO SOBRE TERRITORIO

Los pueblos indígenas han ocupado territorios que hacen parte de Estados, como son los casos de las comunidades indígenas Sawhoyamaya en Paraguay, Kichwa de Sarayaku en Ecuador, Taminaco entre Colombia y Brasil, Nahuas en México o Moiwana en Surinam, cuyos sistemas jurídicos difieren del de las comunidades ocupantes, pero que exista un sistema imperante no implica ni convierte a las comunidades indígenas en parias o invasores. Estas comunidades han ocupado ancestralmente diferentes extensiones de terreno a lo largo y ancho del globo terráqueo, es decir, que estas comunidades y/o sociedades indígenas, llevan mucho

más tiempo empoderado de sus territorios, que el tiempo en que pudo considerarse la existencia de sociedad civil en estos Estados.

No se debe pensar pues, que Colombia es el único país con pueblos indígenas asentados en territorios comprendidos en su soberanía, por ello, y como referente histórico comparativo, vale la pena resaltar brevemente esta forma de multiculturalismo en otras culturas, tal como lo indica Kymlicka (2007):

(...) la primera tendencia se refiere al tratamiento de los pueblos indígenas, como son los indios y los inuit en Canadá, los pueblos aborígenes en Australia, los maoríes de Nueva Zelanda, los sami de Escandinavia, los inuit de Groenlandia o las tribus indias en Estados Unidos. En el pasado, todos estos países tuvieron el mismo objetivo y la misma expectativa de que los pueblos indígenas a la postre desaparecerían como comunidades distintivas, ya fuera por extinción o por casamiento con otras etnias o por asimilación. Para acelerar este proceso se adoptaron diversas medidas como, por ejemplo, quitarles sus tierras, restringir la práctica de su cultura tradicional, lengua y religión y socavar sus instituciones de autogobierno.

No obstante, a comienzos de la década de 1970 hubo un cambio dramático en estas políticas. Hoy, todos los países mencionados aceptan, al menos en principio, la idea de que los pueblos indígenas existirán indefinidamente en el tiempo como sociedades distintivas dentro de un país más grande, y que necesitan sostener los reclamos de tierras, derechos culturales (incluido el reconocimiento del derecho consuetudinario) y de autogobierno necesarios para mantenerse como sociedades distintas. Observamos este patrón en todas las democracias occidentales. Consideremos la afirmación constitucional de los derechos aborígenes en la Constitución canadiense de 1982, junto con la comisión de reclamos de tierras y la firma de nuevos tratados, el renacimiento de los derechos contractuales a través del Tratado de Waitangi en Nueva Zelanda, el reconocimiento de derechos de tierras para

los aborígenes australianos en la resolución de Mabo, la creación de Parlamentos sami en Escandinavia, la evolución de una “Home Rule” para los inuit de Groenlandia y las leyes y decisiones judiciales que ratifican los derechos de autodeterminación de las tribus indias norteamericanas. En todos estos países tiene lugar un proceso gradual pero real de descolonización, en la medida en que los pueblos indígenas recuperan sus tierras, su derecho consuetudinario y su autogobierno. (p.14-15)

Colombia no es distinta, pasa igual, se lleva a cabo un proceso de descolonización brindando autonomía a los pueblos indígenas y reconociendo su ancestralidad en algunos territorios como en el Cauca, el Valle del Cauca, Meta, Casanare, Amazonas, Caquetá, Magdalena y demás, pero aceptamos voluntariamente con reconocerlos sin poner en marcha los mecanismos necesarios para participarles del Estado, es decir, no basta con el reconocimiento formal, que ya es una diseño de justicia histórica, sino que también es necesario la dinamización que nos permita tener un margen amplio de protección material.

Si se acude a la concepción holística de lo que es territorio para las comunidades indígenas, es ponderante hacer la siguiente afirmación: sin tierra y/o territorio los pueblos indígenas están llamados a desaparecer. Por tanto, teniendo presente la relevancia del concepto para dichas comunidades, como Estado se debe propender por garantizar todos sus derechos en el espectro que irradian los efectos de esta acción, a tal punto que las porciones de tierra que ocupan los indígenas no solo aseguren su supervivencia sino también su desarrollo. La Corte Constitucional también lo ha podido ver de esta forma, y en sentencia C-891 de 2002 dijo:

...es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus

fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une - como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.”

(...)

En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.

De lo expuesto se tiene la capacidad de asegurar que el territorio es necesario para la reivindicación histórica y social con las comunidades indígenas, así como indispensable para el desarrollo de estos pueblos. No se puede desconocer el derecho que los mismos poseen sobre la tierra, por cuanto podrían generarse prácticas que se traduzcan en la eliminación total o parcial de estos grupos, como también de su identidad cultural. Por lo tanto, es menester del Estado conceder el reconocimiento de los derechos sobre los territorios indígenas o ancestrales, de tal suerte que se logre preservar a las comunidades indígenas como patrimonio de Estado y que las mismas tengan libertad de explotación de sus tierras, puesto que en ocasiones la misma protección que brinda el Estado, se dirige a la limitación económica de las comunidades. Es necesario entonces, tener una visión amplia del concepto de territorio para los indígenas, y conforme esa visión tomar las acciones tendientes no solo a la protección de la propiedad colectiva sobre el territorio, sino además las que implican el desarrollo social en todos sus aspectos.

La Constitución de 1991 profundizó legalmente los derechos indígenas, y estableció la figura de Entidades Territoriales Indígenas (ETIs) como unidades político administrativas comparables a un municipio. Pero estos derechos no se han

implementado. La figura administrativa de los resguardos coloniales se cambió de Comisarías a Departamentos: fue el caso de Vaupés, Guainía y Amazonas. Pero no se constituyeron ETIs ni municipios al interior de éstos. Sino que se crearon entidades públicas territoriales con personería jurídica, conocidas como Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas (AATIs).

La autonomía de estos departamentos es relativa. En Guainía y Vaupés el 95% de la población es indígena, pero son gobernados por el 5% no-indígena (Portal Territorio Indígena y Gobernanza). Por otra parte, en la última década, se han restringido en la práctica los derechos territoriales y al aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a los que el Estado ha puesto en manos de colonos y empresas.

Existe una tendencia general que nos lleva a pensar a las comunidades indígenas como un solo pueblo con una misma raíz, pero esto no es así, son muchos los colores y matices que tienen estas comunidades. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística, en el 2005 realizó un censo de los grupos étnicos que arrojó la siguiente tabla:

Territoriales Dane y Departamentos	Nº de departamentos con resguardos	Nº de municipios con resguardos	Nº de resguardos
Norte	4	24	34
Cesar		5	10
La Guajira		11	20
Magdalena		5	3
Sucre		3	1
Noroccidental	3	47	160
Antioquia		19	42
Córdoba		3	3
Chocó		25	115
Nororiental	3	14	30
Arauca		6	26
Norte de Santander		6	3
Santander		2	1
Central	10	60	200
Boyacá		2	1
Caquetá		10	45
Casanare		4	10
Huila		10	14
Meta		6	20
Amazonas		10	26
Guainía		6	25
Guaviare		4	24
Vaupés		4	3
Vichada		4	32
Centr Occidental	3	14	77
Caldas		5	6
Risaralda		3	5
Tolima		6	66
Suroccidental	4	69	221
Cauca		26	83
Nariño		17	60
Putumayo		13	55
Valle del Cauca		13	23
TOTALES	27	228	710*

Fuente: DANE, Proyecciones de Población, junio 30 de 2005.

* 2 resguardos tienen su territorio en 3 departamentos y 8 resguardos en 2 departamentos

La anterior tabla sirve como indicador de los territorios donde se encuentran los asentamientos de las comunidades indígenas, lo cual lleva a establecer la relevancia del reconocimiento material de sus derechos, así como de la protección del medio ambiente en torno a estas, puesto que la explotación indiscriminada de recursos naturales puede llevar a la afectación o desaparición de estas etnias.

CAPITULO II. NOCIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS EN EL ACTUAL MODELO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DESDE EL PLURALISMO JURÍDICO

Se desprende del punto anterior, que el “territorio” es un concepto de gran preeminencia para los pueblos indígenas, tanto que tiene relación con la misma identidad de estos, de hecho es un concepto complejo, porque no solamente supone la existencia de un espacio geográfico y la posesión, uso o habitación de este, sino que además involucra sus actividades sagradas o espirituales, sociales, económicas y culturales, las cuales son necesarias para el normal desarrollo integral de los miembros de estas comunidades. Entonces se pretende estudiar si la noción o concepto de territorio vista en puntos anteriores, es acogida por el modelo constitucional colombiano, o si al menos, este modelo reconoce la incidencia de dicho concepto, no sin antes, analizar el modelo constitucional desde la teoría del “pluralismo jurídico”, para identificar si la inclusión del concepto de territorios indígenas al modelo constitucional es garantista y reivindicadora.

