



Territorialidad y derecho: tensiones, transformaciones y manifestaciones a nivel local y regional

Editor académico:
Orlando Meneses
Quintana

Editor académico:
Orlando Meneses Quintana

Territorialidad y derecho: tensiones,
transformaciones y manifestaciones
a nivel local y regional



UNIVERSIDAD LIBRE®

Territorialidad y derecho: tensiones, transformaciones y manifestaciones a nivel local y regional

Publicación resultado del proyecto de investigación:
LAS ESFERAS DE LA GLOBALIZACIÓN asociado al grupo de investigación
ESTADO, DERECHO Y TERRITORIO

Investigación impulsada por el Centro de Investigaciones de
la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá

2019



UNIVERSIDAD LIBRE®

Territorialidad y derecho : tensiones, transformaciones y manifestaciones a nivel local y regional / Orlando Meneses Quintana, editor académico ; Carolina Blanco Alvarado ... [et al.]. -- Bogotá : Universidad Libre, 2019.

178 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5466-77-7

Derecho administrativo 2. Derecho y sociedad 3. Movimientos

Sociales I. Meneses Quintana, Orlando, ed. II. Blanco Alvarado, Carolina

342

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN impreso: 978-958-5466-77-7

ISBN digital: 978-958-5466-78-4

Territorialidad y derecho: tensiones, transformaciones y manifestaciones a nivel local y regional

© Editor académico: Orlando Meneses Quintana

© Autores: Carolina Blanco Alvarado, Víctor Manuel Buitrago González, Carlos Arturo Hernández Díaz, Orlando Meneses Quintana, Oduber Alexis Ramírez Arenas, José Eduardo Rodríguez Martínez, Adrian Alexander Zeballosf Cuathin

© Universidad Libre

Bogotá D.C. - Colombia

Primera Edición - enero de 2019

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Editorial: Universidad Libre

Coordinación editorial: Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 No. 5-80, Tel: 3821000, Bogotá D.C.

Diseño y Diagramación: Héctor Suárez Castro

Impreso por Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Quien actúa solamente como impresor

Calle 65 No. 95-28. Tel.: 430 03 55 - 430 21 10

Tiraje de 100 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Territorialidad y derecho: tensiones, transformaciones y manifestaciones a nivel local y regional

Editor académico:

Orlando Meneses Quintana

Autores:

Carolina Blanco Alvarado

Víctor Manuel Buitrago González

Carlos Arturo Hernández Díaz

Orlando Meneses Quintana

Oduber Alexis Ramírez Arenas

José Eduardo Rodríguez Martínez

Adrian Alexander Zeballosf Cuathin



UNIVERSIDAD LIBRE®

COMITÉ CIENTÍFICO

Gustavo Arnulfo Quintero Navas: Doctor en Derecho Público por la Universidad de Nantes, Francia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Antonio Alejandro Barreto Moreno: Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana.

Anne-Claire Duffour: Doctora en Derecho por la Universidad de Nantes, Francia. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nantes, Francia.

COMITÉ EDITORIAL:

Ana Yasmín Torres Torres: Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III. Profesora de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Edgar Andrés Quiroga Natale: Doctor en Derecho por la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Tunja.

David Valencia Villamizar: Doctor en Historia por la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

PARES EVALUADORES

Misael Tirado Acero: Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá

Omar Huertas: Universidad Nacional de Colombia

Autoridades universitarias

Presidente Nacional	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	Fernando Enrique Dejanón Rodríguez
Secretario General	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	Ricardo Zopó Méndez
Director Nacional de Planeación (e)	Alejandro Muñoz Ariza
Presidente Seccional	Julio Roberto Galindo Hoyos
Rector Seccional	Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano Facultad de Derecho	Fernando Arturo Salinas Suárez
Secretaria Académica	Ana Rocío Niño Pérez
Directora Nacional de Investigaciones	Elizabeth Villarreal Correcha
Director del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas	John Fitzgerald Martínez Vargas

Contenido

El derecho disciplinario en la época de la Colonia. Principales instituciones <i>Víctor Manuel Buitrago González</i>	9
Memoria colectiva y reparación Análisis de caso indígena <i>Carlos Arturo Hernández y Orlando Meneses Quintana</i>	39
La acción pública de inconstitucionalidad y la vigencia de los derechos colectivos fundamentales <i>Adrian Alexander Zeballosf Cuathin</i>	91
Los movimientos sociales y la reestructuración capitalista de América Latina a finales del siglo XX <i>Eduardo Rodríguez Martínez y Oduber Alexis Ramírez Arenas</i>	133
Principales presupuestos de orden jurídico para que el Proceso Andino de Integración funcione en el marco de la descentralización territorial Colombiana <i>Carolina Blanco Alvarado</i>	155

Presentación

La pregunta por la identidad y la cultura jurídica latinoamericana, que se remonta a la colonización española y su influencia en la práctica decimonónica del derecho y la justicia en esta región; el esfuerzo de los pueblos originarios por el acceso a una justicia asociada a la preservación de su cultura, la toma de conciencia de grupos específicos de la población respecto a la oportunidad de concebir y promover derechos colectivos fundamentales, la tensión entre las fuentes del derecho, el trabajo y el capital en una época de transición, como un conflicto que –desde la revolución industrial– está aún muy lejos de avizorar una solución; o las complejas relaciones, prácticas y teóricas, que experimenta la continua reacomodación de los procesos complementarios de la integración regional y la descentralización territorial; estos son algunos de los problemas que suscitan el interés investigativo de los autores que colaboran en esta publicación, la cual manifiesta la confluencia de esfuerzos y la mutua colaboración en un proyecto de investigación planeado a largo plazo.

Como podrán observar los lectores, los resultados aquí presentados son necesariamente transitorios, pues obedecen a un ejercicio de observación de la actualidad que no siempre resulta fácil de capturar. Por el contrario, estos informes confiesan el esfuerzo por ajustarse a un objeto de investigación siempre cambiante, esquivo, y que por lo tanto exige un gran esfuerzo de imaginación sociológica –e incluso, preciso es confesarlo, de ambiciones desmesuradas que suelen verse objetadas por la realidad y exhortadas a un replanteamiento en sus opciones teóricas y metodológicas.

Conscientes de la riqueza y complejidad en los procesos de investigación, la Decanatura de Derecho y el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Libre vienen desarrollando de forma progresiva un programa de inversión en talento humano y publicaciones especializadas

que responda a las expectativas de la comunidad universitaria en pregrado y posgrado, pero también a los desafíos de las políticas nacionales de investigación y acreditación, enfocadas a mejorar la calidad de la educación superior a largo plazo.

El texto aquí presentado es resultado de tal esfuerzo institucional. El grupo Derecho, Estado y Territorio es privilegiado en cuanto a la formación académica y opciones teóricas, incluso heterogéneas, de sus investigadores. Si tal patrimonio intelectual se muestra además complementario, en el sentido manifiesto de la multiplicidad de perspectivas sobre una realidad siempre cambiante, es una fortaleza o debilidad que los lectores sabrán evaluar, como ya ha sido el caso. De hecho, esta es la cuarta entrega colectiva del grupo –además de los varios trabajos individuales–, que sigue a los títulos *Las miradas a la globalización desde el Estado*, *El derecho y el territorio*, *Estado, Constitución y territorialidad*; y *Tensiones y disputas en la globalización*, con los cuales se quiere continuar la serie sobre un tema que se muestra inagotable.

La Decanatura de Derecho, el Centro de Investigaciones Socio Jurídicas y el grupo Estado, Derecho y Territorio agradecen los comentarios y sugerencias de los amables lectores, que pueden ser enviados al correo electrónico: jrodriguez2@hotmail.com

El derecho disciplinario en la época de la Colonia. Principales instituciones*

*Víctor Manuel Buitrago González***

* Capítulo resultado de varios procesos y proyectos de investigación realizados en el Grupo de Investigación Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

** Exmagistrado del Tribunal Administrativo de Boyacá. Exasesor del Procurador General de la Nación. Expersonero local y personero delegado para los servicios públicos domiciliarios de la Personería de Bogotá. Candidato del Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre de Colombia. Magíster en Filosofía Universidad Incca de Colombia. Especialista en Derecho Público Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Penal, Universidad Libre de Colombia. Licenciado en Ciencias de la Educación– Sociales, Universidad Pedagógica Nacional. Abogado de la Universidad Libre. Docente investigador del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (GISJ) de la Universidad Libre de Bogotá. Docente de la Facultad de Derecho, Universidad Libre (pregrado y posgrado).

Resumen

Con las innovaciones que ha experimentado el Derecho Disciplinario en los últimos años, en particular a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, por la necesidad de adaptarse a los nuevos parámetros de esta, como los principios de legalidad, debido proceso, responsabilidad de los servidores públicos y supremacía de la Constitución, lo han dejado ver como una joven disciplina del derecho público, lo cual no es exacto, pues su origen se remonta a la época de la Colonia con la aparición de tres circunstancias que permitieron configurar las características del Derecho Disciplinario; esas características fueron: primero, la aparición de un aparato burocrático importante de la Corona española, segundo, la atribución de competencias y responsabilidades a los funcionarios de ese aparato burocrático, y en tercer lugar, la imposibilidad del monarca de separar libremente a esos funcionarios.

Palabras clave: Derecho Disciplinario, origen, época de la Colonia.

Abstract

With the innovations that discipline law has undergone in recent years, particularly since the issuance of the Political Constitution of 1991, due to the need to adapt to the new parameters of this, such as the principles of legality, due process, responsibility of the public servants and supremacy of the Constitution, have made it a young discipline of public law which is not exact, since its origin goes back to the colonial period with the appearance of three circumstances that allowed to configure the characteristics of the disciplinary law; these characteristics were: First, the appearance of an important bureaucratic apparatus of the Spanish Crown, second, the attribution of competences and responsibilities to the officials of that bureaucratic apparatus and thirdly the impossibility of the monarch to freely separate those officials.

Keywords: Disciplinary Law, origin, time of the Colony.

Introducción

En la Constitución Política de 1991, se consagraron figuras del neoconstitucionalismo, como el principio de legalidad previsto en el artículo 6°, derechos fundamentales como el de igualdad del artículo 13, el debido proceso señalado en el artículo 29, la responsabilidad de los servidores públicos prevista en los artículos 6, 124 y 90, este último alusivo además, a la figura del daño antijurídico y para el caso, la obligación del Estado de repetir contra el agente suyo que por su conducta dolosa o gravemente culposa cause un daño por el cual el Estado sea condenado a la reparación patrimonial; se incluyó igualmente la regulación de aspectos relevantes de la función pública en el título V, Capítulo 2 superior.

Figuras como las anteriores, unidas a la supremacía de la Constitución a que alude el artículo 4° de la misma, conllevaron a que el ordenamiento jurídico colombiano, tuviera que adaptarse (de manera supeditada), a los parámetros de la Constitución de 1991, tendiente a garantizar el cumplimiento de los valores, principios, los derechos fundamentales y las finalidades del Estado social de derecho señalados en ella.

