

## Las minorías étnicas en la Constitución colombiana

*«Lo otro no existe, tal es la fe racional, la incurable creencia de la razón humana. Identidad=realidad, como si, a fin de cuentas, todo hubiera de ser, absoluta y necesariamente, uno y lo mismo. Pero lo otro no se deja eliminar; subsiste, persiste; es el hueso duro de roer en que la razón se deja los dientes. Abel Martín, con fe poética, no menos humana que la fe racional, creía en el otro, en “La esencial Heterogeneidad del ser”, como si dijéramos en la incurable otredad que padece lo uno».*

ANTONIO MACHADO

La Constitución de 1886 partía de un concepción monocultural donde existía un solo pueblo, un solo Dios, una sola lengua, una sola familia y en donde la producción de normas jurídicas y la administración de justicia estaban en cabeza del Estado central. Dichos principios fueron tomados de la Revolución Francesa, donde para lograr la unidad nacional se partió de una unidad cultural impuesta y bajo el principio de igualdad solamente se reconocían derechos independientemente de la pertenencia a un grupo, lo cual chocaba con la realidad sociológica de la existencia de diferentes comunidades dentro del territorio nacional.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, Colombia ratificó a través de la Ley 21 de 1991, el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en donde se partió del principio de que en muchos lugares del mundo las minorías étnicas y tribales no gozaban de los derechos fundamentales en la misma condición que el resto de la población nacional. Para remediar esta situación, propuso que en cada nación se estableciera la abolición de toda forma de discriminación (raza, color, origen nacional, nacimiento, etc.), se reconociera la existencia de sociedades menores y la capacidad de dichas minorías para mantener y desarrollar sus propias instituciones, forma de organización, gobierno interno y sistemas propios de justicia; se permitiera el acceso al dominio de sus tierras; el derecho a recibir los servicios básicos del Estado como los demás nacionales, en especial salud y educación, dentro del respeto de sus características culturales; y el derecho a la consulta y participación en las decisiones que los afectase, entre estos otros<sup>1</sup>. El Convenio 169 de la OIT hace parte del Bloque de Constitucionalidad, por lo cual se integra y armoniza con la Carta Fundamental en cuanto contempla derechos

humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aun en estado de excepción (art. 93 C. P.)<sup>2</sup>.

A partir de la Carta Política de 1991, que consagra en su artículo 7.º el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, y luego, en el párrafo segundo del artículo 13, dentro del principio de la igualdad, precisa que «El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados», se refleja un cambio rotundo en la relación del Estado con las minorías, y un reconocimiento, como diría HUMBERTO MATURANA, «de un otro como legítimo otro», partiendo del principio de que existen derechos universales asignados a los individuos independientemente de su pertenencia a un grupo, como también derechos diferenciados de grupo. Así nuestro ordenamiento acepta que bajo un mismo cielo coexisten comunidades históricas que ocupan parte del territorio nacional, que comparten una cultura diferenciada y quienes durante toda la República han proclamado su derecho a la autonomía.

La Constitución consagra otra serie de derechos que hacen realidad esa diversidad étnica y cultural de la Nación. Establece las lenguas de los grupos étnicos como oficiales en sus territorios y la educación bilingüe (art. 10.º); la no discriminación (art. 13); la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas (art. 17); la libertad de conciencia y cultos (arts. 18 y 19), la imprescritibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras comunales de grupos étnicos (art. 63); el derecho de los grupos étnicos de una educación respetuosa de su cultura y el reconocimiento de la igualdad de las diferentes culturas que conviven en nuestro país (arts. 68 y 70 inc. 2.º); la nacionalidad por adop-

ción a los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos (art. 96); la circunscripción especial indígena para las comunidades indígenas (art. 171), la circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior (art. 176); la jurisdicción especial indígena (art. 246); los territorios indígenas como entidades territoriales (arts. 286, 287, 329 y 330); la posibilidad de establecer un estatuto especial para proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago de San Andrés y Providencia (art. 310) y la obligación de reconocer por ley a las comunidades negras del Pacífico el derecho a la propiedad colectiva (art. 55 trans.).

Por eso quisiera esbozar brevemente desde la órbita constitucional y legal ese nuevo modelo de relación del Estado con las minorías étnicas. En primer término me referiré a los indígenas, y luego a las comunidades negras y raizales.