PLURALISMO JURÍDICO

Colombia es un país de muchos colores; etnias, razas, comunidades de culturas ancestrales conviviendo en la modernidad, pero que hoy día se ven amenazadas por diversos factores, tal como la colonización y la desculturización, sin embargo el Estado colombiano con la Constituyente de 1991 revistió de importancia los territorios de las comunidades indígenas, con el fin de protegerlas de la mencionada modernidad. Por esta razón, y conforme los objetivos planteados, fue preciso abordar esta investigación desde la órbita del pluralismo jurídico, tocando incluso el concepto de paternalismo, sin que este último afectara el curso de la presente discusión.

Debemos decir que el pluralismo jurídico pasó por determinadas etapas históricas, dentro de las cuales algunos teóricos pensaban que, el mismo suponía la aplicación de un mecanismo jurídico a múltiples situaciones y no la coexistencia de múltiples mecanismos jurídicos para múltiples situaciones, sin embargo, no se pretende hacer un recorrido histórico de esta corriente teórica, pues no es menester en los objetivos de esta investigación. Vale la pena resaltar ciertos aspectos que marcaron esta corriente, uno de ellos lo encontramos con VANDERLINDEN (1989) que dice:

La existencia, dentro de un único ordenamiento jurídico, de diferentes mecanismos que se aplican a situaciones similares señala una pluralidad de mecanismos jurídicos, no pluralismo jurídico. Hoy me doy cuenta que para tener pluralismo, necesariamente se debe estar frente a varios ordenamientos jurídicos que coinciden en la misma situación y que hacen que el individuo no sea un “sujeto de derecho” sino un “sujeto de derechos. (p.156)

Esta posición expone el tránsito de pensamiento y transformación del pluralismo jurídico, es una de las más representativas, sin que eso implique que sea el derrotero determinante para fijar las bases actuales, por lo que no está de más, resaltar que nuestra intención no es hacer un compendio o desarrollo teórico de esta figura.

Ahora, al hablar de pluralismo son ineludibles los planteamientos teóricos de uno de sus mayores exponentes, quien define desde una preposición negativa lo que no es el pluralismo jurídico. Así pues, EHRLICH (2005) manifiesta: “*El error radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer solamente como Derecho sólo lo que emana del Estado, lo que se consolida a través de la amenazadora coerción estatal; todo lo demás sería uso moral o creaciones semejantes*” (p.93).

Finalmente, y con el propósito de aterrizar la discusión al marco colombiano, se considera, dialogar en las próximas líneas con un autor colombiano, que ha venido tratando el tema del pluralismo jurídico, ese autor es Rosembert Ariza.

Entonces se tiene que ARIZA (2015) comienza su discurso definiendo así el pluralismo jurídico: *“Considero que el pluralismo jurídico intercultural es la capacidad de comprensión sin pretensión de fusión entre sistemas jurídicos, prácticas jurídicas y formas de convivencia regladas, sin orden jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros”* (p.1).

Claramente, dice que el pluralismo jurídico es una capacidad de coexistencia de sistemas sin absorción, es decir, que no exista una simbiosis entre ellos, con tal suerte, que terminen transformándose en uno, sin limitar la posible relación que puedan o deban guardar. Esto lleva a determinar la concurrencia de paralelismo de sistemas, situación que es generosa en el caso de minorías.

Más adelante manifiesta, que el constitucionalismo está llamado a un paso en la evolución jurídica, fijando una línea emancipadora que dé a luz una sociedad intercultural, con esto, ARIZA (2015) afirma:

Sin entrar en una discusión sobre las variantes del Pluralismo jurídico, ya sea sobre el paradigma “desde arriba”, transnacional y globalizado o del modelo “desde abajo”, de las prácticas sociales emancipadoras y de los movimientos sociales, es importante subrayar la proposición de un constitucionalismo pluralista y emancipador. A partir de ahí, aparece la aproximación e integración entre la constitución y el Pluralismo democrático, proyectando la perspectiva de un nuevo Estado de Derecho, y una constitución que consagre y reafirme al Pluralismo como uno de sus principios fundamentales, determinando no sólo un modelo de Estado Pluridimensional, sino que específicamente, un proyecto para una sociedad intercultural, como lo bien lo señala Wolkmer. (p.4)

Aunque esto sería el ideal de una sociedad con contrastes multiculturales, no es lo que ocurre en la realidad, pues como Estado se enfrenta a las múltiples corrientes políticas externas, que terminan en prácticas colonizantes, situación que se observa incluso en el régimen de justicia colombiano, donde en el derecho penal nos topamos con un sistema anglosajón y un sistema francés en las otras jurisdicciones. Esto puede responder a la reducción de las fronteras por los abundantes avances de la humanidad, sin embargo, no justifica el desconocimiento de derechos en el campo multicultural, así lo refiere ARIZA (2015):

El colonialismo jurídico sigue permeando las reformas constitucionales y las pretensiones de cambio de los Estados y por muy profundo que sean los cambios constitucionales el derecho no muta solo se reconfigura en otra nueva forma en la nueva fase y cambia simplemente su nomenclatura de Estado de Derecho a Estado Constitucional, sin resolver los problemas históricos y las deudas pendientes en materia de sociedades y nacionalidades excluidas del poder. (p.5)

Y continúa diciendo:

Un referente común es el derecho europeo como derecho dominante en América Latina, sin desconocer que el derecho norteamericano se constituye en el derecho global hegemónico y ellos en simultaneo operan en un continente multiétnico, multicultural y plurilingüe que con cinco siglos de colonialismo hoy reconoce derechos específicos a los pueblos indígenas y afrodescendientes, herederos de civilizaciones que existían previamente a la colonización europea que definió el rumbo de nuestra historia moderna. Así mismo, en diferentes etapas históricas de nuestros países se han venido reconociendo un conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales que reflejan demandas y aspiraciones de equidad, buen vivir, vida buena y una mejor convivencia de estas sociedades plurales.

(...)

El reconocer sociedades que tienen órdenes sociales y jurídicos diferentes al sistema jurídico hegemónico dentro de un Estado es una de las expresiones del pluralismo, sin embargo se circunscribe en la mayor parte de los casos solo a eso a “reconocerlos” sin mayor garantía que la garantía de su reconocimiento. (p. 6-7)

Es preciso decir, como bien lo hace Ariza, y para el caso concreto de la investigación, que no basta el reconocimiento de derechos a las comunidades indígenas, sin que este se acompañe de los mecanismos que lo pongan en marcha, de tal forma que no pueda hablarse de una vulneración por reconocimiento parcial o que las minorías y grupos continúen sus movimientos para el reconocimiento, porque no existe una verdadera inclusión dentro de la sociedad como un sistema independiente, sino subsidiario o totalmente dependiente del sistema imperante o hegemónico.

Se puede llegar a pensar que la pluralidad jurídica es la explicación a la ineficacia del aparato Estatal, la insuficiencia normativa o el simbolismo que esta última representa ante la carencia de materialización, de ahí que sea necesaria la implementación de sistemas paralelos autónomos. Esto se puede explicar desde los planteamientos de GARCIA & RODRIGUEZ (2003):

El uso simbólico se contrapone al uso instrumental. Mientras que el primero se orienta hacia la consecución de fines específicos a través de ciertos medios, el segundo se orienta hacia la producción de representaciones en contextos en los cuales predomina la interpretación. (p.40)

Es preciso manifestar que la tendencia en el ámbito de la formalidad, es la descolonización como practica de justicia histórico-social, sujeta a la necesidad ancestral de los pueblos indígenas.

Pero porque promulgar disposiciones que el Estado a través de su estructura no puede aplicar o no quiere aplicar. Podemos especular diciendo que el Estado a través de la democracia representativa busca realmente reivindicar los derechos de las comunidades indígenas, como una especie de justicia histórica-social, pero no posee los medios suficientes para que estas medidas sean eficientes; o podemos también, razonar que dicha ineficacia no responde a un factor extraño, sino que es preconcebida, con el fin de aplacar los reclamos de las comunidades indígenas y favorecer intereses subrepticios. GARCÍA (1993) nos dice:

(...) un escrito más detallado sobre protección de derechos humanos seguramente no habría sido aceptado: cada Estado pone todo su empeño en el logro de un compromiso entre una redacción con una generalidad suficiente que dificulte la eficacia de una eventual acusación contra sus propias acciones y una especificidad tal que le permita el logro de los beneficios retórico-políticos de un acuerdo importante. (p. 21).