En esa adaptación una de las ramas del derecho público que evidenció notables modificaciones fue el Derecho Disciplinario, al que los españoles denominan “Derecho Administrativo Sancionador”, transformaciones que le han permitido tomar cierto auge y que hacen verlo como una joven disciplina del Derecho, lo cual no es exacto. Con relación a su origen se remonta a las postrimerías de la Edad Media, más comúnmente a un hecho histórico trascendental para la humanidad como lo fue el denominado descubrimiento de América, que además de la llegada de los españoles a los nuevos territorios a los que denominaron inicialmente Indias Occidentales, vino luego la colonización, y la consecuente instauración de las instituciones políticas y jurídicas, la creación de un aparato burocrático que permitió y

facilitó a la Corona de Castilla la administración de las nuevas colonias; no obstante esos funcionarios debieron responder ante la monarquía por las irregularidades en el ejercicio de sus funciones, y es allí donde se sitúa la génesis del Derecho Disciplinario.

1. La colonia y la génesis del derecho disciplinario

Autores como el español Juan Manuel Trayter Jiménez¹, lo ubican en la Baja Edad Media, que corresponde a las postrimerías de la sociedad feudal y al incipiente periodo de la burguesía comercial que coincide con la llegada de los españoles a finales del siglo xv a nuevos territorios, desconocidos para ellos hasta ese momento, a los que en un comienzo denominaron Indias Occidentales, a razón del error del descubridor Cristóbal Colón, navegante genovés quien murió convencido de haber llegado no a nuevos territorios, sino a la India, que luego van a denominar América, en honor al navegante italiano Américo Vespucio quien comprobó que los territorios descubiertos por Colón no pertenecían a Asia sino a un continente distinto.

Para la misma época de los mencionados descubrimientos ocurría otro aspecto histórico trascendental, la consolidación o conformación de los Estados nacionales (siglo xi al siglo xv), o lo que autores como Remedios Sánchez denominan la aparición del Estado moderno² con importante injerencia de la naciente burguesía comercial y financiera. Estando España en ese proceso de consolidación al momento de la llegada de los españoles a las nuevas tierras (americanas), habiéndose unido para ese momento a través de enlaces matrimoniales los reinos de León, Navarra, Granada y más reciente los reinos de Aragón y Castilla, con el matrimonio de Fernando e Isabel.

A pesar de este último matrimonio seguían los reinos manteniendo cada uno su propia personalidad política y administrativa. En tierras de Castilla continuaban rigiéndose por las normas jurídicas del Derecho castellano

¹ Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992, pp. 27-38.

² Sánchez Ferriz, Remedios, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 30.

y en la Corona de Aragón se mantenía de manera igual la vigencia de sus derechos, circunstancia que unida al hecho de que fuera la Reina Isabel la que patrocinara económicamente los proyectos descubridores de Colón (en especial con los préstamos de los Fugger –banqueros alemanes–), se explica en la historia porqué los territorios de las Indias Occidentales quedaron incorporados políticamente a la Corona de Castilla y fuera el derecho Castellano y no el de Aragón, ni otros derechos españoles, los que se impusieron en los nuevos territorios.

No obstante, el ambiente geográfico, las condiciones económicas y sociales del nuevo reino, hicieron inaplicable en muchos aspectos el Derecho castellano para regir la vida de las nuevas ciudades coloniales. Fue necesario dictar desde la metrópoli y por autoridades coloniales (con el aval de la Corona castellana), normas jurídicas especiales que regulaban los problemas de las Indias Occidentales, cada vez más alejadas de la forma de vida y realidad peninsular. A esas normas jurídicas se les denominó: “Derecho Indiano”, cuyos rasgos característicos Ots Capdequí³. Señala así:

1. **Un casuismo acentuado.** Se buscó legislar sobre casos en concreto.
2. **Una tendencia asimiladora y uniformista.** Se pretendió desde la metrópoli estructurar una vida jurídica de los nuevos territorios con visión uniforme, buscando assimilarlos a los conceptos y a la realidad peninsular.
3. **Una gran minuciosidad reglamentaria.** Los monarcas españoles quisieron tener en sus manos los hilos del gobierno de un mundo tan vasto, complejo y lejano; además la desconfianza en las autoridades coloniales multiplicaron las instrucciones de gobierno y complicaron los trámites burocráticos y administrativos en los nuevos territorios.
4. **Un hondo sentido religioso y espiritual.** Por la alianza de la Corona española con la Iglesia católica, las leyes de Indias fueron dictadas más que por juristas y hombres de gobierno, por moralistas teólogos, por lo que fue una doctrina plasmada en la ley con fundamento en otra la realidad diferente a la vida social de las Indias Occidentales, impo-

³ Ots Capdequí, José María, *El Estado español en las Indias* (5.ª reimp.), México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 9-14.

niéndose en muchos casos la arbitrariedad, quedando los indígenas a merced de la voluntad de los españoles encomenderos y autoridades de la Colonia.

Bajo las anteriores características del Derecho Indiano y las circunstancias económicas, sociales y políticas imperantes en España y en los territorios recién descubiertos en las postrimerías del siglo xv (Baja Edad Media), surge el Derecho Disciplinario cuya vigencia y evolución van a ser modificadas con la aparición del nuevo régimen constitucional en los territorios americanos a comienzos del siglo xix con los movimientos de emancipación promovidos por la aristocracia criolla respecto a la Corona española.

Las circunstancias en que surge el Derecho Disciplinario en la referida Baja Edad Media y a las que alude Trayter⁴. Fueron las siguientes:

- A. La aparición de un aparato burocrático importante.
- B. La atribución a los funcionarios que trabajaban para ese aparato burocrático, de unas competencias.
- C. La imposibilidad del monarca de separar libremente a sus servidores.

A. La aparición de un aparato burocrático importante

—Estructura administrativa

La estructura de ese aparato burocrático fue la siguiente:

a. Los Adelantados Gobernadores. El título de Adelantado es de origen medieval, con el cual se designaba el funcionario que ejercía el mando, más con carácter militar que civil en los territorios peninsulares fronterizos con los árabes. En la etapa inicial de los descubrimientos se dio esta denominación a los jefes de las expediciones descubridoras, a quienes la Corona de Castilla confió el gobierno de los nuevos territorios incorporados a la Corona.

En el caso de las Indias Occidentales era difícil precisar las atribuciones de los “Adelantados” porque todo Adelantado era al propio tiempo gobernador; bien fuese con un carácter o con otro, ejercían el gobierno

⁴ Trayter Jiménez, ob. cit., p. 28.

político y administrativo, también con facultades de naturaleza militar y jurisdiccional.

El cargo de Adelantado tuvo un carácter vitalicio y en ocasiones hereditario. Cuando se crearon los virreinos se mantuvo a los Adelantados exentos de la jurisdicción de los virreyes. Esta institución de “los adelantados” fue desapareciendo al superarse la etapa de los descubrimientos⁵.

b. Las Audiencias. La primera Audiencia se estableció en Santo Domingo en 1511, la de México en 1527, Panamá en 1538, Lima 1542, Guadalajara 1548, Santa Fe de Bogotá 1550, Charcas 1559, Quito 1563, Concepción de Chile 1565, Buenos Aires 1661, Caracas 1786 y Cuzco 1787⁶.

Las Audiencias fueron órganos corporativos de la administración de justicia, pero al mismo tiempo controlaron las altas funciones de gobierno incluyendo los virreyes.

Las enormes distancias, la dificultad de las comunicaciones entre los territorios de las Indias Occidentales y la metrópoli, más la desconfianza de la Corona española respecto a la burocracia establecida en los nuevos territorios, explican las grandes atribuciones de las que gozaron las Audiencias, las cuales, aunque estaban sujetas a la autoridad de los virreyes, compartían con ellos sus funciones de gobierno y aún tenían facultades para fiscalizar la actuación de estos.

Existió una clasificación de Audiencias coloniales; entre ellas las Audiencias virreinales, ubicadas en la capital del Virreinato y presididas por el propio virrey, las Audiencias pretoriales, presididas por el capitán general y las Audiencias subordinadas. Esta clasificación más que jerárquica fue nominal.

c. Los virreyes. El cargo de virrey fue otorgado por primera vez a Cristóbal Colón con carácter honorífico y hereditario.

Los primeros virreyes se consideraron como una reencarnación del monarca en los territorios americanos⁷. Fueron una especie de *alter ego* de

⁵ Ots Capdequí, ob. cit., pp. 109-110.

⁶ *Historia Universal*, Madrid, Espasa-Calpe, 2002, p. 640.

⁷ *Historia Extensa de Colombia. Historia eclesiástica* (Vol. XII. Tomo III), Bogotá, Lerner, 1986, p. 30.

los monarcas españoles. Las enormes distancias, la dificultad de las comunicaciones a las que ya se hizo referencia y la necesidad de resolver de forma rápida los problemas de los nuevos territorios, exigían a los virreyes el deber de decidir y adoptar prontas soluciones frente a tales problemas, sin consultar a los altos funcionarios de la Corona radicados en España. En un inicio su nombramiento fue vitalicio y luego se les fijó un término de tres años que posteriormente se extendieron a cinco.

Las atribuciones de los virreyes fueron muy amplias, abarcaban aspectos legislativos, gubernativos, fiscales y económicos, judicial militar y aún eclesiástico en virtud del Patronato Regio Indiano, en su condición de vicepatronos de las iglesias del Virreinato.

Con su nombramiento, el virrey recibía las instrucciones de la Corona y al final de su mandato tenían que presentar sus “memorias” a su sucesor, “el pliego de mortaja” que era un testamento político del virrey, preparado para en caso de muerte súbita.

Cuando el virrey era relevado del cargo, quedaba sometido a un juicio de residencia. En el organigrama colonial estaban por debajo del Rey y del Consejo de Indias. En el siglo XVI se crearon los virreinos de Nueva España (1535) y Perú (1542). Este fue dividido posteriormente en los virreinos de la Nueva Granada (1717) y Río de la Plata (1776)⁸.

Los primeros virreinos se crearon cuando la Corona española tuvo una visión precisa de la geografía americana y la complejidad del Nuevo Mundo incorporado al Reino de Castilla.

d. Las Capitanías Generales-Gobernadores. Las Capitanías y las Gobernaciones fueron otras de las instituciones coloniales instauradas por el Reino de Castilla, generalmente se crearon en zonas fronterizas con comarcas inexploradas o habitadas por indios rebeldes al yugo español. Al frente de estas estaba un alto funcionario, de carácter preponderantemente militar –capitán general–, pero también con atribuciones gubernativas y jurisdiccionales.

En el caso de las gobernaciones, estaban a su mando un gobernador, con funciones administrativas, pero también de carácter militar.

⁸ *Historia Universal*, Madrid, Espasa-Calpe, 2002, p. 643.

