

CONTENIDO

PRÓLOGO	7
INTRODUCCIÓN	15

PRIMERA PARTE

EL DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

1. NOCIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA	23
2. CARÁCTER FUNDAMENTAL Y CARÁCTER COLECTIVO DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA	36
3. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA	45
3.1. TERRITORIO	46
3.2. IDENTIDAD CULTURAL	49
3.3. GOBIERNO E INSTITUCIONES PROPIAS	50
3.4. SALUD FÍSICA Y ESPIRITUAL	52
3.5. DESARROLLO ECONÓMICO Y MODOS DE SUBSISTENCIA	53
3.6. EDUCACIÓN DIFERENCIAL (ETNOEDUCACIÓN) Y LENGUA MATERNA NATIVA O PROPIA	54

SEGUNDA PARTE

LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO

1. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CULTURAL EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	59
--	----

2.	LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EN LA LEY NACIONAL	69
3.	LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	82

TERCERA PARTE

EL PERJUICIO INMATERIAL A LA INTEGRIDAD CULTURAL COMO PERJUICIO AUTÓNOMO

1.	LA DIFICULTAD DE REPARACIÓN FRENTE AL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL	105
1.1.	LA FALTA DE POSITIVIZACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD CULTURAL	105
1.2.	INEXISTENCIA DE UNA CATEGORÍA AUTÓNOMA DE DAÑO CULTURAL COMO SUBESPECIE DEL DAÑO INMATERIAL	108
1.3.	AUSENCIA DE CRITERIOS CLAROS PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL	112
1.4.	INCERTIDUMBRE FRENTE AL MECANISMO JUDICIAL ADECUADO PARA OBTENER LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL	116
2.	LA INSUFICIENCIA DE LAS CATEGORÍAS DE PERJUICIO EXISTENTES PARA REPARAR EL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL Y EL CONCEPTO DE ETNO-REPARACIÓN .	123
3.	CRITERIOS PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL	140
3.1.	LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DEBEN PARTICIPAR EN EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ETNOREPARACIÓN	142

3.2. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN DEBEN RESPETAR LA IDENTIDAD CULTURAL PARTICULAR DEL GRUPO ÉTNICO	145
3.3. LAS MEDIDAS DE ETNO-REPARACIÓN DEBEN TOMAR EN CUENTA LA DIMENSIÓN COLECTIVA DE LAS VIOLACIONES Y DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN ...	147
3.4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD CULTURAL DEBE RESPONDER AL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL	149
3.5. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN DEBEN SER EFICACES, ADEMÁS DE IDÓNEAS Y EFECTIVAS	152
CONCLUSIONES	157
BIBLIOGRAFÍA	163

INTRODUCCIÓN

Hace poco más de treinta años, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, sustituyendo con ello el Convenio 107 de 1957, que, en su momento, constituyó el primer antecedente de un instrumento internacional cuyas disposiciones estuvieran orientadas exclusivamente a tratar los asuntos de estas minorías. Si bien, el Convenio 107 de 1957 rigió durante más de tres décadas, no fue ajeno a las críticas por su fuerte enfoque integracionista de los pueblos indígenas a la cultura de la población mayoritaria¹, ni al rechazo de los movimientos indígenas gestados a partir de la década de 1970 e incluso de los mismos Estados.

De la revisión del Convenio 107 de 1957 y de la necesidad de adoptar un instrumento que reflejara la evolución del derecho internacional en materia de protección de los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, surgió la conciencia e importancia de generar acciones para la protección y preservación de su cultura y de sus instituciones y formas de vida. Así fue como nació el Convenio 169 de 1989², como un mecanismo para fortalecer el desarrollo económico, al igual que mantener y conservar sus identidades, culturas, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que ellas habitan.