Años más adelante reiteran en otra obra GARCÍA & RODRÍGUEZ (2003):

Dicho en otros términos, el sistema jurídico se convierte más en un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas que en un instrumento de implementación instrumental de dichas políticas. (...) Se intenta compensar parcialmente el déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, con el aumento de la comunicación a través de la producción de normas y discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación. (p. 41).

Podría sonar como esas teorías alarmistas del pensamiento crítico contemporáneo, pero no es descabellado pensar en ello como en una de las formas de sometimiento de masas para promover recursos retóricos que buscan la perpetuidad de sistemas políticos hegemónicos, amparados en el pluralismo y reconocimiento de derechos que legitimen sus causas.

Por último, cabría pensar, que ciertas políticas del Estado, tendientes a la protección de los derechos de las comunidades indígenas, se enmarcan en el paternalismo por lo que se cree pertinente enunciar que como lo manifiesta ALEMANY (2005) para Ernesto Garzón el paternalismo se define como la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma, encuadrándolo en el moralismo jurídico, el deber ser de las cosas y lo diferencia del perfeccionismo (intervención del Estado para perfeccionar el carácter de la persona) y la intervención con el propósito de lograr un beneficio.

Así las cosas se hizo oportuno traer los argumentos que se anteponen a la figura del paternalismo como: a) El argumento utilitarista, que desde la óptica de Jhon S. Mill, el cual postula que nadie es mejor juez que uno mismo frente a lo que afecta sus intereses, las intervenciones de la sociedad se basan en presunciones generales, se produce un mayor mal al permitir que otros obliguen al individuo, la humanidad sale ganando si permite que cada cual viva como le parezca. b) Respeto a la autonomía de la persona, desde Jhon S. Mill, quien asevera que la intervención paternalista del Estado destruye la autonomía individual. Y c) El argumento de la violación del principio de igualdad, donde toda medida paternalista presupone por definición una relación de supra y subordinación, que viola uno de los principios básicos de una sociedad democrática: el principio de igualdad.

CONSTRUCCIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS EN EL TIPO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

A finales del siglo XV la Corona expidió la Carta de Medina en la cual se establecían licencias para la distribución de tierras a través de capitulaciones, mercedes y encomiendas. Paralelamente a esta disposición se estimuló la visión del indígena como un ser ocioso y poco afecto al trabajo; mecanismo por medio del cual se elevó a imperativo político y moral obligar a los indígenas a trabajar la tierra de la Corona,

sin ningún tipo de remuneración enseñándoles, a su vez, los principios de la religión cristiana

El desarrollo de estas instituciones ocasionó el descenso poblacional de los indígenas, particularmente debido a las extenuantes jornadas de trabajo en agricultura y minería, y la propagación de enfermedades infecto-contagiosas. Como medida para contrarrestar esta situación, Felipe II, a mediados del siglo XVI, crea los resguardos.

Pero, ¿Qué son los resguardos? En palabras de SANCHEZ (2005) son:

El resguardo es una institución cuyo origen se remonta al s. XVI, cuando fue introducida por la Corona española para evitar la devastación total de las comunidades indígenas. A través de ésta se entregaba a los pueblos sometidos porciones de tierra en calidad de propiedad colectiva, inalienable, para que permanecieran allí bajo el cuidado de autoridades eclesiásticas y civiles. En contraprestación las comunidades quedaban obligadas a pagar tributo y a aportar mano de obra, en beneficio del sistema económico y de la Corona. Esta institución constituyó la máxima expresión de la política de sometimiento del reino español sobre las tierras americanas. (p.92)

Es decir, que eran una forma más de sometimiento de estas comunidades indígenas a la corona, que se empeñaba en buscar formas que silenciaran cualquier intento de rebelión.

En el siglo XVI se titularon resguardos que jurídicamente recibieron el carácter de inembargables. Esta disposición limitó su entrada en los circuitos comerciables, conservándose la titularidad colectiva. Las Cédulas Reales, los Acuerdos y los Despachos fueron algunas de las formas jurídicas y procedimentales que ratificaron las titulaciones.

A mediados del siglo XIX, el avance de las reformas liberales modificó la tenencia de grandes porciones de tierra y la liquidación continuada de comunidades indígenas que habían sobrevivido a las etapas anteriores. La expropiación de las tierras de la iglesia por parte de los gobiernos liberales y la apropiación privada de baldíos, significó el inicio de empresas colonizadoras que ampliaron la frontera agrícola en forma desordenada y sin sentido de planeación. Esta situación, unida a la formación del campesinado, significaría la reducción de la población indígena y el desarrollo del mestizaje.

Así se consolidaría el desarrollo de las haciendas exportadoras y las economías campesinas locales que se erigieron a su alrededor, algunas de ellas resguardos indígenas que estarían en constante tensión por los intentos de apropiación de tierras y de mano de obra por parte de los latifundios. Frente a esta situación, las comunidades indígenas lograron que el naciente Estado colombiano reconociera los derechos que los resguardos tenían con la promulgación de la ley 89 de 1890

Los inicios del siglo XX se caracterizarían por un complejo panorama de luchas indígenas, principalmente en el área andina; por la reivindicación de los derechos de posesión de tierra y las conquistas adquiridas en la ley 89 de 1890. Las principales modificaciones legales a la estructura de la tenencia de la tierra en la primera mitad del siglo, como la ley 200 de 1936, que contempla la función social de la propiedad, pese a estas protestas no tomaron en cuenta el tema de la tierra en relación a las comunidades indígenas. Más adelante fue promulgada la Ley 135 de 1961, donde establecía que para transmitir la titularidad sobre terrenos baldíos ocupados por pueblos indígenas, a particulares, debía de contarse con un concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas. No obstante, el sistema carecía de garantías, así que se expidió el Decreto 2001 de 1988, reglamentando la constitución de resguardos indígenas.

En 1989 Colombia ratifica el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Con ello se compromete a la adecuación de la

legislación nacional, y a desarrollar acciones necesarias de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Convenio.

Las premisas de este Convenio son la participación y el respeto a la identidad cultural. Tanto el gobierno como las comunidades de los grupos étnicos asumen la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el derecho a su identidad, a través de medidas concretas que permitan salvaguardar tanto a las personas como sus instituciones, bienes, trabajo, cultura y medio ambiente.

Existe un desarrollo constitucional al respecto, tal como se anunció en líneas anteriores. Con la firma del convenio 169 de la OIT y la promulgación de la Constitución de 1991 se incluyó en el texto constitucional el reconocimiento de unos derechos para las comunidades indígenas, por eso, podemos encontrar la consolidación jurídica de la territorialidad así:

ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

ARTICULO 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

ARTÍCULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Pero además, en su artículo 286 reconoce administrativamente a los territorios indígenas la calidad de Entidades Territoriales, como lo hace con los departamentos, distritos y municipios, incluso, más adelante, en el artículo 287

asegura que estas gozan de autonomía administrativa, pueden manejar sus recursos y establecer tributos, como lo haría un municipio, veamos:

ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

ARTICULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley.

En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

Pero además del contenido constitucional, en desarrollo de este, se promulgó la Ley 99 de 1993, que dispuso la forma en que se puede realizar la explotación de recursos naturales para garantizar la participación de los miembros de las comunidades indígenas que vean afectado su territorio:

Artículo 76º.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Más adelante con la Ley 160 de 1994, se determinó como uno de sus objetivos, el de reformar la estructura agraria, con el fin de evitar la inequidad en el campo y dotar de tierras, entre otros, a las comunidades indígenas.

Incluso el Decreto 2164 de 1995 reafirma la relevancia de los territorios indígenas, además de hacer una definición de resguardo indígena, veamos:

ARTICULO 21. NATURALEZA JURÍDICA. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Es apenas obvio que la Constituyente pretendía reivindicar los derechos de las comunidades indígenas, tales como la territorialidad, y que en desarrollo de estos principios constitucionales, el legislador y el ejecutivo comenzaron a desarrollar a través de leyes y actos administrativos la reglamentación, pero ¿sería este contenido Constitucional dotado solamente de una eficacia simbólica, o por el contrario se dinamizaría el sistema para hablar de una eficacia material de la norma?