Las unidades administrativas de rango inferior a las gobernaciones eran los Corregimientos o Alcaldías mayores. El gobernador podía ser nombrado por el Rey, por el virrey o por el presidente de la Audiencia, pero necesitaba la aprobación del Consejo de Indias. No podía ser nativo del lugar ni tener encomiendas o propiedades de tierras o minas, ni parentesco con autoridad de rango inferior. Los gobernadores, al igual que los alcaldes mayores y corregidores, por lo general no eran letrados pero sí debían serlo sus asesores. A finales del siglo XVIII el cargo de gobernador fue sustituido por el de intendente.

e. Las Intendencias. La creación de esta institución ideada por José de Gálvez, ministro de Indias, significó el nacimiento de una nueva base del Derecho Administrativo en las Indias Occidentales. El primer intendente fue nombrado en Cuba en 1764; posteriormente se crearon más de cuarenta intendencias subdivididas en partidos, que sustituyeron a las antiguas provincias y se disolvieron los Corregimientos y las Alcaldías mayores.

Con la figura del superintendente, los virreyes fueron relegados; sin embargo, ante el temor que la monarquía perdiera respeto por la degradación del virrey ante la oposición de la sociedad colonial, los virreyes pasaron a ejercer el cargo de superintendentes mientras que los gobernadores pasaron a ejercer el cargo de intendente quienes recibieron autoridad civil de las provincias, con atribuciones en materia de justicia, policía, hacienda y guerra⁹.

—Régimen municipal

El Régimen municipal de las ciudades de Indias, fue un trasplante del esquema de las ciudades del Reino de Castilla; la legislación de Indias estableció tres clases de poblaciones:

a. Las ciudades metropolitanas. En estas había un Cabildo integrado por doce regidores, dos fieles escultores, dos jurados de cada parroquia, un procurador general, un mayordomo, un escribano, dos escribanos públicos, uno de Minas y uno de Registros, un pregonero mayor, un corredor de lonja y dos porteros.

⁹ *Ibidem.*

b. Las ciudades diocesanas o sufragáneas. En estas existía: ocho regidores y los demás oficiales perpetuos.

c. Villas o lugares. Había: un alcalde ordinario, cuatro regidores, un alguacil, un escribano de Concejo Público y un mayordomo¹⁰.

Merece especial atención el **Concejo municipal**, que se convirtió en una valiosa institución de los colonizadores como punto de apoyo para hacer frente, de una parte a los excesivos privilegios de los descubridores y de otra, a los abusos de las propias autoridades de la Corona española.

Se admitió de igual forma, desde un comienzo, la institución de los **cabildos abiertos**, que tuvieron gran protagonismo tanto en los comienzos de la Colonia como en los albores de la Independencia, a los cuales concurrían todos los vecinos del lugar.

Existieron también, los **cabildos cerrados**, integrados únicamente por los regidores y demás magistrados municipales, presididos por los alcaldes mayores o corregidores¹¹.

—Órganos de gobierno radicados en la metrópoli

El gobierno instaurado en el Reino de Castilla y que serviría de articulación entre los nuevos territorios y la metrópoli estuvo conformado por las siguientes instituciones:

a. La Casa de Contratación de Indias. Creada el 20 de enero de 1503 en Sevilla por razones geográficas, por ser esta ciudad un puerto interior, protegida de posibles incursiones de piratas y corsarios. Hubo razones de carácter económico y político que aconsejaban la elección de esta ciudad como sede del comercio ultramarino.

La Casa de Contratación de Sevilla, fue el órgano rector del comercio con las Indias Occidentales, con funciones políticas, con importancia en el orden fiscal y en la administración de justicia. En un comienzo estuvo conformado por un factor, un tesorero y un escribano-contador.

¹⁰ Libro IV de la Recopilación, Ley II, Título VII de 1680.

¹¹ Ots Capdequí, ob. cit., pp. 109-110.

El 22 de marzo de 1508 se creó el cargo de piloto mayor a quien se le confió el examen de pilotos para la travesía de las Indias y la redacción de cartas de marear.

En 1510 se creó el cargo de un juez letrado, asesor en el orden judicial de los oficiales de la Casa. En 1511 se le otorgó a la Casa de Contratación facultades jurisdiccionales en el orden civil, criminal, al igual que en asuntos de comercio y de navegación.

La Casa de Contratación estuvo supeditada de manera directa al poder de la Corona de Castilla.

b. Consejo Supremo de Indias. Estuvo a su cargo el manejo político y administrativo de los territorios de Indias, tuvo jurisdicción civil y criminal en última instancia. Estuvo a su cargo el nombramiento de funcionarios y la presentación de preladados, el control de las expediciones de descubrimientos; la Hacienda Colonial y vigilar el tratamiento de los indios.

En el Consejo Supremo hubo además un cronista mayor de las Indias y un cosmógrafo mayor, encargados de promover actividades científicas tendientes a facilitar un mejor conocimiento de las tierras americanas. No obstante, todas esas amplias facultades las ejercía con subordinación a la autoridad de los monarcas españoles.

c. Las Visitas y los Juicios de Residencia. Estas dos instituciones estuvieron encaminadas a garantizar a los monarcas el control de las autoridades y organismos del Gobierno colonial, tanto las que ejercían sus funciones en la metrópoli como las radicadas en territorio de las Indias Occidentales.

—La burocracia colonial

Con la llegada de los españoles a las Indias Occidentales, los atropellos y el sometimiento redujeron la población aborigen, para imponerles el poderío de aquellos, era necesario el establecimiento de un aparato burocrático que garantizara afianzar los intereses políticos y económicos de la Corona de Castilla, al igual que los intereses privados de los conquistadores.

Cabe reiterar que al momento de los descubrimientos colombinos (finales del siglo xv), España estaba en ese momento en el proceso de consolidación

del Estado nacional, y por ende, igualmente en un proceso de tecnificación de la vieja burocracia medieval, la implementación del Derecho romano justiniano lo mismo que un gran desarrollo económico y social de las ciudades por el auge de la burguesía comercial y financiera, destacándose dentro de esta nueva clase social los burgueses letrados¹². –Consejeros togados–, que compartían con los nobles de capa y espada las altas tareas de la administración y del gobierno. La monarquía apoyada en esta nueva burocracia –con formación profesional y orgánicamente jerarquizada–, se había convertido en una realidad institucional.

En la transición del Estado señorial al Estado nación, la implementación del Derecho romano justiniano y la aparición de una burocracia técnica en que se encontraba España, es cuando se produce el trascendental acontecimiento de la conquista de América, acontecimiento en el que la Monarquía española pudo alcanzar la victoria gracias a que contaron con el apoyo y los servicios eficaces de una burocracia, que había logrado madurez en el proceso histórico de su tecnificación jurídica.

—La provisión de los oficios públicos

Para la época del descubrimiento de América, la provisión de los oficios públicos se hizo mediante la figura de la **capitulación o asiento**, título jurídico a través del cual se nombraron adelantados y gobernadores, corregidores y alcaldes mayores, capitanes generales y alcaides de fortaleza. Estos nombramientos se hicieron de manera vitalicia y hereditaria a empresarios de las expediciones descubridoras, también a quien se comprometiera con la Corona española a realizar un nuevo descubrimiento, a fundar una nueva población o a la apertura de un nuevo camino.

Otra de las figuras utilizadas para proveer los oficios públicos fue la **Real Cédula de Gracia o Merced**, título jurídico utilizado para la designación de cargos cuyo desempeño implicaba el ejercicio de una jurisdicción.

Las gracias o mercedes reales se hicieron unas veces con carácter gratuito por compensación de servicios prestados a la Corona española y otras

¹² Ots Capdequí, *España en América* (2.^a ed.), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1952, p. 97.

veces con carácter oneroso que implicaba la compra del cargo como los **oficios concejiles** y los llamados **de pluma** –escribanos y relatores de Cabildos y Audiencias–, que eran enajenados en pública subasta a perpetuidad.

Aunque hubo injerencia de la monarquía en la provisión de los cargos, cuando la naturaleza del mismo requería capacidad profesional, el aspirante al cargo u oficio debía previamente demostrar formación profesional para ocupar el cargo, como en el caso de los oidores y fiscales de las Audiencias.

Por lo anterior, autores como Ots Capdequí¹³, consideran que históricamente para la época a la que se está haciendo referencia, existía una **burocracia profesional** en la que estaban los mencionados oidores y oficiales de la Real Hacienda y una **burocracia política** conformada por virreyes, presidentes, gobernadores, alcaldes mayores y corregidores que ejercieron sus cargos con el apoyo técnico de los asesores y letrados.

B. La atribución a los funcionarios que trabajaban para ese aparato burocrático, de unas competencias que van a permitir responsabilizarlos personalmente de sus actos en ejercicio de su oficio.

C. La imposibilidad del monarca de separar libremente a sus servidores, pues, ¿de qué otra manera?, ¿qué necesidad puede haber de acudir a un procedimiento disciplinario?

Los Reyes de España fueron conscientes de lo que significaba tener en su manos y a su servicio el poder de esa burocracia que se constituía en un valioso instrumento de dominación al que no podían imponer su voluntad personal, pero sí establecer un sistema que les permitiera controlar la maquinaria burocrática y lo hicieron de diversas formas: en primer lugar, por medio de recíprocas fiscalizaciones y contraponiendo frente a la competencia de un alto organismo de la Corona, con la de otro organismo no menos calificado, y en segundo lugar, a través de medios de control como la visita, los juicios de residencia y la pesquisa a los que se hará referencia en seguida.

¹³ *Ibid.*, p. 101.

2. Medios de control de los funcionarios de la corona española

Los medios de control que impuso la monarquía para evitar los abusos de sus funcionarios, fueron como se indicó anteriormente:

a. La visita. Institución que era sinónimo de inspección y se efectuaba tanto a un gobernante o funcionario en concreto, o a un organismo colegiado, con el fin de examinar su actuación administrativa. El visitador quien debía tener preparación jurídica.

En relación con el procedimiento, el visitador recogía información, a través de denuncias, interrogatorio de testigos o mediante la revisión de libros; de encontrar irregularidades, se formulaban cargos que eran notificados al visitado quien en breve plazo podía presentar descargos. Sin embargo, si de la información secreta obtenida por el visitador, se deducían graves acusaciones, se podía actuar contra el visitado con todo rigor sin esperar sentencia definitiva, privándolo de su oficio, o desterrándolo, aunque respetando siempre el criterio de proporcionalidad. Las sanciones que por lo general se imponían en las sentencias eran:

- **La multa**, cuya cuantía variaba según el cargo imputado al visitado, en casos como en los que el acto se calificaba como culpa simple o grave. La acumulación de varias multas podía llevar a la **suspensión temporal** del ejercicio del cargo.
- **La pérdida del empleo a perpetuidad**, se imponía por la comisión de faltas gravísimas, cabe recordar que para aquella época, algunos cargos eran de carácter vitalicio.
- **También se utilizaba el traslado forzoso** a otras audiencias de Indias como castigo.