Este Convenio fue adoptado por el Congreso de nuestro país a través de la Ley 21 de 1991, por la misma época en que la naciente Constitución Política, reconocía y se comprometía a la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y, en particular de los derechos de las comunidades indígenas dada su histórica

¹ La OIT y los Pueblos indígenas y Tribales. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3320/3810>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

² Aprobado por el Congreso de Colombia a través de la Ley 21 de 1991, norma que integró al ordenamiento jurídico el contenido del Convenio.

situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación. A partir de ese momento y de manera paulatina durante los últimos treinta años, se han adoptado numerosas normas para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia tales como la ley 99 de 1993 que estableció el deber de que la explotación de los recursos naturales se hiciera sin desmedro de la integridad cultural de los pueblo indígenas y el deber de adelantar procesos de consulta previa para aquellos proyectos cuya ejecución requiera la obtención de licencia ambiental; la ley 115 de 1994, que desarrolló lineamientos generales sobre la educación con enfoque diferencial y protección de la lengua materna en el proceso educativo; la ley 397 de 1997, que estableció disposiciones sobre la protección y promoción de la cultura en todas sus manifestaciones y el derecho de los grupos étnicos y lingüísticos, a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural; la ley 756 de 2002, que estableció el derecho de las comunidades a percibir recursos del Fondo Nacional de Regalías por la explotación de recursos naturales en territorios de resguardos indígenas o cerca de estos; la ley 1381 de 2010 que consagró el reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos de Colombia; y la ley 1516 de 2012, por la cual se aprobó la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales; entre muchas a través de cuales el Estado Colombiano ha avanzado en el desarrollo legal de la protección de diversos derechos de los pueblos indígenas de Colombia.

Sin embargo, en lo que respecta al derecho de los pueblos indígenas a ser reparados colectivamente por el daño derivado de la lesión a su integridad cultural causado por el Estado o por particulares, con excepción de las normas expedidas para la reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia, muy poco se ha dicho en la ley. Los mayores avances sobre este asunto se identifican en la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional que, si bien se ha referido en reiteradas oportunidades a la integridad cultural como un derecho de las minorías étnicas y ha condenado su vulneración, entre otros, no se ha referido de manera clara al tratamiento que debe darse a los perjuicios de esta se derivan.

Este trabajo tuvo como principal motivación la experiencia laboral propia durante más de cuatro años en la coordinación y gestión de procesos de consulta previa, sobre todo en aquellos cuya finalidad

debía ser la adopción de medidas para prevenir, corregir, mitigar o compensar las afectaciones pasadas y las posibles afectaciones futuras derivadas de la ejecución de proyectos de extracción de recursos naturales para dar cumplimiento a fallos judiciales. La inquietud inicial que surgió en estos ejercicios es que, a menos que se tratara de una decisión judicial que ampara el derecho a la consulta previa, en pocos casos el tema de reparación de la integridad cultural a los pueblos indígenas era abordado en el ordenamiento jurídico, salvo en los casos excepcionales de reparación de las víctimas del conflicto interno armado; y aún en esos casos, la dificultad para definir los mecanismos, procedimientos y criterios sigue siendo evidente. Esta dificultad ha llevado a que muchas de esas sentencias, incluso aquellas proferidas por la Corte Constitucional, permanezcan sin cumplimiento en lo que respecta a la efectiva reparación del daño causado a las comunidades y pueblos indígenas involucrados en estos pronunciamientos.

Ahora bien, no es un hecho desconocido el grave riesgo que afrontan los pueblos y comunidades indígenas relacionado con su exterminio físico y cultural derivado de la discriminación histórica y de la marginalización general que éstas han tenido que enfrentar. En este contexto es importante mencionar que, de acuerdo con los datos del Censo del año 2018, en Colombia existen 115 pueblos indígenas, con una población que asciende a 1.905.617 personas y que corresponde al 4.4% de los habitantes del país. Así mismo, que del total de las víctimas incluidas en el registro nacional de víctimas del conflicto armado que lleva la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, el 2% de estas, corresponde a personas que se identifican como pertenecientes a pueblos o comunidades indígenas³. Frente a esta situación, en el año 2009 la Corte Constitucional emitió el Auto 005, mediante el cual ordenó al Estado Colombiano una serie de medidas a favor de treinta y cuatro pueblos indígenas, especialmente destinado a la elaboración conjunta de planes de salvaguarda étnica para enfrentar el conflicto armado y el desplazamiento forzado.