## I. LOS INDÍGENAS

A raíz del reconocimiento pluriétnico del Estado, en los últimos trece años Colombia ha vivido un proceso de “reindianización”. En efecto, existen muchas comunidades que reclaman su reconocimiento como indígenas por parte del Estado, sea como porción de pueblos existentes o como pueblos que se consideraban extinguidos<sup>3</sup>. Nuestra legislación actual define a los grupos indígenas como «conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores,

rasgos, usos o costumbres de su cultura así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que los distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad»<sup>4</sup>.

Detengámonos entonces en lo enunciado y en la idea de que *los pueblos son el fruto de la evolución misma del hombre y su socialización y que existen por ende sin ser proyectos deliberados*. Frente a los pueblos, existen dos factores de identificación: el primero de ellos, de carácter objetivo, apunta a buscar las características que separan a un pueblo, como en el caso de los indígenas, de otra colectividad y lo hacen diferente, en su ascendencia amerindia, traducida en unos rasgos hereditarios, en su lengua, sus costumbres, prácticas religiosas, leyendas, danzas, música, formas de trabajo, entre otros elementos. Por su parte, el factor subjetivo, que según ERNESTO RENÁN<sup>5</sup>, consiste en el “plebiscito de todos los días”, está referido a la conciencia étnica del grupo social frente a su individualidad y la voluntad de sus miembros de pertenencia a la misma. Esta conciencia étnica o sociológica es el principal de los dos elementos, ya que hace que una colectividad de personas participen de una cultura y se conviertan en una asociación consciente y libre<sup>6</sup>.

Ahora bien, aunque los miembros de los pueblos indígenas gozan de los mismos derechos individuales que cualquier otro colombiano, la Corte Constitucional desde sus primeros fallos ha reconocido también a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho autónomos, diferentes a los miembros que lo componen y por ende, con derechos y obligaciones como tales<sup>7</sup>. Dicho reconocimiento, de trascendencia fundamental, es la base de todos los demás derechos diferenciados de grupo y parte de la idea de que la protección de la exis-

tencia misma o la supervivencia cultural<sup>8</sup> es asimilable a la vida individual. Así, de este derecho se desprenden el de integridad étnica y cultural, equiparable al de integridad personal, y el derecho a establecer su propio proyecto de vida y tomar sus propias decisiones de acuerdo al mismo, equivalente al del libre desarrollo de la personalidad de las personas individuales, entre otros<sup>9</sup>.

Dentro de los derechos reconocidos, hay que remarcar la potestad de los pueblos indígenas de establecer sus propias normas y autoridades para resolver sus conflictos, prerrogativa que ha suscitado interesantes interrogantes, como los siguientes: ¿Qué jerarquía tienen esas normas o costumbres dentro de nuestro ordenamiento jurídico? ¿Dónde y a quiénes se aplican? ¿Qué límites tienen las autoridades indígenas? ¿Qué ramas del derecho cubre la jurisdicción? ¿La jurisdicción es un derecho o una obligación? ¿Quiénes son las autoridades tradicionales? ¿Quién debe responder por el posible error en una decisión de la administración de justicia indígena?

Nos preguntamos esto por cuanto potencialmente pueden existir tantos sistemas jurídicos como comunidades<sup>10</sup>, y lo que sabemos de ellos se ha dado con ocasión de casos extremos llevados a la jurisdicción constitucional mediante acción de tutela, lo que ha evidenciado un gran desconocimiento de ese “otro yo” colombiano, que está en proceso de asimilación y construcción.

Según lo expresado por CARLOS AGUSTO PERAFÁN, el ordenamiento jurídico indígena tiene conceptos diferentes al occidental, a saber: no hay derecho escrito pero existe el principio de previsibilidad, la comunidad tiene interiorizadas las conductas permitidas y prohibidas y las sanciones a imponer por su trasgresión; no existe división por ramas del derecho (civil, penal,

penal, laboral, administrativo, policía, etc.); las obligaciones están regidas por las reglas de reciprocidad, por ende lo importante no son los bienes o el objeto de la prestación sino las relaciones de las personas; la mayoría de edad está supeditada al momento en que sus mujeres y hombres pasan el ritual de la pubertad y se encuentran fisiológicamente maduros para la procreación, por lo tanto responsables de su supervivencia, entre otros<sup>11</sup>.

El reconocimiento de esos derechos diferenciados se logró gracias a la participación de diferentes representantes de las comunidades indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, quienes han manifestado una gran firmeza histórica por mantener sus identidad y diferencia como organización social, y una lucha constante por mantener sus tierras (el resguardo) y el cabildo<sup>12</sup>.

Detengámonos un poco en esas figuras.