Para garantizar este reconocimiento, la Constitución en su artículo 329 indica que las Entidades Territoriales Indígenas (ETIs) se conformarán según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT). Sin embargo, aunque se promulgó 20 años después la Ley 1454 de 2011, Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, no se determinó la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas. Hasta el momento el legislador no ha cumplido con la carga que la Constitución le impuso. No obstante, ante la necesidad de regular, el gobierno profiere el Decreto 1953 de 2014 para poner en funcionamiento dichas entidades, lo cual es un

acercamiento al mandato constitucional, pero que no cumple las expectativas. Tal afirmación puede realizarse debido a lo establecido en el artículo 3 de este Decreto:

Artículo 3°. Funcionamiento de los Territorios Indígenas. Los Territorios Indígenas podrán ponerse en funcionamiento, de manera transitoria, de conformidad con las disposiciones del presente decreto, mientras el Congreso expide la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que crea las Entidades Territoriales Indígenas. Dichos territorios podrán entrar en funcionamiento en los siguientes casos:

1. Cuando un resguardo constituido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, o su antecesor el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora), tenga sus linderos claramente identificados.
2. Cuando un resguardo de origen colonial y republicano haya iniciado un proceso de clarificación que permita determinar sus linderos.
3. Cuando respecto de un área poseída de manera exclusiva, tradicional, ininterrumpida y pacífica por los pueblos, comunidades, o parcialidades indígenas que tenga un gobierno propio, se haya solicitado titulación como resguardo por las respectivas autoridades.
4. Cuando una o más categorías territoriales de las enunciadas en los numerales anteriores decidan agruparse para efectos de lo previsto en el presente decreto.

Para efectos de lo establecido en el numeral 4 del presente artículo, cuando existan conflictos por linderos internos entre dos o más resguardos contiguos y estos se agrupen para poner en funcionamiento un Territorio Indígena, no será necesario que tales linderos internos estén claramente identificados.

Tampoco se requerirá que estos estén claramente delimitados cuando se trate de resguardos constituidos por el Incora o el Incoder que solamente

soliciten la administración y ejecución directa de los recursos de la asignación especial del Sistema General de Participaciones (SGP), toda vez que para efectos de la distribución de estos recursos la población beneficiaria será la certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

La puesta en funcionamiento de los Territorios Indígenas de que trata el presente decreto se refiere exclusivamente a la atribución de funciones y competencias político administrativas. Lo anterior no implica un reconocimiento ni un desconocimiento de derechos de propiedad colectiva o individual sobre la tierra.

Parágrafo. Las categorías de territorio que se enuncian en los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo podrán asociarse para la administración y ejecución directa de las funciones y asignaciones de participaciones sectoriales siempre que, una vez constituidas, acrediten los requisitos establecidos para cada sector en este decreto.

Es claro, que la expectativa que genera el artículo 329 de la Constitución, no puede llenarse con el contenido del Decreto citado, porque limita la aplicación del concepto de Entidades Territoriales Indígenas al reconocimiento estatal, que no solo es deficiente, sino selectivo, pues limita dicho reconocimiento a la utilidad comercial del territorio. Por eso encontramos muchas comunidades que no son reconocidas y por lo tanto, carecen del abrigo normativo que las proteja.

Eso por un lado, por el otro se encuentra que el actual Sistema de Parques Nacionales y Naturales comprende además, los territorios indígenas, es decir que las autoridades administrativas gubernamentales ostentan títulos de propiedad incluso, sobre los predios donde están los territorios indígenas, tal como lo menciona ESTEBAN (2007):

El régimen legal vigente para las áreas del SPNN se aplica plenamente a los propietarios particulares. Frente a ellos se entiende y justifica que el Estado adquiera la propiedad de los predios incluidos en el sistema, aún de manera forzada. Así mismo se encuentra establecido el beneficio general para todos los habitantes del territorio nacional de usar los Parques Nacionales Naturales (PNN) con fines recreativos, educativos, investigativos, etc. En este caso, la propiedad privada no adquiere la connotación de ser un derecho fundamental constitucional, no existe una relación espiritual, cultural e histórica con el territorio, la relación es simplemente económica o patrimonial, por lo que puede incluso ser expropiado previa indemnización.

El régimen legal vigente para las áreas del SPNN no es aplicable para los pueblos indígenas, pues su propiedad territorial no puede ser objeto de adquisición voluntaria o forzada, ya que constitucionalmente ha adquirido el carácter de inalienable y, en consecuencia, es inalienable su administración. Por ser este un atributo esencial al derecho de dominio, es decir, que sin esta se desnaturaliza el derecho de propiedad, lo cual no es procedente para los territorios indígenas.

Sin discusión se acepta que la propiedad de la tierra y los recursos naturales se encuentra radicada en los pueblos indígenas, sin embargo, como se ha establecido formalmente, la nación –Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial– tiene inscrita en las oficinas de instrumentos públicos la propiedad de la totalidad de las áreas que componen el SPNN, incluidas las tituladas y registradas a nombre de los pueblos indígenas. Esta situación debe ser corregida, pues no son aceptables estas ambigüedades por parte del Estado. La obligación de reconocer la plena propiedad de los territorios ancestralmente utilizados por los pueblos indígenas por parte del Estado se encuentra establecida en el Convenio 107 de la OIT (Ley 31 de 1967) y

reiterado en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Por tanto se debe revocar la Resolución N° 2394 de 1995 del Inderena y ordenar la cancelación de los folios de matrícula inmobiliaria de las áreas del SPNN trasladadas parcial o totalmente con territorios indígenas. (p.11)

Con el Sistema de Parques Nacionales y Naturales lo que se está haciendo es desnaturalizar la lucha descolonizadora que incluso está consagrada en la Constitución, para entrar a detentar la administración de territorios indígenas que se encuentran ubicados dentro de este sistema. Con esto no puede hablarse de ETIs, pues las mismas suponen una autonomía gubernamental, incluso participación rentística, que no son posibles cuando estamos de cara a un sistema sometido a la administración central del país que procura una renta sin participación de las comunidades indígenas, es más, los órganos del sistema interamericano han explicado que se viola la Convención Americana al considerar las tierras indígenas como tierras estatales por carecer las comunidades de un título formal de dominio o no estar registradas bajo tal título. Pero además de esta práctica de colonización administrativa, el SPNN se constituye en un instrumento de opresión cultural, puesto que no permite el desarrollo social de los pueblos indígenas que interactúan con el territorio a través de la utilización de los recursos naturales, por la protección que gozan estas zonas con este sistema.

Claramente la historia nacional demuestra, que aunque legalmente se han desarrollado avances en el reconocimiento de los derechos de los indígenas sobre sus territorios, aún seguimos como Estado vulnerando estos derechos, es decir, que los derechos reconocidos a las comunidades indígenas continúan en el papel, pero no en la realidad material de estas, de ahí que se afirme que tienen una eficacia simbólica.

DERECHO AL TERRITORIO

Como pudimos observar en el capítulo anterior, el significado de territorio para las comunidades indígenas no supone ni persigue ningún fin mercantil, por el contrario, se encuentra íntimamente ligado a su existencia como comunidad, como grupo culturalmente determinado. Este concepto se diferencia del occidental, para quienes ven esto como el espacio físico sobre el que se ejerce un dominio específico, y que tiene más bien un tinte privatista, a contrario sensu, los pueblos indígenas lo ven como la raíz que define su religión, política, economía y relaciones sociales.

Es menester, analizar la existencia o no de un derecho al territorio de las comunidades indígenas per se. Para ello se torna necesario recordar los pasos que Colombia ha dado en la inclusión de normas internacionales, encontrando el Convenio 107 de la OIT que fue ratificado pero actualmente no se encuentra en vigor debido a denuncia automática el 06 agosto 1992 por Convenio 169, pero que en su momento hizo parte integrante del ordenamiento nacional, manifestaba:

Artículo 11

Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.

Artículo 12

1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones.

2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las

que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas.

3. Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 13

1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social.

2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan.

Artículo 14

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de:

(a) la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos

de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

(b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean.

Aunque el artículo 12 plantea la posibilidad de traslado por el desarrollo económico del país, se debe reconocer que es un buen paso para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, de parte de la comunidad internacional. No obstante, no se hace reconocimiento de derechos patrimoniales sobre la tierra, pero se puede decir que el reconocimiento del derecho de propiedad, tanto colectiva como individual, constituye una de las garantías más importantes que estas comunidades puedan tener en sistemas económicos liberales. Cabe resaltar el numeral 3 del artículo 13, en cuanto el aprovechamiento mal intencionado del que pueden ser víctimas las comunidades indígenas para efectos del traspaso de tierras, y cabe resaltarlo precisamente porque en Colombia, aun con la firma de este convenio, se viene sufriendo de este tipo de flagelos, un ejemplo claro de ello se encuentra en la Guajira, con la desaparición de los barbaros oscos (comunidades negras ancestrales) y el relegamiento de los Wayúu, que la explotación minera del yacimiento natural El Cerrejón ha hecho a lo largo de los casi ya 30 años de explotación minera. Era de esperarse que con una economía liberal se pretenda dar más relevancia a la explotación económica de los recursos naturales que a los derechos de las comunidades indígenas sobre los territorios ancestrales.