Dictada la sentencia se anotaba en los registros del Consejo (de Indias) y se remitía al organismo correspondiente para su ejecución. Contra la sentencia inicialmente cabía un recurso denominado Suplicación, el que posteriormente fue eliminado por considerar la Corona española, que de ese recurso abusaban los que eran sancionados¹⁴.

¹⁴ Trayter Jiménez, ob. cit. pp. 31-32.

b. El juicio de residencia. A esta institución estuvieron sometidos todos los funcionarios coloniales, desde los alcaldes ordinarios hasta los virreyes.

¹⁵Fue instaurada por los Reyes Católicos, era el balance o análisis de la gestión de los actos desarrollados por un funcionario público al terminar el desempeño de su cargo, labor que desempeñaban los jueces de residencia, quienes eran nombrados por el Rey. Estos juicios duraban de 60 a 120 días.

Los jueces al terminar su gestión eran obligados a permanecer 50 días en el lugar en que habían efectuado su labor, para responder frente aquellos a los que hubiesen causado agravios.

Los jueces de residencia desempeñaban una doble labor:

- La primera, adelantar el juicio de residencia.
- La segunda, ejercer con carácter interno el cargo que hasta entonces ostentaba el residenciado.

Como en el caso de la visita, no todas las actuaciones e investigaciones eran públicas, algunas eran secretas, lo que para algunos tratadistas era lo esencial de la residencia.

En relación con **el procedimiento** del juicio de residencia, cabe precisar que este se iniciaba con la publicación de un edicto que era leído en las plazas de las ciudades en las que se daba a conocer a los moradores, que se adelantaría un juicio en contra de determinada autoridad. En el edicto se debía establecer los términos en que se adelantaría el proceso, invitaba a quienes se sintieran agraviados con la actuación del funcionario sobre el que recaía el juicio o sus asesores, para que presentaran sus demandas o peticiones en el término previsto.

En la primera parte del juicio se recaudaban pruebas y las actuaciones en contra del residenciado generalmente eran secretas. Una práctica frecuente para recaudar pruebas era poner en el sitio de residencia de aquellos, cajas especiales para depositar memoriales anónimos que acusaran al residenciado. Práctica que fue criticada por ser contraria a la justicia y a la equidad que debe imperar en el Derecho¹⁶.

¹⁵ Ots Capdequí, ob. cit., p. 117.

¹⁶ Llinás Alfaro, David Ernesto, *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, D.C., Ibáñez, 2013, pp. 150-159.

Recaudadas las pruebas que sirvieran de soporte a las irregularidades endilgadas al residenciado, se redactaban los cargos en contra de este.

Las sentencias proferidas por el Juez de residencia eran apelables y las condenas que en ellas se imponían eran personales o pecuniarias.

c. La pesquisa. Institución fiscalizadora de los funcionarios reales, instaurada por los Reyes Católicos.

La pesquisa se iniciaba por orden del monarca, por quejas que recibía de actos en que habían podido incurrir funcionarios bajo sus órdenes, actos que no consistían necesariamente en irregularidades de sus autores en el estricto desempeño de su oficio, sino en conductas que no solo irrumpían en la esfera penal sino también en la administrativa.

El funcionario sometido a la pesquisa, era suspendido inmediatamente del cargo, el pesquisidor era un Juez de lo criminal.

De los casos sometidos a pesquisa se cita el del 18 de noviembre de 1708 en que se ordena al presidente de la Audiencia nombrar juez pesquisidor para investigar los abusos cometidos en Santa Marta y Río de la Hacha por actos ilícitos de comercio, y desacato a la autoridad, denunciados por el gobernador de Maracaibo, actos irregulares que fueron amparados por clérigos, algunos oidores y por el propio teniente de gobernador del Río de la Hacha, cómplice de los delincuentes¹⁷.

3. Incompatibilidades e inhabilidades para el desempeño de ciertos oficios

Para ocupar cargos en los diversos oficios de la estructura administrativa colonial la Corona española estableció un régimen de inhabilidades e incompatibilidades entre ellos, los siguientes:

- Por Real Cédula del 20 de marzo de 1773, se notificó al virrey del Nuevo Reino, quien fuera deudor de la Real Hacienda, no podía ser designado alcalde.

¹⁷ Ots Capdequí, *Nuevos aspectos del siglo XVIII español en América*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Editorial Centro, 1946, p. 54.

- El 17 de mayo de 1781 dispuso la Corona española para Santa Fe de Bogotá la incompatibilidad de los empleados en las Reales Rentas para ejercer otros oficios.
- Con Real cédula de 18 de marzo de 1783 se declaró que “no solo el oficio de curtidor, sino también el de sastre, herrero, carpintero, zapatero y demás por el estilo, son honrosos y su uso no envilece ni inhabilita para ejercer empleos de la República, ni perjudica las hidalguías”.
- El 8 de octubre de 1796, se notifica al virrey de Santa Fe, lo resuelto acerca de que no se rematen en aquellas provincias, los oficios concejiles, en sujetos que tengan parentesco de consanguinidad o afinidad en los grados que especifica la Real Cédula de veinte de enero de mil setecientos setenta y cinco –esto es, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con persona perteneciente al mismo cabildo¹⁸.

4. Jurisdicciones especiales

Ante la diversidad de cargos y funciones que conformaron la estructura administrativa del Estado español en las Indias Occidentales, para efectos de ejercer el control tanto de la actividad de los funcionarios de la monarquía como de los habitantes de los territorios americanos, se crearon varias jurisdicciones, entre ellas las siguientes:

a. Jurisdicción eclesiástica

Cabe recordar que el papa Alejandro VI conforme a la costumbre medieval le concedió a los reyes de Castilla las tierras americanas como un feudo, y lo hizo mediante las bulas *Inter caetera I* de fecha 3 de mayo de 1493, en la que empezó el papa aprobando el plan misionero de los Reyes Católicos, y para que lo pudieran realizar les hizo donación de todas las tierras descubiertas y por descubrir, con tal que no se hallaran en poder de otro príncipe cristiano.

En la bula *Inter caetera II*, de fecha 4 de mayo de 1493 (expedida en junio), se introdujo la célebre línea de demarcación, en el meridiano que pasa a cien leguas al oeste de las islas Azores y Cabo Verde. Las islas y tierras

¹⁸ *Ibid.*, pp. 28-29.

descubiertas o que se descubran al occidente y medio día de esta línea, pertenecen a los Reyes Católicos¹⁹.

No obstante, pese al otorgamiento de las anteriores dádivas por parte de la Iglesia católica a través del papa a la Corona española, la Iglesia se reservó el derecho a impartir justicia en las Indias Occidentales según sus propios tribunales y sus propias normas, incluso sobre funcionarios de la monarquía, o tomándose atribuciones de estos como se evidencia en el caso de la Real Carta de 8 de enero de 1746, en que se le ordena al provincial de la Orden de San Francisco que de acuerdo con auto promulgado por Audiencia, se requería al cura del pueblo de Tausa a fin de que no entorpeciera con amenaza de excomunión al asentista del Real Estanco del Aguardiente, para que pudiera vender libremente la bebida en dicho pueblo.

En otro caso mediante Real Cédula del 23 de septiembre de 1735, se impuso una multa de doscientos pesos al Protector de Indios Joseph Peñalber quien por falta de titular actuaba de fiscal en la Real Audiencia. Se determinó además que "...a excepción de las causas matrimoniales no comparezcan los Seculares a ser examinados en el Tribunal Eclesiástico sin expresa licencia del Juez Secular".

Era frecuente además, que por las prerrogativas de la jurisdicción eclesiástica, se presentara conflicto con las otras jurisdicciones como en un asunto de competencia entre el provisor de Cartagena y el gobernador, sobre la imposición de penas en un caso de sacrilegio, en el que intervino la Audiencia, dictando fallo, cuando ya el conflicto se había resuelto por haber acordado las dos jurisdicciones en que la Iglesia impondría penas del Canon, y la Secular las penas temporales.

Con Real Cédula del 6 de noviembre de 1748 se ordenó "que en las ciudades, villas y lugares de la jurisdicción y distrito, que comprende el Virreinato del Nuevo Reino de Granada, en donde se pudiese con comodidad y sin peligro que se frustre la extracción de los géneros de ilícito comercio que se hubieren introducido en las Casas de Eclesiásticos, Conventos o Iglesias,

¹⁹ "Historia eclesiástica. La evangelización del Nuevo Reino siglo xvi". *Historia extensa de Colombia* (Vol. XIII. Tomo I), 1971, pp. 56-57.

no pasen a los Jueces Seculares a la vista de ellas sin que primero intervenga la licencia de los preladados, con la precaución y cautela de omitir el nombre del sujeto y la casa de quien se tenga sospecha...”

Por Real Cédula del 22 de marzo de 1787, se dispuso “que los Jueces Eclesiásticos de Indias solo entiendan en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales sobre alimentos, *litis expensas*, o en restitución de dotes”.

En relación con asuntos de concubinato se expidió la Real Cédula del 21 de diciembre de 1787, en la que se fijaban directrices para evitar conflictos entre las dos jurisdicciones, ordenando que los eclesiásticos impusieran cuando fuera procedente, penas espirituales, pero no multas, remitiendo los asuntos a la justicia Real cuando se evidenciara que procedía la imposición de penas corporales²⁰.

—El Tribunal de la Santa Inquisición

En este acápite de la jurisdicción eclesiástica merece especial atención el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, el cual fue instalado en Cartagena de Indias, población que se encontraba en una posición privilegiada, en una bahía natural, geográficamente protegida, lo cual permitió que se convirtiera en uno de los principales puertos de comercio con la metrópoli y de entrada de esclavos. Allí tenían su sede la Corte del Gobernador, el Cabildo Municipal y las principales órdenes religiosas como los dominicos, los jesuitas, los franciscanos, los agustinos y los mercedarios.

Además, tenía Cartagena una excelente ubicación estratégica, como punto intermedio entre Lima y México, por lo que mediante Real Cédula del 25 de febrero de 1610 se ordenó su instalación allí y comenzó sus funciones el 30 de noviembre de ese mismo año, con jurisdicción sobre Nueva Granada, Tierra Firme, La Española, las islas de Barlovento, sobre el arzobispado de Santa Fe de Bogotá y los obispados de Cartagena, Panamá, Santa María, Puerto Rico, Popayán, Venezuela y Santo Domingo de Cuba.

²⁰ Ots Capdequí, *Nuevos aspectos del siglo XVIII español en América*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Editorial Centro, 1946, pp. 54 y 58-64.

Para organizar el Tribunal se enviaron desde España a los inquisidores: don Juan de Mañozca y don Mateo de Salcedo, además un secretario y un fiscal, junto con dos consultores, ambos oidores, uno residente en Santa Fe de Bogotá y el otro en Santo Domingo. El Tribunal tenía además seis calificadores, todos freiles²¹.