#### A. Las tierras indígenas

Empecemos por el *resguardo*, figura colonial que en su inicio buscaba la protección del indígena, de los peligros y abusos generados de la convivencia con los españoles y mestizos, y donde se replanteó la esclavización y la encomienda como formas de sometimiento del indígena. En efecto, desde 1512 se estableció que el indígena era un «vasallo libre del rey» y posteriormente las Leyes de Indias sobre tierras dispusieron dejar a los indios «todas las tierras que les pertenecieren, así en particular como por comunidades, y las aguas y riegos»<sup>13</sup>. Se establecieron entonces como tierras indias, las cultivadas y habitadas por los indígenas antes de la llegada de los españoles a territorio americano, las cuales les serían reconocidas como propiedad comunal y desde ese momento considera-

das fuera del comercio, diferenciándose así de los bienes de propiedad particular<sup>14</sup>.

Aunque el resguardo puso límites a la territorialidad indígena, durante la colonia fue su tabla de salvación, por cuanto permitió que conservaran su propia dinámica social, aislándolos y propiciando la conservación de sus costumbres, cultura y lengua.

Con la independencia nacional, bajo el convencimiento que había que eliminar la herencia colonial, culpable de nuestro atraso y partiendo de los principios de igualdad, unidad nacional y propiedad privada, impregnados en nuestra lucha, los indígenas fueron perdiendo paulatina y progresivamente los derechos que la legislación indiana les había dado, y se fueron desintegrando los resguardos, que eran considerados una traba mayor para la libre circulación de las tierras y para el desarrollo de la producción de la nueva nación.

El Congreso General de Colombia por Ley del 11 de octubre de 1821, bajo el principio de igualdad de los colombianos, ordenó entregar las tierras comunales o resguardos en posesión individual a los indígenas, sometiéndolos al régimen de propiedad privada, propiciando así que el indígena vendiera las tierras del antiguo resguardo, se convirtiera luego en arrendatario o peón del comprador, y que sus tierras pasaran a ser parte del latifundio colombiano<sup>15</sup>. Esta política de desintegración del resguardo se mantuvo hasta mediados del siglo xx<sup>16</sup>. En efecto, solamente hasta la expedición de la Ley 135 de 1961, Ley de Reforma Agraria, se estableció en cabeza del Instituto de Reforma Agraria, Incora, la dotación de tierras indispensables que facilitarían el adecuado asentamiento y desarrollo a las comunidades indígenas, mediante la constitución o ampliación de los resguardos y el saneamiento de aque-

llos que estuvieren ocupados por personas que no pertenecieran a la respectiva parcialidad, además de que en su artículo 29 prohibió la adjudicación de baldíos que estuvieran ocupados por indígenas<sup>17</sup>.

Antes de 1991, nuestros Altos Tribunales en numerosas sentencias defendieron la institución del resguardo sosteniendo diferentes tesis para ello, como la de que nunca habían pertenecido a la nación, que no ocupaban territorios baldíos y que eran imprescriptibles por cuanto la usucapión no regía para adquirirlos mientras no se hubiera extinguido, entre otros<sup>18</sup>.

Hoy en día, el tema indígena, por el reconocimiento expreso en el texto constitucional, ha tenido gran relevancia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en cuyas sentencias de control constitucional y de revisión de tutela ha aclarado el alcance de los derechos diferenciados de las comunidades indígenas. Así, bajo la constatación de que los territorios indígenas se encuentran ligados a la supervivencia de los grupos étnicos, teniendo en cuenta que son el lugar de cohesión geográfico, donde el pueblo se desarrolla y expresa como tal, y quien a falta del mismo, muy fácilmente puede ser asimilado o absorbido por su vecino, la Corte Constitucional ha establecido que el derecho de propiedad es en este caso de carácter fundamental y lleva implícito el derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades<sup>19</sup>.

La importancia de los territorios de las minorías étnicas fue reconocida por la Carta Política en sus artículos 63 y 329, al declararlos inalienables, inembargables e imprescriptibles. La Corte Constitucional, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 330 de la C. P., en diferentes oportunidades ha ordenado la preservación del hábitat natural de los territorios indígenas por estar directamente ligados a los cambios cul-

turales que ellos pueden generar en dichas comunidades<sup>20</sup>. La misma norma Constitucional establece que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y reconoce explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa para llevar a cabo dicha explotación<sup>21</sup>.