Pero como se anunció con antelación, el convenio 107 no se encuentra en vigor, y eso se debe a la promulgación del ya también citado, convenio 169 de la OIT, que replantea las disposiciones sobre el dilema de las tierras para los pueblos indígenas, de una forma que indica más compromiso y garantía con los derechos de estas comunidades, veamos:

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Manifiesta igualmente la posibilidad que los pueblos indígenas participen de la explotación de los recursos naturales de los territorios que poseen, incluso fija la

obligación del Estado para que permita y establezca los medios de participación en la toma de decisiones encaminadas a la explotación de recursos:

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Este convenio trajo cambios importantes en el reconocimiento de derechos y sobre todo el de la propiedad colectiva e individual sobre los territorios que los pueblos indígenas poseen o habitan. En ese sentido podemos ver, que el traslado ya no responde a la posibilidad de desarrollo económico, sino que de una forma ligeramente ambigua, establece que solo podrá darse en caso de necesidad, lo que no supone la posibilidad de la vulneración de derechos ante la explotación económica, puesto que hay muchos otros medios de ingresos que la explotación de la tierra, y por supuesto, extensiones de tierra que no se encuentren habitadas por comunidades indígenas:

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.
4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.
5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Además de que se fija, la posibilidad de que los pueblos indígenas realicen la explotación de los recursos naturales que se encuentren en el territorio que habitan, así como la participación en la explotación si dichos recursos son propiedad del Estado, como pueden ser los yacimientos petrolíferos que se encuentran en el subsuelo. Otro avance importante, aunque recogido del convenio 107, es el de la asignación de tierras ante la insuficiencia de aquellas que ya poseen los pueblos indígenas, así como el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de dichas tierras.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

(a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

(b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Finalmente, y quizás lo más importante de este articulado, es la forma con que inicia el artículo 13, puesto que resalta la relación existente entre la cultura y los valores, frente a la tierra, por lo que incluso manifiesta que al hablar de tierras se hace referencia a territorio.

Pero esto no es todo, también existe un pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), que amplía la perspectiva del derecho de propiedad:

La jurisprudencia interamericana ha caracterizado la propiedad territorial indígena como una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”. El derecho de propiedad comunal indígena se fundamenta así mismo en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal; el origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra también, por ende, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades. (...). La Corte Interamericana ha explicado, por su parte, que “como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería

bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro". Como se precisará más adelante, sin embargo, los pueblos indígenas que han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras.

Dado que el fundamento de la propiedad territorial es el uso y ocupación históricos que han dado lugar a sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales "existen aún sin actos estatales que los precisen", o sin un título formal de propiedad. Las acciones de reconocimiento oficial "deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de 'otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior", y no como el otorgamiento de nuevos derechos. La titulación y demarcación territoriales se entienden así como actos complejos que no constituyen, sino meramente reconocen y garantizan derechos que pertenecen a los pueblos indígenas por razón de su uso consuetudinario. Los órganos del sistema interamericano han explicado que se viola la Convención Americana al considerar las tierras indígenas como tierras estatales por carecer las comunidades de un título formal de dominio o no estar registradas bajo tal título. No es idóneo para hacer efectivos los derechos a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, un sistema jurídico que sujeta su ejercicio y defensa a la existencia de un título de propiedad privada, personal o real, sobre los territorios ancestrales.

Este último resulta muy importante, puesto que las apreciaciones que hace la comisión en razón de su función, dan alcance al contenido jurisprudencial de las sentencias de la CIDH, donde manifiestan que el derecho de propiedad no es el resultado de la concesión u otorgamiento de título de dominio sobre territorio

realizado por el mismo Estado, sino que la misma posesión supone la existencia de la titularidad, incluso la pertenencia histórica a un determinado territorio brindaría la titularidad del territorio. Por lo tanto, todo reconocimiento formal sobre la propiedad o titularidad de un determinado territorio para las comunidades indígenas resulta insulso, puesto que los derechos que ejercen sobre este no están sujetos a la permisibilidad del Estado ya que se consolida por el uso consuetudinario del territorio, de hecho tal como menciona la Comisión, es violatorio de la Convención Americana considerar estatales las tierras que ocupan los pueblos indígenas, que es precisamente lo que el Estado colombiano hace al limitar la titularidad de los territorios al estudio que hace a través de sus organismos.

El derecho de propiedad sobre el territorio es una noción que encuentra soporte en el derecho internacional, que es donde finalmente llega a una máxima expresión, puesto que no se halla supeditado a la voluntad de los organismos estatales para su ejercicio, pues el mismo encuentra su origen en el uso consuetudinario del territorio y no en el reconocimiento formal.

UNA MIRADA DESDE LA MULTIPLICIDAD JURÍDICA EN TORNO A LOS GRUPOS INDÍGENAS

Un ejemplo preciso de lo que estamos afirmando es la omisión del Legislador ante la obligación Constitucional contenida en el artículo 329 de la carta política que indica que las Entidades Territoriales Indígenas (ETIs) se conformarán según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), pero hasta el momento no ha sido posible obtener del órgano competente, los parámetros legales que determinen la constitución y funcionamiento de las ETIs.

Paralelamente el planteamiento que el Ejecutivo realiza en el Decreto 1953 de 2014, para poner en funcionamiento dichas entidades, y que tiene carácter de transitorio

hasta tanto el Legislador cumpla con lo dispuesto en el artículo 329 de la Constitución Política, tampoco es una herramienta dinamizadora de los derechos de las comunidades indígenas, por cuanto dentro de su mismo artículo 3, que se refiere al Funcionamiento de los Territorios Indígenas, manifiesta que: *“La puesta en funcionamiento de los Territorios Indígenas de que trata el presente decreto se refiere exclusivamente a la atribución de funciones y competencias político administrativas. Lo anterior no implica un reconocimiento ni un desconocimiento de derechos de propiedad colectiva o individual sobre la tierra.”* También establece unos parámetros para el supuesto funcionamiento, pero lo que hace realmente es reconocer los territorios que ya tenían la categoría de resguardo indígena y que gozaban de protección constitucional, como es el caso de los resguardos constituidos con la disposición de Felipe II, a mediados del siglo XVI y los reconocidos por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, o su antecesor el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora). Se encuentra dentro de esos parámetros la posibilidad de reconocimiento si las comunidades indígenas llegan a agruparse, lo cual puede suponer una pérdida de territorialidad, etnia y cultura, puesto que las comunidades indígenas todas tienen funcionamientos sociales diferentes, y modelos socio-económicos dependientes del territorio que ocupan, por tanto, la medida se queda en el ámbito del simbolismo jurídico.

Esta situación actual se condensa en lo expuesto anteriormente de la mano de ARIZA, cuando se determina la necesidad de coexistencia de sistemas jurídicos distintos al hegemónico, que a su vez responde al colonialismo Europeo y Norteamericano. No es posible hablar de un Estado pluralista cuando nos concentramos solo en el reconocimiento de ciertos atributos para las comunidades indígenas, sin que represente una verdadera dinamización de sus sistemas alternos. También como lo manifestaba GARCÍA VILLEGAS, quien desde su óptica enseñaba que el afán de algún tipo de reconocimiento para estas comunidades, era también un reconocimiento de discursos retórico-políticos dirigidos a apacentar la

lucha por el reconocimiento de derechos y perpetuar estructuras dominantes dentro del Estado.

Del mismo modo, no es posible hablar de un reconocimiento de derechos, cuando a través de la manipulación del discurso y del sistema jurídico, se abre la puerta a la posibilidad de la vulneración de derechos de territorialidad, ¿Cómo es esto? Resulta que el Decreto 2164 de 1995 hace la siguiente definición:

ARTICULO 21. NATURALEZA JURÍDICA. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

De esto solo resta pensar, que los únicos asentamientos indígenas que gozan de protección, son aquellos que tienen reconocimiento como resguardo, pero los demás asentamientos están a merced de los intereses políticos y económicos del Estado y los particulares. Ahora bien, es plausible la violación de la propiedad colectiva e individual de las comunidades indígenas sobre el territorio, pues ni lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, el cual determinó la propiedad sobre la tierra, ni los argumentos expuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al conceptualizar sobre el contenido jurisprudencial de las sentencias de la CIDH, que indica que la propiedad no se encuentra sometida al reconocimiento estatal, sino que ese derecho es ejercido por el uso consuetudinario que le dan las comunidades indígenas al territorio. Dicha titularidad sobre el territorio es posible de

ostentar con la sola posesión del territorio o la pertenencia histórica, en palabras de la Comisión.