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición tenía por objeto reprimir la herejía que era entendida no solo por pecado, sino como delito político que atentaba contra la unidad nacional²².

Dentro de los grupos humanos, que vigilaba el Tribunal de la Inquisición, estaban los negros traídos como esclavos del África con sus costumbres y creencias religiosas, que los inquisidores no estaban dispuestos a tolerar. En situación diferente estaban los indígenas, que quedaban fuera de la jurisdicción de dicho Tribunal por su condición de cristianos nuevos y sin ninguna relación con la anterior cristiandad, considerando que se les debía dar tiempo para que se adecuaban a la nueva religión y costumbres.

La Inquisición funcionó en Cartagena hasta comienzos del siglo XIX, con los movimientos de independencia del 11 de noviembre de 1811, y desapareciendo de manera definitiva en 1821.

Faltas o irregularidades de las cuales conocía el Santo Oficio de la Inquisición

De las faltas cuya investigación y juzgamiento estaba atribuido al Santo Oficio de la Inquisición, se hallaban no solo las cometidas por el común de las gentes, también las cometidas por los funcionarios de la Corona española, los miembros de la Iglesia católica (curas y monjas) y los miembros del Oficio de la Inquisición. Esas faltas o causas eran entre otras las siguientes:

De orden sexual

La moral sexual era de gran importancia para la Inquisición. Dentro de las faltas contra tal moral, se pueden mencionar:

²¹ De la Torre Rodríguez, José Ignacio, *Breve historia de la Inquisición*, Madrid, Nowtilus, 2014, pp. 170, 171.

²² Lemaitre, Eduardo, *Historias detrás de la historia de Colombia* (Tomo I), Bogotá, Planeta Colombiana, 1994, p. 80.

♦ La fornicación

Aunque era una de las causas cuyo conocimiento se atribuía al Santo Oficio de la Inquisición, la mayoría de los inculpados declaraban con el convencimiento de que la fornicación no era pecado, de ahí que existieran diversos argumentos de defensa frente a dicha imputación, tales como:

-En el caso de Pedro Benito según anotación hecha por el secretario inquisitorial, el procesado manifestó:

“Tratando de una mujer que ya se había ido por ocasión de una flaqueza de carne, él dijo que si una mujer da su cuerpo a un hombre de su *lella* gracia pagándosele no será pecado”.

En este caso el Tribunal de la Inquisición consideró que el procesado no tuvo la intención de quebrantar ningún proceso por lo que se le conminó a oír una misa en la sala de Audiencia abjurar de *levi* y recibir una reprensión.

La abjuración consistía en un rechazo explícito de la herejía que se le atribuía al reo. Ese rechazo debía hacerse mediante una fórmula inequívoca de adhesión del reo a la verdad católica.

Existían tres formas de abjuración:

- a. Abjuración de *formali*. La realizaba el reo declarado hereje sin paliativos.
- b. Abjuración *beheamenti*. El declarado sospechoso de herejía con abundantes indicios, debía abjurar.
- c. Abjuración de *levi*. Se presentaba cuando sobre el acusado pesaba una leve sospecha de herejía, caso en el cual debía abjurar.

Si la fornicación se realizaba con mujer mundana solo era pecado venial, y no era pecado si la mujer era doncella o estaba enamorada²³.

♦ La bigamia

Para el derecho canónico la bigamia ha tenido varias acepciones: en primer lugar, se configura cuando la persona consagrada al servicio de Dios contrae matrimonio. En segundo lugar, cuando el casado que se ordena *in sacris*

²³ Sierra Benayas, Julio, *Procesos en la Inquisición de Toledo (1575-1610)*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 32-33.

sin el consentimiento de su mujer, y tercero, cuando una persona celebra dos o más matrimonios simultáneamente, es decir, en vida del cónyuge anterior²⁴.

Para la doctrina jurídica de la Baja Edad Media, la bigamia se configuró como un delito de fuero mixto, del que indistintamente conocía la jurisdicción secular o la canónica, conociendo del asunto, el tribunal que primero hubiera comenzado la investigación y debería llevarlo hasta el final; sin embargo, el delito de bigamia, va a caer dentro de la órbita de una jurisdicción canónica especial, esto es, el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, ya que la conducta del bigamo podía interpretarse como indicio de que este tenía creencias erróneas acerca del sacramento del matrimonio. Así, durante siglos, los bigamos fueron procesados y condenados no por los perjuicios jurídicos o económicos que su conducta provocara en el ámbito familiar y social, sino por incurrir en sospecha de fe²⁵.

La jurisdicción eclesiástica y en particular los procedimientos del Santo Oficio de la Inquisición, se extendían a los funcionarios de la Corona española como se evidencia de lo previsto en la Real Cédula del 23 de abril de 1748, en la que se ordena al virrey que quedase en suspenso la multa impuesta a los Oidores de la Audiencia por sentencia dictada en caso de bigamia, hasta que se recibieran en la Corte los informes pedidos a los virreyes del Perú y Nueva España sobre la práctica observada a este respecto, con el fin de saber si el conocimiento de estas faltas eran competencia del Tribunal de la Inquisición o de los jueces Reales, habiéndose inclinado en este caso a favor de la jurisdicción eclesiástica.

En la Real Cédula del 19 de marzo de 1754, se dispuso:

En caso de prevenirse por mis justicias Reales las mencionadas causas –bigamia–, las continúen y fenezcan, imponiendo a los Reos las penas dispuestas por derecho, sin que sobre esto se pueda formar, ni admitir competencia con otra jurisdicción extraña, aunque sea con el color de cualquier costumbre en contrario, que no puede de modo alguno prevalecer contra mis regalías, sin mi real consentimiento.

²⁴ Gacto Fernández, Enrique, *Estudios jurídicos sobre la Inquisición española*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 145.

²⁵ *Ibid.*, p. 148.

No obstante lo anterior, el 8 de septiembre de 1766, se decretó que pese a lo ordenado en la precitada Real Cédula del 19 de marzo de 1754, conocieran privativamente los Tribunales del Santo Oficio “*del delito de polygamia, y las justicias Reales puedan hacer sumarias, pretender a los delincuentes, y remitir uno y otro a los mismos Tribunales o a sus Comisarios*”.

Para el 10 de agosto de 1788 se ordenó por la Corona española que a quien incurriera en bigamia, le impusiera el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición “Las penas puramente correctorias, penitenciales y medicinales... y la Justicia Real las otras más graves, como vergüenza pública, azotes, presidio, galeras y demás”.

Paulatinamente, la investigación ante las conductas de la bigamia, dejaron de ser competencia de los obispos y del Tribunal de la Inquisición, para pasar a manos de la Justicia Real, con lo cual la Corona fue reafirmando su autoridad y avanzó hacia la centralización y consolidación de la autoridad civil; además, para el siglo xvii, la burocracia de la Corona española en América, había debilitado lentamente la autonomía de la Iglesia, el Consejo de Indias había puesto ya a los obispos bajo su control. De otra parte, la Corona tenía un sistema de control sobre la Iglesia basado en *el Vicariato regio*, según el cual, el Rey era el vicario general de Dios, lo que ampliaba el poder del Rey a expensas de la autoridad del papa, lo que a la vez suponía que en las Indias, la autoridad del papa se manifestaba a través del Rey.²⁶

—Procedimientos de la inquisición

Inicio e instrucción del proceso. La labor de los inquisidores comenzaba como en la Edad Media, con un pregón solemne en el que se anunciaba un tiempo de gracia de un mes o algo más, lapso en el cual quienes fuesen acusados de herejía podían hacer confesión de sus pecados y reconciliarse con la Iglesia con una pena baja y el pago de unas limosnas. De no producirse la confesión, se ponía en marcha la maquinaria de la Inquisición, agravándose las penas. A partir del siglo xvi los edictos de gracia fueron sustituidos por los edictos de fe que era un documento que se leía todos los años durante un domingo de cuaresma, al momento del ofertorio se daba a

²⁶ Lynch, John, *Dios en el Nuevo Mundo. Una historia religiosa de América Latina*, Barcelona, Crítica, 2012, pp. 103-106.

conocer un listado del que el pueblo podía reconocer si alguien era culpable de haber cometido o haber dicho algo inapropiado, ya que la herejía no era el único pecado.

El Tribunal de la Inquisición va a actuar al igual que la justicia ordinaria, de oficio o por denuncia, en el primer caso, el inquisidor actuaba a *motu proprio* sin necesidad de acusación. En el caso de denuncias, el acusador debía estar seguro de la veracidad de sus acusaciones pues, de resultar estas falsas, se podía volver el proceso contra él y ser condenado por calumnia.

La clamorosa. De confirmarse la acusación con los testigos de cargo, y comprobar los calificadores que el proceso se ajustaba a derecho, se pedía la detención del sospechoso.

Arresto. Con el auto de prisión los agentes del Tribunal se encargaban del arresto del acusado. Si la materia de acusación era grave, el arresto iba acompañado de la confiscación de los bienes del acusado que servían para pagar los gastos de su encarcelamiento. Al acusado se le designaba un abogado defensor de oficio.

El acusado quedaba aislado, no tenía derecho a comulgar, ni a comunicarse con otros detenidos, su único contacto con otras personas era con el carcelero y los inquisidores encargados de interrogarlo.

El día señalado, el acusado era llevado ante el Tribunal de la Inquisición. Con preguntas capciosas se buscaba que aquel reconociera sus pecados para que el proceso no llegara a aspectos más graves. Aunque el reo no conocía a su acusador, podía entregar una lista de personas que pudieran tener algo contra él por algo ajeno a lo juzgado por el Tribunal y si algún nombre coincidía, era eliminado de la lista de los testigos; si el número de testigos quedaba muy reducido, se consideraba que la acusación no era suficientemente consciente y por ende el acusado quedaba libre y recuperaba los bienes que se le hubiesen confiscado al momento de su detención. Pese a estar libre quedaba bajo vigilancia y con un requisito que cumplir: no contar nada de lo que había sucedido durante el tiempo de su detención.

Si el acusado no declaraba nada y el Tribunal consideraba que había suficientes pruebas para continuar el proceso, se pasaba a la siguiente etapa:

La tortura. El 15 de mayo de 1252, mediante bula *ad extirpanda*, el papa Inocencio IV, en el canon 25 admitió la tortura como medio para obtener la confesión.

La tortura se empleaba en la fase probatoria del proceso y se aplicaba en tres eventos: primero, cuando el reo entraba en contradicciones o en incongruencia con una declaración anterior; segundo, cuando conocía de una acción torpe pero negaba su intención herética; y tercero, cuando realizaba solo una confesión parcial.

Además, según el autor italiano Paulo Grillando, la tortura comprendía cinco grados de dolor: el primer grado, es el uso del terror; el segundo grado, la aplicación de una tortura leve; del tercero al quinto, son niveles en aumento de aplicación de dolor; el quinto era el más doloroso de cuya aplicación el reo no se podía curar, tales como quemaduras o desmembramientos.