³ Memorias del primer encuentro internacional de intercambio de experiencias sobre reparación integral a las víctimas realizado en Bogotá y Valledupar los días 4 al 8 de mayo de 2015, adelantado por la Unidad para la atención y reparación integral de las víctimas. Disponible en <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/memoriaseri1.pdf>. Consultado el 30 de marzo de 2021.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto demostrar que el daño causado a la integridad cultural de los pueblos y comunidades indígenas debe ser reconocido y considerado como una categoría autónoma de daño inmaterial, distinta de aquellas que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado reconocen actualmente, en razón a que los daños de carácter cultural, espiritual o religioso que deben ser reparados a estas comunidades, no encajan en las categorías tradicionales de daño inmaterial, Así mismo se proponen nuevos criterios para la reparación del daño a la integridad cultural, tales como la necesidad de que los pueblos y comunidades indígenas participen en el proceso de determinación de las medidas de etnoreparación, que las medidas de reparación sean respetuosas de la identidad cultural particular del grupo étnico en el momento de definir medidas de etno-reparación con el fin de que las medidas adoptadas logren la finalidad reparatoria que estas persiguen, entre otros criterios.

Lo anterior se logró a partir de la revisión de las leyes expedidas desde 1880 y hasta 2020 relacionadas con todo lo atinente a las comunidades, así como de la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas; con el apoyo adicional, de documentos expedidos por diferentes entidades públicas y privadas como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Unidad para la Atención y Reparación de las Víctimas, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura y, la ONIC, entre otras.

La investigación cuenta con tres capítulos. El primero de ellos se ocupa del derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas en Colombia, a partir de la definición su concepto y alcance, la conceptualización de su carácter fundamental y colectivo y la identificación de supuestos de responsabilidad por daño a la integridad cultural de los pueblos indígenas. En el segundo capítulo, se desarrolla el análisis normativo y jurisprudencial en materia de reparación del daño a la integridad cultural, cuyo objeto es identificar el fundamento jurídico de la obligación de reparación del daño a ésta causado y establecer el tratamiento que se ha dado en la ley y en la jurisprudencia a este tipo de daño y a su reparación.

Finalmente, en el tercer capítulo, se defiende la idea de un perjuicio inmaterial a la integridad cultural como un perjuicio autónomo. En

este capítulo se identifican los problemas presentes en el ordenamiento jurídico colombiano que obstaculizan la reparación del daño a la integridad cultural como una categoría autónoma de daño, la definición del concepto de etnoreparación o de reparación con enfoque diferencial y la importancia de que este enfoque sea integrado al sistema de reparación en orden a que se materialice el principio de reparación integral. Por último, se proponen cinco criterios para una adecuada reparación del daño a la integridad cultural, definidos a partir de los lineamientos fijados por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como conclusión, se destaca, en primer lugar, la vital relevancia del reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas de nuestro país, especialmente del derecho a su integridad cultural y a ser reparados de manera integral como mecanismo de protección frente al riesgo latente de desaparición física y cultural por su alto grado de vulnerabilidad social, económica y cultural. Y, en segundo lugar, la importancia de profundizar en el estudio de la responsabilidad civil y del Estado a partir de la necesaria incorporación de un enfoque diferencial étnico al momento de reparar a los pueblos y comunidades indígenas, que tenga en cuenta su cosmovisión, las formas propias de entender el mundo, las relaciones, el territorio y la naturaleza, con el fin de lograr la igualdad de estas comunidades ante el sistema de justicia y romper con los prejuicios y estigmas que históricamente las han afectado y las siguen afectando.