Someter la titularidad del territorio al reconocimiento formal de los organismos estatales, desconociendo los conceptos de la Comisión y la OIT, implica además de una violación a la Convención Americana y el convenio, una postura que dista del pluralismo, ya que es la imposición de un sistema jurídico imperante sobre la costumbre, sistema jurídico y política indígena, que se traduce en una absorción cultural de las comunidades indígenas, terminando subsumidas por el concepto jurídico de propiedad privatista de la cultura occidental.

Todo lo anterior, resulta en una eficacia simbólica del Convenio 169 de la OIT, la Constitución y el ordenamiento jurídico en general, que propenden por una justicia histórico-social de papel con las comunidades indígenas, y que más allá de representar un verdadero reconocimiento, lo que hace es pretermitir la consolidación de derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas u originarios que requieren de la veeduría del Estado para no desaparecer dentro de la cultura occidental.

CAPITULO III. DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA NOCIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

En líneas anteriores se ha podido determinar la importancia de la tierra para los pueblos indígenas y diferenciado su importancia económica – cultural. También se logró hacer un recorrido histórico por el reconocimiento constitucional que se le ha dado al concepto de territorio indígena, delimitando las implicaciones que tiene el mismo para las comunidades y para el ordenamiento jurídico colombiano desde el pluralismo jurídico; ahora compete analizar este desde los planteamientos de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esperando poder ampliar la perspectiva del objeto de investigación, a tal punto que desde una postura crítica se evalúe el estado de reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas asentadas en el territorio nacional.

Con certeza se tiene conocimiento que las actuaciones estatales se encuentran sometidas al escrutinio de los sistemas judiciales tanto internos, hablando de la órbita nacional, como externos, en lo que respecta a los tratados y/o convenios ratificados por el Estado que implican la posibilidad de juzgamiento por tribunales internacionales. Pues bien, resulta inescindible poner de presente aquellos pronunciamientos que en aras de su función como guardiana de la Carta Política, hace la Corte Constitucional, particularmente, de cara a las comunidades indígenas. Pero no obstante, y propendiendo la formulación de juicios justos, se sujetará dichas decisiones, a los pronunciamientos de la garante de Derechos Humanos por antonomasia, puesto que debido a la condición política y económica del país, aunado al sistema de cooptación con que son postulados y elegidos los magistrados

de altas cortes, puede llegar a subjetivizar sus decisiones, inclinando la balanza a intereses particulares de quienes ostentan el poder o se encuentran detrás de este.

OBSERVACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA FRENTE AL CONCEPTO DE TERRITORIO INDÍGENA

La Corte Constitucional es el mayor órgano judicial en nuestro sistema jurídico, por cuanto se constituye como garante de la Constitución, y en esa calidad ha realizado una serie de pronunciamientos frente a los derechos de las comunidades indígenas. Dentro de estos, la Corte en sentencia T-380 de 1993, hizo una apreciación importante, y es que las comunidades indígenas per se, son sujeto de derechos fundamentales como colectividad y no en la individualidad de sus miembros, veamos:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada

a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).

Es necesario afirmar que las comunidades indígenas son en colectivo sujeto de derechos, y no someter su garantía en los atributos jurídicos individuales que resultan de la personalidad del individuo miembro de una colectividad. Entendiendo esto, se logra efectividad en la protección de los derechos, con suerte de garantizar la pervivencia de los grupos étnicos.

Ahora bien, lo anterior remite a la necesidad y relevancia del territorio para el desarrollo de los pueblos indígenas, y en ese sentido la Corte Constitucional en la sentencia SU-383 de 2003 determina la incidencia del mismo para estas comunidades:

(...) En este orden de ideas, cabe considerar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana, 'porque para el indígena, la territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos

simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce.

Pero además, la Corte se refiere a la concepción de “territorio”, desde la relevancia que implica éste para la existencia de las comunidades indígenas y de su cultura, así en sentencia T-704 de 2016, podemos ver:

“La existencia o no de una comunidad en cierta zona, y por tanto, del deber de consulta, no podía depender del certificado emitido por el ahora Ministerio del Interior, en su Dirección Nacional de Consulta Previa [...] Territorio ancestral no es sinónimo del espacio físico en donde se ubican los resguardos indígenas. Por el contrario, el territorio indígena es un concepto cultural mucho más amplio en el cual se desenvuelven las prácticas tradicionales, sociales, económicas, culturales, espirituales, entre otras, de esos pueblos”.

Tal como se ha venido mencionando en los capítulos anteriores, la concepción del territorio para las comunidades indígenas es totalmente distinta a la occidental, porque mientras la primera comprende el desarrollo cultural, político, económico y espiritual de un colectivo étnicamente diferenciado, el segundo supone el dominio de un espacio desde una mirada privatista. Pero por supuesto, que no era suficiente la conceptualización de territorio para las comunidades indígenas, debía de ahondarse un poco más en el tema y especificar jurídicamente que comprende el concepto de territorio, que en Colombia ha girado en torno a los resguardos constituidos bajo los presupuestos normativos, pero que en líneas anteriores, atendiendo al significado que los pueblos indígenas le dan a este concepto y lo que la comunidad internacional ha preceptuado, la Corte Constitucional en sentencia T-693 de 2011 dijo que el derecho al territorio comprende:

- (i) El derecho a la constitución de resguardos en territorios que las comunidades indígenas han ocupado tradicionalmente;

- (ii) El derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos;
- (iii) El derecho a disponer y administrar sus territorios;
- (iv) El derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio, y
- (v) El derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.

Es evidente, que la concepción de territorio indígena, no se limita al espectro de los resguardos reconocidos y constituidos bajo los presupuestos de Ley, sino que abarca también aquellos territorios que son ocupados por las comunidades y de los cuales, junto con su entorno, depende la pervivencia de la comunidad, no solo en existencia física, sino también en los aspectos cultural, político, económico y espiritual, lo que permite la trascendencia espacio-temporal del colectivo.

La Corte Constitucional, en sentencia C-489 de 2012 al ocuparse de examinar la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011 frente a un cargo por omisión constitucional, debido a la ausencia de regulación relativa a las entidades territoriales indígenas, que por disposición de la Constitución es una obligación del legislador, indicó:

2.8.47. Teniendo en cuenta lo anterior se verifica que en la Ley 1454 de 2011, se omite de manera absoluta un desarrollo directo de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 de la C.P., así como de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 de la C.P., ya que solo se establecen normas que remiten a una posterior regulación de dichos deberes constitucionales. Por tal motivo, se advierte que en el presente caso lo que se presenta en el asunto concreto es una ausencia total de legislación

produciéndose de esta manera una omisión legislativa absoluta no sujeta de control por parte de esta Corte.

Tratado en el capítulo anterior, el Estado se encuentra en deuda con las comunidades indígenas, porque después de 27 años de ser promulgada la Constitución, el Congreso de la República, no ha cumplido con el mandato contenido en el artículo 329 de la Carta, y que es contentivo de la regulación en materia de Entidades Territoriales Indígenas (ETIs), entendidas estas, autónomas económica y administrativamente, e incluso con participación en las rentas nacionales. Esta regulación supone la coexistencia de sistemas diferentes, el propio de las comunidades indígenas y el predominante. La ausencia de esta, rompe el principio constitucional del pluralismo en que se funda constitucionalmente nuestro país.

Por otra parte, el territorio de los pueblos indígenas se encuentra en constante peligro, debido a la desmedida explotación de recursos naturales que demanda la economía occidental, por ello, y ante la incesable vulneración la Corte Constitucional ha manifestado en sentencia T-693 de 2011 que:

De acuerdo con los artículos 6 y 7 del Convenio 169 y especialmente, con los artículos 40 y 330 de la Constitución Política, la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe brindar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, la cual “configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura”. Para lograr dicho cometido, el Estado debe garantizar la participación de la comunidad étnica en las decisiones que se adopten relacionadas con dicha explotación.

Como se indicó anteriormente, la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos en relación con la explotación de los

recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se instituye en un instrumento que es básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y, por consiguiente, para asegurar su subsistencia como grupo social.

Debe de garantizarse a las comunidades indígenas la participación en las decisiones que involucren su territorio, por eso, el camino argumental frente al tema de la explotación de recursos naturales consolida la protección de la titularidad sobre la tierra que estas ocupan, de ahí que la Corte Constitucional se despache nuevamente en sentencia C-366 de 2011, así:

22.1. (...) Así, el fallo sostuvo que *...es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.” || Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. || En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio*

participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.

(...)

La Corte consideró, del mismo modo, que este deber de garantía de participación de las comunidades diferenciadas encontraba sustento en la necesidad, evidenciada por el Texto Constitucional, de ponderar entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección del medio ambiente, el logro del desarrollo sostenible y la identidad étnica y cultural de las citadas comunidades. Esta ponderación solo es posible si la posición e intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes afectados es integrada al debate sobre la política pública correspondiente. En caso contrario, la actividad estatal desconocería su derecho constitucional al reconocimiento como minoría objeto de especial protección del Estado. Para la Sala, "...[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia...