Fallo. Terminada la instrucción del proceso, los inquisidores se retiraban a deliberar para estudiar las pruebas y la información allegada al proceso. El fallo debía proferirse por unanimidad y aunque hubo casos de absolución, por lo general la sentencia era condenatoria²⁷.

Auto o acto de fe. Era una ceremonia pública y última etapa del proceso en la que se hacía efectiva la sentencia y la condena a muerte en particular, cuya finalidad era: no la de salvar el alma, sino procurar el bien público y aterrorizar al pueblo, advirtiendo a los herejes lo que les esperaba de continuar con sus prácticas y creencias.

Elegido el día en que se llevaría a cabo el acto de fe, y pregonado con suficiente antelación, en la localidad en que se iría a celebrar, la tarde anterior se realizaban **dos procesiones**. La de la **Cruz Verde**, símbolo de la Inquisición y del perdón, que luego de recorrer la localidad, se depositaba una cruz verde sobre el altar construido en el lugar del auto de fe; y la de **Cruz Blanca**, símbolo de la fe, cruz que se depositaba en el quemadero.

La noche anterior, el inquisidor visitaba a los condenados para que se relajaran pero recordándoles lo que les esperaba, para luego dejarlos con un sacerdote que tenía la misión de la última hora buscando la confesión del procesado.

²⁷ De la Torre Rodríguez, ob. cit., pp. 130-144 y 266-268.

Al amanecer del día siguiente y luego de la misa se vestía al condenado con el traje de ejecución llamado sambenito y posterior al desayuno se formaba la solemne procesión desde la cárcel de la Inquisición hasta el lugar del acto de fe.

La ceremonia del acto de fe comenzaba con un sermón en el que se leía y se prestaba juramento de fidelidad al Santo Oficio de la Inquisición, y a la Iglesia católica. A continuación se leían los casos y las sentencias desde los púlpitos. Los primeros que se nombraban eran entregados al cura que los custodiaba camino al quemadero, donde serían ajusticiados mientras que en la plaza continuaba el acto de fe con los demás condenados.

Finalizada la lectura de los cargos y condenas, se celebraba una misa a cuya terminación se daba por finalizado el acto de fe.

Existieron otros modelos de auto de fe entre ellos:

- *Auto de fe especial*. Este no contaba con la misma solemnidad.
- *Auto de fe singular*. Se le imponía la condena a un único culpable y en consecuencia se llevaba a cabo en un lugar más pequeño, generalmente en una iglesia.
- *El autillo*. Tenía un carácter más privado, se realizaba en las instalaciones del Santo Oficio de la Inquisición; fue la modalidad que predominó en el siglo XVIII.

Las penas que se imponían en los actos o autos de fe, estaban reglamentadas de acuerdo con la gravedad de la falta, tales como: portar el sambenito, azotes, condena a galeras y para los casos graves la hoguera.

Cabe observar que aunque la Iglesia católica fue gran aliada de la Corona española en el denominado descubrimiento, conquista y colonización de América, esta contribuyó a afianzar el poderío de aquella en los nuevos territorios con instituciones como el Santo Oficio de la Inquisición, la misma monarquía, y en particular Carlos III, redujo la independencia de la Iglesia católica en América, atacando sus privilegios judiciales y fiscales; el fuero que tenía el Clero español y que dejaba fuera a sus miembros de la jurisdicción de los Tribunales Reales, fue uno de los objetivos de las reformas borbónicas. De esa manera se puso al clero bajo la jurisdic-

ción de los Tribunales Seculares. En 1795, la Corona española determinó que para el caso de las Indias Occidentales, la inmunidad absoluta que tenían los eclesiásticos ante los Tribunales Reales quedaba derogada para aquellos casos, en que miembros de la Iglesia católica fueran hallados culpables de “delitos graves y atroces”²⁸.

b. La jurisdicción militar

En una Ordenanza de 1739, se sometió a los militares en materia testamentaria a la jurisdicción ordinaria, pero el contenido de esta ordenanza fue modificado por Real Decreto del 25 de marzo de 1752, restableciendo el fuero militar tanto en campaña como en tiempos de paz.

Ante los conflictos que se pudieran generar entre la Justicia Militar y la Justicia Ordinaria, sobre el conocimiento de los delitos cometidos por soldados desertores, se expidió una Real Orden del 8 de mayo de 1797, en la que se determinó: primero, que un soldado después de desertado, cometiese en “quadrilla” de soldados robo, homicidio, o cualquier otro delito en lugar poblado o despoblado, sería castigado por la Justicia Ordinaria. Segundo, si no fueran investigados y sancionados por la jurisdicción ordinaria, quedarían a disposición de la Jurisdicción Militar. Y tercero, si el soldado después de desertar cometiera cualquier delito, la justicia que lo aprehendiera debía remitirlo a la competente.

c. Jurisdicción mercantil

El 14 de junio de 1725 la Corona española determinó la creación de un Consulado en la ciudad de Cartagena y el 19 de febrero de 1735, se aprobó la práctica establecida por los mercaderes de nombrar un individuo con autoridad para intervenir en sus tratos y contratos.

Para el caso de los soldados y oficiales de la Corona española que comerciaran, por Real Orden del 18 de septiembre de 1779, se determinó que se someterían en las causas de su tráfico comercial, al Juez Comercial²⁹.

²⁸ Lynch, ob. cit., p. 103.

²⁹ Ots Capdequí, ob. cit., pp. 67-70.

En esta parte final de la disertación se ha hecho referencia a las mencionadas jurisdicciones, advirtiendo que si bien la Corona de Castilla impuso para el control de la actividad de sus funcionarios en la Indias Occidentales, figuras como las visitas, los juicios de residencia y las pesquisas y que en últimas constituyen el origen del Derecho Disciplinario, tales jurisdicciones también conocieron de irregularidades cometidas por los funcionarios de la Monarquía Castellana en ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo.

Conclusiones

1. El Derecho Disciplinario al igual que todas las ramas del derecho, luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, tuvo que adaptarse a los parámetros de esta, en particular, a los objetivos del Estado social de derecho y a las nuevas normas que se consagraron en ella como valores, derechos fundamentales y principios como el de legalidad y supremacía de la Constitución. En esa adaptación, del Derecho Disciplinario se muestra como una joven rama del derecho, lo cual no es cierto, pues como se analiza en este trabajo, por cuanto su origen se remonta a los albores de la historia colombiana, específicamente a la época de la Colonia, al momento en que los españoles deciden establecerse en los territorios de las Indias Occidentales.
2. El establecimiento de los españoles en tierras americanas y la aparición de tres circunstancias históricas, permitieron configurar las características del Derecho Disciplinario. Tales circunstancias fueron: primero, la aparición de un aparato burocrático de la Corona española en las Indias Occidentales; segundo, la asignación de competencias y responsabilidades a los funcionarios de tal aparato burocrático; y tercero, la imposibilidad de la Corona española de separar discrecionalmente a esos funcionarios de sus cargos, por las prerrogativas de estos, originadas en circunstancias como la compra de algunos cargos, o las prerrogativas que la monarquía tuvo que otorgarles por su participación en los descubrimientos de los nuevos territorios de Indias.
3. Si bien al momento de la llegada de los españoles a las Indias Occidentales, en la postrimerías del siglo xv, que coincide con el momento

histórico en que se estaba produciendo la consolidación del Estado español, contribuyendo en ello el matrimonio de don Fernando de Aragón, con doña Isabel de Castilla, cada reino mantuvo su identidad política y administrativa, y en los nuevos territorios el derecho que se impuso fue el del Reino de Castilla y no el del Reino de Aragón, por ser la Reina Isabel la que patrocinó económicamente los proyectos descubridores de Cristóbal Colón. De esta manera, el Derecho Disciplinario quedó estructurado por los lineamientos del Derecho de Castilla.

4. Las instituciones que marcaron el comienzo del Derecho Disciplinario impuestas por la Monarquía Castellana fueron la visita, los juicios de residencia y la pesquisa, sometidas a los procedimientos y a la competencia señalada por la Corona española.
5. Aunque para el momento histórico a que nos referimos (la Colonia), estaban identificadas las precitadas instituciones del incipiente Derecho Disciplinario, algunas jurisdicciones como la eclesiástica, en específico el Santo Oficio de la Inquisición, la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Comercial, conocieron también de las conductas irregulares cometidas por los funcionarios de la Corona española con ocasión de sus funciones o por razón de su cargo.
6. La Iglesia católica como gran aliada de la Monarquía Española en el proceso de la conquista y la colonización de las Indias Occidentales, se le reconocieron prerrogativas económicas, políticas y jurisdiccionales; en razón a esto último, a la jurisdicción eclesiástica se le otorgaron facultades para investigar y sancionar a funcionarios de la monarquía por conductas que atentaban contra la moral católica, como la fornicación y la bigamia.

Lista de referencias

De la Torre Rodríguez, José Ignacio, *Breve historia de la Inquisición*, Madrid, Nowtilus, 2014.

Gacto Fernández, Enrique, *Estudios jurídicos sobre la Inquisición Española*, Madrid, Dykinson, 2012.

Historia Extensa de Colombia (Vol. XII. Tomo III), “Historia Eclesiástica”, Bogotá, Lerner, 1986.

Historia Extensa de Colombia (Vol. XIII. Tomo I), “Historia eclesiástica. La evangelización del nuevo reino siglo xvi”, Bogotá, Lerner.

Historia Universal, Madrid, Espasa-Calpe, 2002.

Lemaitre, Eduardo, *Historias detrás de la Historia de Colombia* (Tomo I), Bogotá, Planeta Colombiana, 1994.

Ley II, Título VII. Libro IV de la Recopilación de 1680.

Llinás Alfaro, David Ernesto, *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, D.C., Ibáñez, 2013.

Lynch, John, *Dios en el Nuevo Mundo. Una historia religiosa de América Latina*, Barcelona, Crítica, 2012.

Ots Capdequí, José María, *El Estado español en las Indias* (5.^a ed.), México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1976.

Ots Capdequí, José María, *Nuevos aspectos del siglo xviii español en América*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Editorial Centro, 1946.

Sánchez Ferriz, Remedios, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 1999.

Sierra Benayas, Julio, *Procesos en la Inquisición de Toledo (1575-1610)*, Madrid, Trotta, 2005.

Trayter Jiménez, Juan Manuel, *Manual de Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas, 1992.

Memoria colectiva y reparación Análisis de caso indígena*

*Carlos Arturo Hernández***

*Orlando Meneses Quintana****

* Producto de investigación asociado al proyecto titulado “Las esferas de la globalización”, del Grupo de Investigación Estado, Derecho y Territorio del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, sede Bogotá.

** Docente investigador de la Universidad Libre, Bogotá. Abogado, magíster en Filosofía y Teoría Jurídica y candidato del Doctorado en Derecho de la Universidad Externado. Docente investigador vinculado al Grupo Estado, Derecho y Territorio.