La Carta política no se limitó al reconocimiento del *resguardo*, sino que, en su artículo 330 estableció que los *territorios indígenas* son parte de la descentralización administrativa territorial, reconociéndoles autonomía para gestionar sus propios intereses y la posibilidad de gobernarse por sus propios usos y costumbres. La conformación de las entidades territoriales indígenas se supeditó a lo que dispusiera la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación al Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, norma que hasta el momento no ha sido expedida (art. 329 C. P.). No obstante lo anterior, se dispuso establecer que los resguardos indígenas participaran de los ingresos corrientes de la nación, para lo cual serían asimilados a los municipios, y mientras se expedía la citada Ley Orgánica, el Gobierno podría dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

Los territorios indígenas, de acuerdo a los decretos reglamentarios de la Ley 160 de 1994, no se limitan a áreas tituladas o poseídas en forma regular por comunidades, sino que comprenden las no poseídas, que constituyan el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas o culturales. Bajo la anterior premisa nos preguntamos si esas nuevas entidades territoriales indí-

genas podrían comprender pobladores no indígenas y tierras no tituladas.

Por último, frente a este tema, en Colombia existen 469 resguardos que suman un total de 27'986.896 hectáreas, lo que representa un 24.48 % de la superficie del país, extensiones que han sido reconocidas en un 82 por ciento en los últimos treinta años a partir de la creación del Incora<sup>22</sup>.

### B. Las autoridades indígenas

Ahora bien, una vez descrito el resguardo, pasemos al *Cabildo indígena*, institución republicana anterior a la Constitución de 1991, que fortaleció a las comunidades indígenas y que fue creada por la Ley 89 de 1890 en su artículo 3.º donde se estableció que en todos los lugares donde se encontrara establecida una parcialidad indígena se debía establecer un pequeño cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres, compuesto por varios miembros de la comunidad quienes asumirían la administración del grupo, las tierras comunales y la resolución de ciertos conflictos<sup>23</sup>.

El cabildo indígena es una entidad atípica, que cumple las funciones previstas en la Constitución y en las leyes y su proceso democrático de elección anual asegura la representación de las comunidades indígenas exclusivamente en cabeza de sus miembros, manera de preservar su identidad cultural, mantener la cohesión social del grupo y legitimar sus autoridades.

Frente a este tema, cabe mencionar que la Ley 89 de 1890 constituyó la base central de la legislación indígena durante todo el siglo xx, la cual en desarrollo del concordato celebrado en 1887 con el Vaticano, tuvo como propósito el fortalecimiento de la religión católica y de la Iglesia, buscando asimilar paulatinamente la población in-

dígena a dicha confesión. No obstante lo anterior, esta ley trajo una serie de prerrogativas que afianzaron los derechos de las comunidades indígenas y su autonomía, al establecer que: a) La ley colombiana no regiría para los indígenas, que se fueran reduciendo a la vida civilizada por medio de misiones<sup>24</sup>, abriendo así la posibilidad de una legislación especial para los indígenas ya que las comunidades debían quedar sujetas al régimen de misiones y a los convenios que celebraran el gobierno y la autoridad eclesiástica. b) Clasificó a los indígenas en tres categorías: salvajes, semisalvajes y civilizados (excluyendo en materia penal a los dos primeros grupos y en materia civil, los excluyó a todos del régimen de su aplicación). c) Otorgó competencia a los cabildos indígenas para sancionar con penas correccionales las faltas menores que cometieran sus miembros contra la moral. d) Reconoció a las autoridades internas de las comunidades y les señaló facultades civiles y administrativas. e) Dio personería a los cabildos para representar a los miembros del resguardo en asuntos penales y administrativos. f) Estableció mecanismos protectores de la territorialidad indígena, la imprescriptibilidad y la inalienabilidad de los territorios comunales declarando nulas todas las ventas hechas sin los taxativos requisitos contemplados en la Ley. g) Declaró incapaces a los indígenas exigiendo autorización judicial para la venta de tierras<sup>25</sup>.

Por último, es necesario precisar que el cabildo no es la única autoridad de los pueblos indígenas que reconozca nuestra legislación com representante oficial: existen algunas comunidades que tienen autoridades tradicionales propias e independientes del cabildo, y que, de la misma manera, las representan frente a la nación y poseen facultades de administrar justicia. En efecto,

mientras que las comunidades de la zona andina establecieron cabildos como autoridades permanentes por influencia del sistema nacional y de la colonización, en las áreas periféricas, como por ejemplo la Amazonía, el Pacífico y la Sierra Nevada de Santa Marta, se mantuvo el sistema de autoridades tradicionales, donde sus representantes o líderes se designan por jerarquía de clanes, herencia del hijo mayor hombre, conocimiento religioso o mágico (capitanes, maloqueros, chamanes y mamos), entre otros. En dichas comunidades, la decisión sobre quiénes asumen el rol de autoridades tradicionales y su respectiva elección es un asunto propio y no de la ley nacional<sup>26</sup>.