Debe ser menester del Estado, la promoción de la consulta en materia de explotación de los recursos naturales en tierras que puedan afectar total o parcial a una comunidad indígena, puesto que la tierra es de vital importancia para su pervivencia y desarrollo social, que de no hacerlo puede eventualmente una práctica

genocida que termine con la desaparición de una determinada comunidad o grupo étnico.

La consulta previa se ha convertido en un derecho muy discutido entre las comunidades indígenas y aquellos que buscan el progreso o desarrollo social de los individuos que no pertenecen a las primeras, por ello, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, como lo hace en sentencia SU-039 de 1997, veamos:

“La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba

adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

(...)

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”

Pero, ¿por qué es tan importante la consulta previa? Resulta que esta es una figura jurídica que viene del derecho internacional, que se configura como un derecho de los pueblos originarios y/o ancestrales, desde el convenio 169 de la OIT, por eso, es imperativo conocer su finalidad, frente a lo cual, la Corte Constitucional en sentencia SU-383 de 2003, ha dicho:

“El derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre

sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizada para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la autonomía de sus autoridades en sus territorios.”

Ahora bien, la consulta previa no se agota con la simple notificación de las actividades próximas a desplegarse, sino que tiene unas formalidades que debe cumplir, con la intención que los derechos de los pueblos originarios no se vean vulnerados. Pero ante las constantes arbitrariedades que se cometen al momento de llevar a cabo la consulta, la Corte Constitucional en sentencia SU-096 de 2017, estableció los requisitos que deben cumplir para que los derechos étnicos no sean afectados, miremos:

“Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su

punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes.

Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”

Con lo anterior se brinda una claridad referente a la necesidad y la forma de las consultas previas, de tal suerte que el ejercicio inconsciente o irresponsable de las mismas, puede conllevar a la deslegitimación de actividades adelantadas con pleno derecho, o por el contrario, legitimar la vulneración de derechos colectivos y fundamentales de los pueblos indígenas, de ahí que se predique tanta importancia para la figura jurídica de la consulta previa.

Por otra parte, y como se ha tratado en líneas anteriores, la relación de las comunidades indígenas con su territorio, va más allá de la visión patrimonial occidental sobre la tierra, es el vínculo de pertenencia y la identidad étnica y cultural

que se genera a partir de la interacción con ese territorio, por ello resulta no solo importante, sino trascendental para la prolongación de la existencia de estos pueblos, que el Estado brinde los mecanismos de participación y democratice la explotación de recursos naturales y/o la intervención de las zonas aledañas que puedan afectar directa o indirectamente los territorios indígenas. De hecho, la participación en las decisiones que involucren la explotación de recursos naturales es un derecho propio de los pueblos indígenas, porque involucra la territorialidad, es decir, los atributos que conlleva el derecho de dominio sobre la tierra.

Si bien, existen muchas falencias en la regulación legislativa y administrativa, la Corte Constitucional ha maximizado la forma en que el Estado visualizaba los derechos de los pueblos indígenas, y ha logrado importantes logros en el reconocimiento de sus derechos, en perspectiva con los tratados internacionales ratificados por Colombia y los preceptos de la comunidad internacional encabezada por la CIDH

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE AL CONCEPTO DE TERRITORIO INDÍGENA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano judicial internacional muy importante en la carrera de la protección de los derechos de las personas, entre los que no solo se encuentran enrostrados aquellos Estados que pertenecen al mundo occidental y juegan según las reglas del sistema, y cuya versión de la tierra tiene una óptica más privatista, sino también, aquellas personas de costumbres originarias que conservan su cultura y esquema social como las comunidades indígenas, quienes con voz silente son ahogados por facciones políticas preponderantes.

Este importante órgano judicial, además de proteger la integridad de la Convención Americana de Derechos Humanos, da alcance al contenido de la misma, y en esa función tuvo la oportunidad de referirse a la importancia de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras, para su supervivencia material y cultural, en sentencia en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua de 31 de agosto de 2001 cuando señaló lo siguiente al referirse al concepto de propiedad en las comunidades indígenas:

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. (parr. 148)

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. 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 de ser reconocida y comprendida como la 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.
(Parr. 149)

(...)

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. (Parr. 151)

El derecho al territorio, aunque innominado en la Carta Magna colombiana, no lo hace inexistente para el ordenamiento jurídico nacional, sabemos bien que Colombia hace parte de los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos, de ahí que haya lugar a afirmar que el artículo 21 de la misma, gobierne las relaciones entre comunidades indígenas y Estado. Así mismo el artículo 94 de la Constitución establece una cláusula general y abierta de consagración de derechos al establecer que la “enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. El anterior fragmento jurisprudencial hace una inmersión en lo relevante que resulta el territorio para el desarrollo social de los pueblos indígenas, y advierte un aspecto importante, y es que la sola posesión de la tierra debería bastar para el reconocimiento de la titularidad sobre la tierra. En ese sentido la Corte IDH, en el Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, Sentencia 15 de junio de 2005, reitera:

Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de

propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexo comunal con el territorio ancestral 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. (parr. 131)

Pero esto no es todo, reconoce además de la necesidad del territorio como factor material, los lazos únicos que desarrollan los miembros de estas comunidades, que giran en torno a la espiritualidad y que encajan dentro de los llamados bienes inmateriales, aspectos que resultan incuantificables y que solo pueden tener un valor desde la cosmogonía de las comunidades ancestrales, de lo cual hace un desarrollo en el caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia 17 de junio de 2005, así:

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor. (parr.137)

Ahora, debido a la constante violación de algunos Estados sobre los territorios indígenas, la CIDH ha tenido que ser incisiva frente a la titularidad de dichos territorios y la posesión como un medio para llegar a la titulación de las tierras, para esto definió diferentes aspectos del ejercicio de la posesión que pueden llevar a la protección del derecho sobre el territorio, como podemos ver en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006:

De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto. (parr.128)

Uno podría pensar que cualquier grupo puede llegar a alegar la posesión sobre un determinado espacio geográfico, sin embargo la CIDH, ha hecho una distinción en como probar la relación de la tierra con la comunidad que predica la posesión o titularidad del territorio. Esto lo podemos apreciar en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, veamos:

Para determinar la existencia de la relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido: i) que ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) que la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales. (Parr. 148).

No resulta automático el reconocimiento, pues de serlo, podría generar invasiones en terrenos baldíos que resultarían en asentamientos ilegales amparados por normas del derecho internacional, sin embargo, debe reconocerse que esta posición que ha sentado la CIDH, es la piedra angular para reconocer el derecho de propiedad sobre los territorios indígenas y que se les brinde la protección necesaria que garantice el real ejercicio de derechos de los miembros de una comunidad en un espacio jurídico pluralista.

Finalmente, cabe precisar el sentido de estas decisiones, que además de conservar el espíritu de la norma, buscan la preservación de patrimonios culturales, tal como podemos ver en el Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Sentencia de 28 de noviembre de 2007:

Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar

la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que: la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la 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 [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (parr.90)

En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. (Parr. 91)

De todo lo anterior se puede concluir, que el derecho al territorio es inescindible de las comunidades indígenas, puesto que sin territorio estas estarían llamadas a desaparecer. La jurisprudencia de la CIDH indica cómo debe asumirse el concepto de territorio para las comunidades indígenas, y de ahí, partir todo el marco jurídico, pues no se puede a la luz del derecho internacional ser tan positivistas y definir que los territorios protegidos son únicamente aquellos de los que se tenga titularidad formal, sino también esos que sin formalidad alguna son poseídos por pueblos indígenas.

CONCLUSIONES

OBJETIVO 1

Determinar las implicaciones del concepto de territorio para las comunidades indígenas.

En el desarrollo del trabajo, pero en especial en el capítulo dedicado al desarrollo del objetivo 1, se puede observar diferentes apreciaciones del concepto de territorio, no sin antes definir lo que realmente son pueblos indígenas, puesto que la connotación del concepto de territorio depende de la pertenencia a un determinado colectivo indígena.

Pero además se distingue entre el concepto de “tierra” y “territorio”, donde el primero se refiere al espacio geográfico y el segundo lleva implícita la relación de dependencia cultural y social de un determinado grupo con ese espacio geográfico, no obstante se resalta en esta conclusión, que para la comunidad internacional, para efecto de la garantía de los derechos, ambos términos significan lo mismo.