*** Sociólogo, magíster en Ética y Política y candidato del Doctorado en Filosofía de la Universidad Javeriana. Docente investigador del Grupo Estado, Derecho y Territorio, Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, Bogotá.

Resumen

Así como no se puede entender que la sociedad es solo la sumatoria de sus componentes, tampoco la memoria se puede reducir a los recuerdos individuales. La comunidad indígena, como sujeto colectivo, previendo que la re-construcción y visibilización de su memoria debe darse desde su propia cosmovisión, evita una segunda “colonialidad” del ser y del saber. Este capítulo analiza y evidencia las limitaciones de la legislación y las políticas públicas en el tema de la reparación a comunidades indígenas, a partir del estudio comparado.

Introducción

Partiendo de la idea según la cual la sociedad es más que la suma de individuos que la componen, y atendiendo al desarrollo moderno del derecho constitucional que propende por cubrir los ámbitos de la vida en sociedad, que no se encontraban cubiertos por el derecho centrado en casos particulares teniendo como centro el individuo, es necesario abordar los derechos de tercera generación y captar el tratamiento positivo que se les ha otorgado. El derecho a la memoria colectiva como derecho colectivo y difuso, es quizá el derecho más indivisible y el más difícil de reparar por el hecho de que “...la concepción jurídica de los derechos ha tenido por siglos su centro de gravedad en la idea de derecho subjetivo, esto es, en una facultad o prerrogativa [...] que responde a la naturaleza misma del hombre. Una de las implicaciones más complejas de las nuevas relaciones impuestas por el Estado social de derecho, tiene que ver con el surgimiento de otros tipos de derechos construidos bajo categorías diferentes a las de los derechos subjetivos”¹.

La Constitución de 1991 incorporó nuevas herramientas jurídicas para cubrir áreas descubiertas por el derecho de ámbito individual. Las *acciones populares y de grupo* se ocupan de los derechos colectivos². El precepto constitucional del artículo 88 amplía el campo de este tipo de acciones como “un paso fundamental en el desarrollo de un nuevo derecho solidario, que responda a nuevos fenómenos de la sociedad...”, se las considera

¹ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo T-437 del 30 de junio de 1992.

² Es claro que “...las acciones populares no son nuevas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues están plasmadas algunas de ellas desde el Código Civil”. El hecho es que se les otorgó un rango constitucional, artículos 1005, 1006, 1007, 2359, 2360 del Código Civil, por mencionar algunos.

como “remedios colectivos frente a los agravios y perjuicios públicos”, en distintos ámbitos de la vida en sociedad³.

La existencia de un lenguaje y un significado a los miembros de un grupo hace que estos puedan volver a su pasado de manera colectiva. Es decir, dotado de un sentido compartido de los eventos que los han constituido como una entidad diferenciada de otras. La memoria colectiva es múltiple y se transforma a medida que es actualizada por los grupos que participan en ella en el tiempo y el espacio. El pasado nunca es el mismo pero es colectivo⁴.

Se presenta de esta manera la necesidad de argumentar la naturaleza social de los procesos que permiten reconocerse como tales a colectividades e individuos. Es así, que el mantenimiento de la memoria y su eventual recuperación⁵ deviene en el mantenimiento de las estrategias que permiten a una colectividad⁶ tener conocimiento de sí mismo, que admite una solución de continuidad e identidad frente al tiempo y al pasado⁷.

La memoria colectiva es el proceso social de reconstrucción del pasado vivido y experimentado por determinado grupo, colectividad, comunidad o sociedad. Este pasado vivido es distinto a la historia, la cual se refiere más bien a la serie de fechas y eventos registrados, como datos y como hechos, independientemente de si estos han sido sentidos y experimentados por alguien. Mientras que la historia pretende dar cuenta de las transformaciones de la colectividad, la memoria colectiva se orienta a dar permanencia en el tiempo y homogeneidad de la vida, como un intento por evidenciar que el pasado permanece, que nada ha cambiado dentro de la colectividad y, con ello, junto con el pasado, la identidad de ese grupo también permanece, así como sus proyectos⁸.

³ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo T-437 del 30 de junio de 1992. El subrayado es nuestro.

⁴ Halbwachs, Maurice, *Los marcos sociales de la memoria*, España, Anthropos, 2004, p. 75.

⁵ La búsqueda de la memoria colectiva deja implícito una pérdida que puede darse por robo o descuido.

⁶ Llámese sociedad, comunidad, grupo, nación.

⁷ Halbwachs, ob. cit., p. 76.

⁸ Zerubavel, Eviatar, *Time Maps: Collective Memory and the Social Shape of the Past*. United States of America, The University of Chicago Press, 2003, p. 80.

Las colectividades tienen la necesidad de reconstruir con permanencia sus recuerdos a través de sus conversaciones, contactos, rememoraciones, efemérides, usos y costumbres, conservación de sus utensilios, objetos y pertenencias; y permanencia en los lugares en donde se ha desarrollado su existencia como colectividad, porque la memoria es la única que da cuenta de que el grupo sigue siendo el mismo en medio de la dinámica social.

En sentido amplio, dice De Cupis que “daño no significa más que el perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”⁹, para que este se reconozca y sea indemnizado debe cumplir con ciertos requisitos: 1. Debe ser real, esto quiere decir, que debe existir al momento de exigir la indemnización de perjuicios. 2. No debe haber sido ya indemnizado. 3. Debe lesionar un derecho o un interés legítimo¹⁰. Los daños que afectan el patrimonio económico de las personas, la división entre perjuicios patrimoniales y perjuicios o daños extrapatrimoniales, indican el menoscabo de un derecho, y que aquellos que no están contemplados dentro de la ley, deberían ser también objeto de indemnización.

En el caso de los indígenas existen dos formas diferentes de menoscabo de sus derechos colectivos, por un lado, la ley que intrínsecamente trae un principio de exclusión al que han sido sometidas las comunidades indígenas, y por tanto el Estado es responsable de crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, para la violencia que sufren los pueblos nativos a manos de los grupos armados, existe en la legislación internacional un principio de protección de los derechos humanos siendo obligación del Estado reparar los daños causados, valorados de forma económica.

El ser humano, como persona y como sociedad, se ha planteado desde el inicio de los tiempos tres preguntas fundamentales: ¿de dónde vengo?, ¿quién soy?, ¿para dónde voy?, que articulan al antes -problema del origen-, el ahora -problema de identidad-, y el después -destino-, o en el sentido del tiempo lineal el pasado, presente y futuro. Las múltiples respuestas que cada pueblo ha dado a estos interrogantes conforman la base de su cosmo-

⁹ De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 81.

¹⁰ López Mesa, Marcelo J., *Elementos de la responsabilidad civil* (2ª. ed.), Lima-Perú, Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 85.

visión, visión de sí mismo, del mundo y el universo, de la ubicación del ser humano en ellos y de su accionar conjunto. La cosmovisión explora las profundidades del sistema integrado del universo, la comprensión del ser humano, como persona y como sociedad.

El conocimiento que genera la cosmovisión, traducido generalmente en un sistema de mitos y ritos, no depende de una aproximación racional al mundo; es un tipo de conocimiento emocional e intuitivo, cuyo sentido es, en esencia simbólico, que se tornará en cierta medida racional en cuanto comienza a formar un pensamiento, dada la necesidad de cada comunidad humana de interactuar en el mundo concreto¹¹.

La reparación colectiva, en el marco del derecho a la reparación integral de las víctimas, se orienta hacia el restablecimiento de los derechos vulnerados y a la reparación de los daños ocasionados a las comunidades, grupos u organizaciones afectadas por hechos de violencia sistemática o selectiva. La reparación colectiva se encuentra en estrecha relación con los derechos a la verdad y a la justicia, e implica la adopción de un enfoque diferencial para identificar los daños ocasionados a comunidades y sectores sociales, y para adoptar las respectivas medidas de reparación. En este sentido, es necesario elaborar un inventario de daños en cada colectividad víctima, teniendo en cuenta sus particularidades étnicas, generacionales, políticas, culturales y de género, con el fin de establecer una serie de medidas específicas de reparación que contemplen las especificidades del grupo afectado y que estén orientadas al restablecimiento de los derechos vulnerados. Bajo esta perspectiva, la reparación colectiva comprende los componentes de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición¹².

Hay que partir del concepto de Estado multinacional o multicultural, del que se entiende, corresponde a la organización política en donde uno o varios pueblos se someten al orden jurídico y político de un Estado

¹¹ Restrepo, Roberto, "Cosmovisión, pensamiento y cultura", en *Revista Universidad Eafit*, núm. 20 (1998), p. 34.

¹² Grupo Pro Reparación Integral, "Dimensión política de la reparación colectiva. reparación colectiva a comunidades, organizaciones y sectores perseguidos: la reparación política como garantía de no repetición", en *Voces de memoria y dignidad. Cuaderno de reflexión sobre reparación integral*, (2008), p. 57.

nacional, conservando para sí mismos una autonomía más o menos amplia¹³, los pueblos indígenas de Colombia, no pretenden formar un Estado aparte del nacional, o siquiera conformar una confederación de Estados, sino reivindicar estatutos de autonomía dentro del orden jurídico y político colombiano. Para Villoro los principios adecuados del multiculturalismo, aquellos sin los cuales no podría hablarse de un verdadero Estado multicultural o plural son:

1. Aceptación de la pluralidad de puntos de vista legítimos sobre el mundo; lo cual implica que no hay una racionalidad única, sino que las formas de operación de la razón son múltiples.
2. La posibilidad de comunicación entre esos mundos plurales. Condición de comunicación es comprender al otro como sujeto capaz de vernos a nosotros conforme a su propio punto de vista racional, igual que nosotros lo vemos a él [...]
3. El diálogo entre sujetos distintos en oposición a la dominación y a la violencia. Su fin es llegar al reconocimiento recíproco en la aceptación de valores transculturales consensuados.

1. Los derechos colectivos de los indígenas: la memoria

Para entender el talante de la colectividad en los pueblos indígenas, es menester apartarse de las miradas occidentales de comunidad y repensar en términos de la cosmovisión indígena, que incluye el ser, el saber, el sentir y el actuar en un medio social, material y simbólico compartido por todos los entes que lo habitan en su pasado y presente, donde el territorio posee vital importancia. Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo, los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colec-

¹³ Villoro, Luis, "Multiculturalismo y derecho", en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos-UAM, 2002, p. 225.

tivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes¹⁴. Así como también no se puede pensar en la *memoria colectiva* como una sumatoria de las memorias individuales.

La memoria colectiva se refiere a cómo los grupos sociales recuerdan, olvidan o se reapropian del conocimiento del pasado social, es un proceso en constante autopoiesis de las comunidades, reafirmado por las identidades y memorias individuales y construido como una comunidad imaginada que a su vez produce los factores sociales, colectivos y las prácticas sociales propias de un grupo humano. Halbwachs señala que la memoria colectiva no es una memoria homogénea; las memorias son diversas y plurales; es memoria de los grupos, es múltiple y se transforma a medida que es actualizada por los grupos que participan en ella en el tiempo y el espacio. El pasado nunca es el mismo pero es colectivo.