## II. COMUNIDADES NEGRAS Y RAIZALES

### A. *Comunidades negras*

La población afrodescendiente llegó oficialmente a Colombia en el siglo xvi, arrancada de sus territorios africanos, con el fin de ser utilizada como fuerza de trabajo esclava en la explotación minera, lo cual significó la adaptación al nuevo mundo<sup>27</sup>. Una vez la población indígena fue desplazada y remplazada por nativos africanos, en el siglo xviii los negros fueron el motor de todos los renglones de la economía de la Nueva Granada<sup>28</sup>.

Pero el negro esclavo, una vez se percató de su situación, empezó a alzarse y a huir de la injusticia del sistema esclavista, formando palenques como zonas de resistencia que agrupaban al “cimarrón”, buscando la libertad, autonomía y tierras para trabajar.

En el ámbito jurídico colonial, la situación del negro a diferencia del indígena no contó con protección; por el contrario, el negro fue objeto de persecución a través de

medidas penales y policivas, que buscaban «evitar que convivieran con los indios o se mezclasen con los blancos, prevenir y combatir el cimarronaje y encausar a la esclavitud improductiva y el vagabundaje en actividades económicas productivas»<sup>29</sup>. En efecto, tanto la Cédula Real firmada en Arajuez el 31 de mayo de 1789, como los Códigos Negros denominados “Los códigos del sol” segregaron al negro como esclavo<sup>30</sup>.

En las últimas décadas del siglo xviii la institución de la esclavitud empieza a perder fuerza a través de la *manumisión*, mediante la cual los esclavos son liberados, ya sea porque ellos mismos compran su libertad, o cuando en vida o mediante testamento se le daba esa prerrogativa. En el Chocó, en 1782, más de un tercio de la población negra ya se encontraba libre (3.899 personas de 10.8987)<sup>31</sup>.

La independencia no abolió a la esclavitud. En 1821, el Congreso Constitucional aprobó la Ley “sobre libertad de partos, manumisión y abolición del tráfico con esclavos” estableciendo que si bien los negros libres tenían una situación ligeramente más alta que los esclavos, se les seguirían aplicando restricciones como la del porte de armas y el desempeño de oficios políticos o militares, entre otros. Solamente en 1851 se aprobó la abolición legal de la esclavitud, sin que ésta reconociera derechos diferenciados de grupo, ni la propiedad de los terrenos donde las comunidades negras se habían asentado; y a partir de ese momento, el Estado se olvidó de ellos.

Fue el año de 1991 cuando las comunidades negras tuvieron un reconocimiento expreso en la Constitución Nacional, en cuyo artículo 55 transitorio determinó que el Congreso debería expedir en un término de dos años, una ley que le reconociera a las comunidades negras de las zonas rurales ribereñas en la cuenca del Pacífico,

el derecho a la propiedad colectiva sobre tierras baldías que ellas ocupaban, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, debiéndose establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de esas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social. Además dispuso que dicho reconocimiento podría aplicarse a otras zonas del país que presentaran similares condiciones<sup>32</sup>.

Si bien la Constitución no definió a las comunidades negras, la Ley 70 de 1993 que desarrolló el citado artículo 55 transitorio, entró a hacerlo, como «el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campopoblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos». Mediante dicha ley, a estas comunidades se les reconoció entonces el derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios en los cuales se encontraban asentadas y estableció que se trataban de territorios inembargables, inalienables e imprescriptibles<sup>33</sup>. Les reconoció también la garantía de un proceso educativo propio según sus características etnoculturales, y la posibilidad de organizarse en consejos comunitarios (máxima autoridad administrativa al interior de los territorios de las comunidades negras).

Este reconocimiento, según la Corte Constitucional, genera como consecuencia el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio; se les debe aplicar por lo tanto el Convenio 169 de la OIT, ya que cumplen con los requisitos para ser catalogados como *grupo étnico* al tener rasgos culturales y

sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencian de los demás sectores sociales, y la existencia de una identidad grupal que lleva a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

«Sobre la cultura afroamericana existen dos corrientes antropológicas. La una pretende encontrar la explicación rastreando el pasado hasta sus raíces, volviendo al África y buscando los pueblos de donde se extrajeron los esclavos. La otra más reciente, sin desconocer el pasado, busca la originalidad de las culturas afroamericanas en el poder creativo del negro, que utilizando tanto los propios rasgos culturales como los de las sociedades occidentales o indígenas con las que ha mantenido contacto, ha dado origen a nuevas formas de comportamiento y a categorías distintas de vivir y pensar»<sup>34</sup>.