Ahora, precisando el tema, el territorio guarda una relación inescindible con la comunidad indígena que ostente su titularidad o haga ocupación del mismo, puesto que el desarrollo cultural, político, económico y espiritual de los miembros de esta, se encuentra sujetos a la interacción que tengan con el territorio que habitan. Si se acude a la concepción holística de lo que es territorio para las comunidades indígenas, se hace la siguiente afirmación: sin tierra y/o territorio los pueblos indígenas están llamados a desaparecer.

De lo expuesto se permite asegurar que el territorio es necesario para la reivindicación histórica y social con las comunidades indígenas, así como indispensable para el desarrollo de estos pueblos, que tal como lo hemos reiterado, es necesario para su pervivencia.

OBJETIVO 2

Estudiar la noción de territorios indígenas en el actual modelo Constitucional colombiano desde el pluralismo jurídico.

Las comunidades indígenas han sido explotadas desde la época de la colonia, arrancadas de sus tierras y únicamente reconocidas con fines de preservar el poder sobre estas. Pero debido a las grandes luchas sociales por las libertades civiles de las personas, en nuestro país se comenzó a darle una mirada jurídica a estas comunidades, en especial al tema del territorio, que solo hasta la firma del convenio 169 de la OIT tuvo una connotación tan amplia y desarrollada en Colombia.

Aunque el convenio fue firmado en 1989, se logra aseverar que este no impactó el contenido de la constitución de la forma que podría esperarse, puesto que en el contenido constitucional no se encuentra la noción internacional de territorio indígena, ni las amplias formas en que se puede reputar la titularidad del mismo, además de que 27 años después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no se cuenta con la regulación del funcionamiento de las Entidades Territoriales Indígenas, que se encuentra en el artículo 329 de la misma, como un deber del Estado que hasta el momento no ha cumplido.

De igual forma, frente a la explotación de recursos naturales, dentro del marco del convenio 169 de la OIT, se establece la posibilidad de que los pueblos indígenas realicen la explotación de los recursos naturales que se encuentren en el territorio que habitan, así como la participación en la explotación directa si dichos recursos son propiedad del Estado, como pueden ser los yacimientos petrolíferos que se encuentran en el subsuelo, situación que no ocurre en Colombia. También, es necesario manifestar que dicho convenio, le confiere el derecho de consulta previa a las comunidades originarias, con el fin de proteger el territorio y todo lo que

representa para la pervivencia de una etnia o grupo raizal, derecho que para su puesta en marcha, debe cumplir con unos requisitos expuestos por la Corte Constitucional en sentencia SU-096 de 2017.

Lo anterior nos permite aseverar que, aunque Colombia se funda como una Republica pluralista según el artículo 1 constitucional, no es así, porque no permite una protección distinta a la que brinda la titulación de la tierra o la conformación de los resguardos ya existentes, aunado que ante la omisión de la regulación de las ETIs, no garantiza del todo una autonomía administrativa-económica, ni una participación en las rentas, así como tampoco la consolidación o formalización de la propiedad colectiva siguiendo los presupuestos de la comunidad internacional, lo cual deja en el escenario de una aplicación simbólica del derecho, tal como lo ha manifestado GARCÍA VILLEGAS, citado en líneas anteriores.

OBJETIVO 3

Analizar el desarrollo constitucional y legal de la noción de territorios indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos humanos.

En el desarrollo de este objetivo se permite distinguir la diferencia de los sistemas judiciales y por supuesto, de la aplicación del contenido de la normatividad interna, pero aún más importante de los tratados internacionales que el Estado colombiano ha ratificado.

Se encuentra una Corte Constitucional que hace esfuerzos para garantizar el mínimo de derechos sobre el territorio a las comunidades indígenas, al tiempo que vela por la institucionalidad normativa promulgada a rajatabla de los intereses particulares.

No obstante, se tiene en contraste la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en múltiples decisiones se ha pronunciado sobre el alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre el territorio, apreciando que el concepto de territorio para CIDH es mucho más amplio que el de la Corte Constitucional, a tal punto que como se argumentó anteriormente, manifiestan que el derecho de propiedad no es el resultado de la concesión u otorgamiento de título de dominio sobre territorio realizado por el mismo Estado, sino que la misma posesión supone la existencia de la titularidad, incluso la pertenencia histórica a un determinado territorio que brindaría la titularidad de esta porción de la superficie terrestre. Por lo tanto, todo reconocimiento formal sobre la propiedad o titularidad de una determinada tierra para las comunidades indígenas resulta insulso, puesto que los derechos que ejercen sobre este no están sujetos a la permisibilidad del Estado ya que se consolida por el uso consuetudinario del territorio, de hecho tal como menciona la Comisión, es violatorio de la Convención Americana considerar estatales las tierras que ocupan los pueblos indígenas, que es precisamente lo que el Estado colombiano hace al limitar la titularidad de los territorios al estudio que hace a través de sus organismos.

Es evidente que la CIDH es más garantista que la Corte Constitucional, y estas decisiones dejan también en evidencia, que Colombia no aplica el contenido de los tratados internacionales que firma y que el ordenamiento jurídico no refleja dichos tratados.

BIBLIOGRAFIA.

- Agredo, G. A. (2006). *El territorio y su significado para los pueblos indígenas*.
Revista luna azul. ISSN 1909-2474. Universidad de Caldas.
- Alemaný, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Tesis doctoral.
Universidad de Alicante.
- Ariza, R. (2011). *Estado de derecho, Estado centrismo y las contradicciones de la Forma derecho(s) en el contexto latinoamericano*. Revista Filosofía del derecho, UNAM, México 2011
- Ariza, R. (2015). *El pluralismo Jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los Estados constitucionales*. Bogotá 2015.
- Corte Constitucional. M.P. Tafur Galvis, Álvaro. *Sentencia SU-383 de 2003*.
Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil tres (2003).
- Corte Constitucional. M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo. *Sentencia T-380 de 1993*.
- Corte Constitucional. M.P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio. *Sentencia T-693 de 2011*.
Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011).
- Corte Constitucional. M.P. Vargas Silva, Luis Ernesto. *Sentencia C-366 de 2011*.
Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil once (2011).
- Corte Constitucional sentencia T-704 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva;
Bogotá D.C., trece (13) diciembre de 2016.
- Corte Constitucional. M.P. Barrera Carbonell, Antonio. *Sentencia SU-039 de 1997*
Bogotá D.C., tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997).
- Corte Constitucional. M.P. Linares Cantillo, Alejandro. *Sentencia SU-096 de 2017*
Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. párr. 148, 149, 151.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. párr. 131.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. párr. 137.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. párr. 128.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. párr. 148.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. párr. 90-91.
- Echeverri, J.A. (2000). *Reflexiones sobre el concepto de territorio y ordenamiento territorial indígena. Territorialidad Indígena Y Ordenamiento En La Amazonia*. ISBN: 958-8051-85-1 ed: Unibiblos v.1 , p.173 – 182.
- Ehrlich, E. (2005). “*Sociología y Jurisprudencia*”, p. 89-107, en: *Eugen Ehrlich, Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons
- Esteban, R. (2007). *Foro Nacional Ambiental. Documento de políticas públicas No. 23. Los territorios indígenas traslapados con áreas del sistema de parques nacionales naturales en la amazonia colombiana: situación actual y perspectivas*. Bogotá.

- Fraser, N. (1998) *¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas sobre la justicia en una época post-socialista*. Utopías, nuestra bandera: revista de debate político, ISSN 1133-567X, N°. 177. (P.145-147).
- García, M. (1993), *La eficacia simbólica del derecho*. Examen de situaciones colombianas, Uniandes, Bogotá.
- García, M., & Rodríguez, C. (2003). “*Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*”, en García Villegas, Mauricio & Rodríguez, César (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina*, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, pp. 15-66.
- Herreño, Á. *Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia*. Revista: El otro derecho. Número 31 – 32. Santa fe de Bogotá. 2004. P. 50.
- Jauretche, A. (1975). *Los Profetas del odio y la Yapa. La colonización pedagógica*. A. Peña Lillo Editor.
- Pineda, R. (2012). *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*. Editorial alteridades. Bogotá.
- Portal Territorio Indígena y Gobernanza. (s.f.). Recuperado el 04 de septiembre de 2018, de http://www.territorioindigenaygobernanza.com/col_02.html
- Santos de Sousa Boaventura, (2009). *Sociología jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Colección en clave del sur, ILSA, Bogotá.
- Taylor, C. (1992), *Multiculturalism and ‘The Politics of Recognition’*. Princeton, Princeton University Press, 1992. p. 25. (Traducido al español, *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Amy Gutman, comp; México, Fondo de Cultura Económica. 1992).

Vanderlinden, J. (1989). "Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later", Journal of Legal Pluralism, 28: 149-157.

Young, I. (2000). La justicia y la política de la diferencia. Ediciones Catedra, Universitat de Valencia, Instituto de la mujer.