Para la Corte Constitucional, el reconocimiento de los derechos especiales a las comunidades negras no se hizo en función de su “raza”, sino en consideración de su estatus en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes. Además hizo claridad en cuanto que la Ley 70 de 1993, en consonancia con el artículo transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos señalados.

A partir de la reglamentación del artículo transitorio 55 de la Constitución Nacional se han abierto espacios para la participación política y administrativa de las comunidades negras como grupo étnico, dentro de los cuales los *Consejos Comunitarios*, de acuerdo al artículo 5.º de la Ley 70 de 1993, juegan un papel funda-

mental en la organización de las comunidades negras, por cuanto son la máxima autoridad de administración de las tierras comunales, representan a la comunidad como una persona jurídica independiente de sus miembros y se hace necesario que la comunidad lo haya conformado para ser beneficiaria de la titulación colectiva de la tierra. A la vez, invita a hacer acuerdos entre familias, comunidades vecinas y organizaciones para lograr un fin común.

### *B. Los raizales*

En lo que respecta al Archipiélago de San Andrés y Providencia, en el año 1629 se establecieron los primeros colonizadores ingleses, quienes encontraron allí corsarios y contrabandistas asentados desde hacía un tiempo<sup>35</sup>. Antes de estos pueblos, no se tiene noticia de asentamientos humanos permanentes, ni de indios<sup>36</sup>.

Desde 1640 los españoles se dieron a la tarea de desalojar a los ingleses y colonos, hasta que ambas islas cayeron bajo el dominio español, disputa que se mantuvo hasta que mediante pacto celebrado en 1786 en Versalles, Inglaterra se comprometió a desalojar la Costa Mosquitia y las islas vecinas<sup>37</sup>.

Más tarde, la Real Orden del 20 de noviembre de 1803 estableció segregar de la Capitanía de Guatemala todas las islas de San Andrés y la Costa de Mosquitos hasta el río Chagres y agregarlas al Virreinato de la Nueva Granada.

En el año de 1928, mediante el Tratado Esguerra-Bárceñas, Colombia reconoció la soberanía de Nicaragua sobre las costas de Mosquitos, las islas de Mangle Grande y Mangle Chico y a su vez Nicaragua reconoció la soberanía y pleno dominio de Colombia sobre las islas de San Andrés,

Providencia, Santa Catalina y todas las demás islas, islotes y cayos que hacen parte de dicho archipiélago de San Andrés.

En cuanto a la evolución étnica vivida en las islas, encontramos que en el siglo XVIII éstas fueron colonizadas de manera permanentemente produciéndose con ello un complejo mestizaje de diversos orígenes raciales, a saber: africanos trasladados como esclavos, europeos (ingleses, escoceses e irlandeses) de las colonias británicas del Caribe (Jamaica, Trinidad, Curazao e Islas Caimán), españoles y un pequeño grupo chino incorporado a finales del siglo XIX<sup>38</sup>.

El mestizaje, el aislamiento del continente colombiano y la peculiaridad de su proceso histórico produjeron un pueblo colombiano diferente, conocido como *raizal*: «grupo étnico perfectamente definido, como lo evidencian su aspecto físico, sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al protestantismo»<sup>39</sup>.

Dada esta realidad, nuestra Constitución estableció que el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regiría por las normas nacionales ordinarias y por unas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico estableciera el legislador. Además autorizó al legislador a limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles, con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago.

Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido que «La cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultu-

ra del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado y tiene la calidad de riqueza de la Nación. El incremento de la emigración hacia las Islas, tanto por parte de colombianos no residentes como de extranjeros, ha venido atentando contra la identidad cultural de los raizales, en la medida en que por ejemplo en San Andrés ellos no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo, que es también patrimonio de toda la Nación»<sup>40</sup>.

En este caso particular de las comunidades raizales, el Congreso de la República se ha pronunciado también, expidiendo la Ley 47 de 1993 por la cual se desarrolla el artículo 310 de la Constitución, y se establecen normas especiales dirigidas a la protección de las comunidades nativas, su cultura, su lengua y sus tradiciones, así como el patrimonio histórico y ecológico del Archipiélago de San Andrés y Providencia.

Así pues, luego de habernos detenido en las estipulaciones constitucionales y legales que hacen referencia a las comunidades indígenas, negras y raizales, y de considerar la historia de la legislación al respecto desde la colonia y la jurisprudencia correspondiente, podemos encontrar una serie de principios que denotan una evolución en la perspectiva, y proceso de reconocimiento del “otro como legítimo otro” y de valoración de la diversidad.

Si bien la tolerancia y el respeto por el otro no son actitudes humanas que con solo decretar se vuelven una realidad personal y cultural, los principios éticos de una Nación expresados en sus Constitución son un primer paso, para comenzar. Nuestro país y su gente demandan realizar estos principios constitucionales para propiciar los pro-

cesos culturales necesarios para que generen coherencia entre la ley y la vida.

FILIPO ERNESTO BURGOS GUZMÁN  
Profesor  
Departamento de Derecho Constitucional  
Universidad Externado de Colombia

1. *Derechos e Identidades, los Pueblos Indígenas y Negros en la Constitución Política Colombiana*, Bogotá: Disloque Editores, 1993.

2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-639 / 99. Magistrado ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

3. MINISTERIO DE INTERIOR. “Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas”, 1998, pp. 34 a 45.

4. Decreto 2164 de 1994, reglamentario de la Ley 160 de 1994.

5. E. RENÁN. *¿Qué es una Nación?* Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, pp. 107 y 108. Citado por JOSÉ A. DE OBIETA en: *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*. Madrid: Tecnos, 1985.

6. DE OBIETA. *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, cit.

7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 de 1993, Magistrado ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-652 de 1998, Magistrado ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

9. Cfr. ESTHER SÁNCHEZ BOTERO e ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2000, pp. 115 a 123.

10. En nuestro país existen 800.000 indígenas, 428 comunidades de 81 etnias.

11. CARLOS PERAFÁN. *Sistema Jurídico Paez, Cogi, Wayúu y Tule*. Bogotá: ICAN, 1995.

12. *Derechos e Identidades, los Pueblos Indígenas y Negros en la Constitución Política Colombiana*, cit.

13. GUILLERMO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *De los Chibchas a la Colonia y a la República, del Clan a la Encomienda y al Latifundio en Colombia*. Bogotá: Ediciones Internacionales, 1978, p. 301.

14. MARGARITA GONZÁLEZ. *El resguardo en le Nuevo Reino de Granada*. Bogotá: El Áncora, 1992, pp. 19 y 20.

15. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Ob. cit., pp. 112 y 113.

16. Cfr. JAIRO RIVERA SIERRA. “El resguardo, una política y unas perspectivas”, tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, 1984.

17. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, adscrito al Ministerio de Agricultura,

fue creado según el artículo segundo de la Ley 135 de 1961, como un establecimiento público, con la finalidad de administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad de la Nación, adjudicarlas o constituir reservas, así como la de ejercitar las acciones y tomar las medidas en los casos de indebida apropiación de las tierras baldías. Dentro de esos parámetros y de una manera muy resumida, esta entidad se creó para llevar a cabo la reforma agraria en Colombia, y dotar de tierras a las comunidades indígenas y recuperar las tierras de resguardos ocupados por colonos que no pertenezcan a la respectiva parcialidad.

18. Cfr. el análisis jurisprudencial realizado por RIVERA SIERRA. Ob. cit., pp. 81 a 99.

19. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-188 de 1993. Magistrado ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

20. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-652/98. Magistrado ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, donde los indígenas reclamaban por la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá en territorios del pueblo Embera-Katío, que a la vez es Parque Nacional Paramillo.

21. Frente a la consulta previa hay que tener en cuenta que, si bien el artículo 6.º del Convenio 169 de 1989 de la OIT (Ley 21 de 1991), la consulta se aplicaría a todas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-169/01, expresó que se restringe a lo estipulado en el citado artículo 330 de la C. P., mientras el Legislador se ocupe de regular la materia. En este momento la figura de la consulta previa esta contemplada en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

22. Cfr. ROQUE ROLDÁN ORTEGA. *Pueblos indígenas y pueblos en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*, Bogotá: Tercer Mundo, 2000, p. 50.

23. El artículo 2.º del Decreto 2164 de 1995 define al cabildo como «entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad».

24. El artículo 1.º de la Ley 89 de 1890, establecía: «La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como estas in-

cipientes sociedades deban ser gobernadas». Este artículo fue declarado inconstitucional mediante Sentencia C-139 de 1996.

25. El artículo 40 de la Ley 89 de 1890, establecía que «Los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de menores de edad para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender ésta con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintiún años; debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obtenido el permiso la venta se hará por pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial. Serán nulas y de ningún valor las ventas que se hicieren en contravención a lo dispuesto en este artículo, así como las hipotecas que afecten terrenos de resguardo, aun hecha la partición de este». Este artículo fue declarado inconstitucional mediante Sentencia C-139 de 1996.

26. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-652 de 1998. Magistrado ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

27. NINA S. DE FRIEDEMANN. *Presencia africana en Sudamérica*. Bogotá: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1995.

28. *Ibíd.*, p. 70.

29. IDELFONSO GUTIÉRREZ AZOPARDO. *Historia del Negro en Colombia*, 3.ª ed. Bogotá: Nueva América, 1992, p. 56.

30. NINA S. DE FRIEDEMANN. Ob. cit., p. 71.

31. *Colombia Pacífico*, t. II, *Manumisión, libres y resistencia negra en el Chocó colombiano*, 1993, p. 410.

32. Según el artículo 56 de la Ley 110 de 1913 y las normas que lo adicionen, desarrollen o reformen tierras baldías. son los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que pertenecen al Estado y que carecen de otro dueño, y los que, habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver a dominio del Estado.

33. De esta manera, en el año de 1998 ya se habían titulado 1'260.667 hectáreas, mediante 23 títulos, beneficiando a 13.383 familias. Ver al respecto, *Una aproximación al estado de titulación colectiva*. Instituto del Pacífico, 1998.

34. GUTIÉRREZ AZOPARDO. Ob. cit., p. 16.

35. JAMES J. PARSONS. *San Andrés y Providencia*, Bogotá: El Áncora, 1985.

36. ENRIQUE GAVIRIA LIÉVANO. *Nuestro archipiélago de San Andrés y el Tratado con Nicaragua*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

37. *Ídem.*

38. *Diversidad es riqueza, la comunidad isleña*

de san andrés y providencia: factores de diversidad cultural. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología, 1992, pp. 175 a 179.

39. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-053 de 1999. Magistrado ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

40. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-530 de 1993. Magistrado ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

#### BIBLIOGRAFÍA

*Derechos e identidades, los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política colombiana*. Bogotá: Disloque Editores, 1993.

*Encrucijadas de Colombia Amerindia*. Bogotá: Colcultura, 1993.

FRIEDEMANN, NINA S. DE y JAIME A. ROCHA. *De sol a sol. Génesis, transformación y presencia de los negros en Colombia*. Bogotá: Planeta, 1986.

GAVIRIA LIÉVANO, ENRIQUE. *Nuestro Archipiélago de San Andrés y el Tratado con Nicaragua*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

GONZÁLEZ, MARGARITA. *El resguardo en el Nuevo Reino de Granada*. Bogotá: El Ancora, 1992.

GUTIÉRREZ AZOPARDO, IDELFONSO. *Historia del Negro en Colombia*, 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Edit. Nueva América, 1992.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, GUILLERMO. *De los Chibchas a la Colonia y a la República, del Clan a la Encomienda y al Latifundio*

*en Colombia*. Bogotá: Ediciones Internacionales, 1978.

INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA. *Encrucijadas de Colombia Amerindia*. Bogotá: Presencia, 1993.

MINISTERIO DE GOBIERNO. *Fuero Indígena Colombiano*, 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Gente Nueva, 1994.

MINISTERIO DEL INTERIOR. *Derechos de los Pueblos Indígenas en Colombia - Pluralismo jurídico y Autonomía*, tt. I y II, Bogotá, 1998.

MINISTERIO DEL INTERIOR. *Hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas*. Bogotá, 1998.

MINISTERIO DEL INTERIOR y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*. Bogotá, 1997.

OBIETA, JOSÉ A. DE. *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*. Madrid: Tecnos, 1985.

PARSONS, JAMES J. *San Andrés y Providencia, Una geografía histórica de las islas colombianas del Caribe*. Bogotá: El Ancora, 1985.

PERAFÁN, CARLOS. *Sistema jurídico Paez, Cogi, Wayúu y Tule*. Bogotá: ICAN, 1995.

RIVERA SIERRA, JAIRO. "El resguardo una política y unas perspectivas", tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, 1984.

ROLDÁN ORTEGA, ROQUE. *Pueblos indígenas y pueblos en Colombia, Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. Bogotá: Tercer Mundo, 2000.