El entenderse como colectividad es reforzado “autopoiéticamente”, por la memoria y así mismo forja las identidades indígenas “para las comunidades indígenas, los esfuerzos por conservar la memoria colectiva resultan esenciales, puesto que en la medida en que los miembros de un grupo son capaces de identificarse con él y confundir su pasado con el del grupo mismo, tal colectividad tendrá mayor cohesión interna”¹⁵.

Ahora bien, la memoria histórica, la memoria colectiva y la reparación colectiva hacen parte de la reparación integral a la que tienen derecho los indígenas, sus pueblos, comunidades y sus territorios dentro de la propia cultura del grupo humano, “esta reparación integral se entiende, según la cosmovisión indígena, el restablecimiento del equilibrio, la armonía de los pueblos y acciones transformadoras”¹⁶.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵ Halbwachs, Maurice, “La mémoire collective” 1950, en María de Lourdes Vargas Garduño y Carlos Pérez y Zavala, “La memoria colectiva en las comunidades indígenas: una estrategia para la construcción de identidad”, *Veredas*, Número Extraordinario 2009, p. 86. Consultado en <http://148.206.107.15/biblioteca_digital/articulos/12-398-5926czg.pdf>

¹⁶ PNUD, “La reparación integral a la que tienen derechos los pueblos indígenas”, en *Verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición*, Bogotá, PNUD, 2012, p. 85. Consultado en <http://www.pnud.org.co/hechosdepaz/65/verdad_justicia_reparacion_y_garantias_de_no_repeticion.pdf> pp 24>

Para entender la categoría de colectividad a la que se ha hecho referencia es fundamental esbozar las concepciones de la cultura inserta en las transformaciones globales, con el fin de esclarecer las implicaciones de una reparación desde una cosmovisión occidentalizada al derecho de la memoria colectiva de los pueblos indígenas, para ello es necesario tratar dualidades como la cultura y la política, así como las categorías de colonialismos y colonialidad.

Para iniciar, se debe definir la cultura como identidad, símbolo e instancia de conformación del consenso y hegemonía (Canclini, 2004, p. 34), sin olvidar que bajo las transformaciones globales del último siglo se ha dado una reconceptualización de la cultura y la política bajo nuevos paradigmas, actores sociales, tecnologías en torno a la expansión global del capital.

Es así que la cultura y lo cultural se convierten en escenario de cambios, en donde se ve representada la diversidad y diferencia en los conflictos sociales intrínsecos, un escenario de las constantes pujas por el poder, pero también es el escenario de lo subalterno, en este caso los pueblos indígenas vulnerados.

Esta puja lleva a definir la globalización y los conceptos sobre lo posmoderno remitiéndonos a la paradoja de la globalización, por una parte, como homogeneizadora y, por otra, como multicultural; teniendo en cuenta que la historia ha sido hecha desde Occidente, y las bases teórico-sociales son pensadas desde los nortes epistémicos, así como que y lo posmoderno se constituyen en una historia que no es lineal, que no es totalizante y que no es estática, como el reduccionismo eurocéntrico puede hacerlo ver, se sugiere que el concepto de modernidad deviene del mundo blanco capitalista y occidental, así que la modernidad es afirmada por la colonialidad.

Retomando en una época de globalización y transformaciones sociales profundas, lo moderno es en origen occidental, pretende definir la cultura, los parámetros de lo cultural y lo político. Y esta misma modernidad es dependiente de los colonialismos y la colonialidad, constitutivas del orden capitalista.

Se debe hacer la distinción del colonialismo como expansión geográfica, inserto en la dualidad, dominación-explotación; y la colonialidad como una

creación de otro. En la medida que la salvación, la novedad y el progreso, se convierten en sinónimos de lo moderno, y esta modernidad, pretende hacer una colonización del tiempo y del espacio, de lo histórico, lo simbólico, lo cultural y lo político, entrando en conflicto con la memoria de los grupos humanos en lo local.

Además de ello, este paradigma de lo moderno realiza un colonialismo epistémico de la ciencia occidental creando conocimiento hegemónico, y así pues, se presenta la colonialidad del poder a los sures globales, con fenómenos como la tercerización del trabajo, la flexibilización y la precarización, las migraciones, mercantilización de los afectos, marginalización (raza, género, estatus, etc.), yuxtaponiéndose a conocimiento tradicional y si se quiere místico de la subalternidad.

Se genera así una pérdida paulatina de identidad bajo las lógicas de la colonialidad en lo periférico y “tercermundista”; la creación del otro y la exotización de lo periférico ha sido funcionalizado por el sistema occidental y ha sido asumido por los sures, a raíz de la transnacionalización y la globalización homogeneizadora.

Por otro lado, existe lo regional y lo local como defensor de la diversidad, movimientos sociales reivindicatorios, en oposición a la colonialidad de todos los ámbitos sociales; por medio del lenguaje y la de-construcción como armas políticas, en el contexto de procesos globales de dominación, donde se ejerce poder simbólico. Allí pues, el colonialismo no logra desarticular las memorias individuales y colectivas propias de las regiones o movimientos, donde el cuerpo es un símbolo y el discurso un arma política.

Con lo anterior, recae en el Estado dar garantías para la preservación de dichos grupos culturales subalternos. El deber de memoria del Estado es la obligación que tiene para “propiciar las garantías y las condiciones necesarias para que la sociedad avance en reconstruir la memoria de las violaciones a través de la academia, los centros de pensamiento, las organizaciones sociales, las organizaciones de víctimas y de derechos humanos y los pueblos indígenas y los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos”¹⁷.

¹⁷ Decreto-Ley 4633. Artículo 12, p. 25.

Previendo que esta re-construcción y visibilización de la memoria colectiva del grupo debe darse desde la mirada indígena, desde su cosmovisión, pues de no ser así, se estaría atentando contra la misma, y realizando una segunda “colonialidad” del ser y del saber.

Respecto a la cosmovisión del territorio, la formación espacial y la formación social es vista desde una perspectiva histórica de los asentamientos humanos, con las dinámicas que llevan a la estrecha relación entre la sociedad y su espacio y a los desequilibrios territoriales que se dan, por la prevalencia del modelo económico.

El concepto de espacio es un complejo lleno de sentidos y significados donde confluyen medios físicos, culturales, sociales y políticos “el objeto de la geografía ya no es entonces la influencia del suelo sobre el hombre, ni tan solo las relaciones entre el hombre y la naturaleza; sino más bien las diversas elecciones de un medio efectuadas por el hombre”¹⁸.

El asentamiento humano es dado por las características del medio natural y el desarrollo de las fuerzas productivas, como condiciones naturales y sociales respectivamente. Estas determinan la cristalización de la vida social en un espacio particular “asentamiento humano no constituye una mera adaptación del medio natural externo al hombre, a partir de cierto nivel de desarrollo de las fuerzas productivas, el hombre crea y produce su propio hábitat”. Las formaciones sociales son constituidas complejamente por su carácter territorial, dinámicas históricas y de modos de producción en constante transformación y evolución, “la formación espacial hereda formas y elementos del pasado que adapta o recrea para adecuarlos a las nuevas necesidades, o bien, constituye nuevas situaciones que se vinculan funcionalmente con las ya existentes”¹⁹.

En Colombia subsiste una cultura política que se caracteriza por el traslapo de tres temporalidades (premodernidad, modernidad, postmodernidad), y sus consecuentes paradigmas políticos representativos: la tensión permanente entre los tres vórtices conduce a proyecciones autoritarias,

¹⁸ Sormani, Horacio, *Formación social y formación espacial: hacia una dialéctica de los asentamientos humanos*, Argentina, Universidad Nacional Nordeste, 2013, p. 149.

¹⁹ *Ibid.*, p. 164.

mimetizadas en posturas de carácter premoderno o postmoderno²⁰. Esta tensión estructural produce salidas a mediano plazo que se inclinan hacia el autoritarismo, como única forma de imprimir dirección a los procesos políticos y superar las situaciones de inestabilidad.

Dicho ejercicio permite reconocer la elitización de la vida pública, donde se impone un modelo hegemónico sobre las demás orientaciones y bajo la razón de Estado, las acciones políticas de las élites oligárquicas en el poder han socavado entonces la institucionalidad bajo prácticas legales e ilegales, como la persecución a opositores, la limitación al ejercicio de la democracia y la recurrencia a métodos de terror como la desaparición, persecución, intimidación e incluso eliminación. Todas encuentran legitimidad bajo el discurso hegemónico del enemigo interno, configurando en el imaginario social la necesaria acción de los agentes estatales o paraestatales. En este sentido, el grado de disgregación y descomposición del conflicto armado ha involucrado a la sociedad civil con un número mayor de víctimas fatales. Llevando a establecer discursos como acciones colectivas, comprendidas como una acción conjunta intencional, que implica la acción de más de un actor y en donde se hace presente una intención o voluntad de cooperación.

El Estado, entonces, no puede ser entendido como una unidad política uniforme; debe entenderse como un organismo complejo que resignifica las identidades en Colombia, de conformidad con la tesis de Mejía Quintana, una identidad político-cultural difusa, genera tensión entre tres temporalidades: el Estado colombiano ha generado prácticas premodernas como el terror; junto con dinámicas modernas como la Constitución del 91, mediante la cual se impone un proyecto de modernidad en Colombia, con un Estado social de derecho como instrumento de paz y reconciliación; la postmodernidad se evidencia en la indiferencia y escepticismo, propios de las nuevas subjetividades. Así pues, en la primera se ubica la violencia como categoría en contra de organizaciones indígenas; en la segunda, la inclusión de estos como sujetos individuales y colectivos de derechos; y

²⁰ Mejía, Quintana, Óscar, *Estatuto epistemológico de la cultura política*, Bogotá, Grupo de Investigación Cultura Política, Instituciones y Globalización de la Universidad Libre, 2008, p. 67.

en la tercera, los nuevos desafíos institucionales para la reparación a las comunidades y grupos populares indígenas. Esta tensión estructural se encuentra vigente, aceptada, promovida, sostenida o auspiciada desde la construcción del Estado-nación en Colombia. “Son claves los procesos de construcción de los Estados-nación, y de ahí que deban ser abordados desde una perspectiva crítico-hermenéutica integral”²¹. En Colombia, los mitos de nación se han ido reciclando a lo largo de la historia constitucional, definiendo los rasgos identitarios más representativos. En relación con la construcción de nación en Colombia, el autor encuentra entre otros, los sub-mitos democrático-populares, en especial, el mito de la violencia, el cual ha servido a las élites colombianas para convalidar y proyectar la idea de un pueblo violento por naturaleza, primitivo en sus expresiones políticas, que requiere de la violencia estatal o paraestatal para entrar en sus cauces.

La complejidad misma del conflicto armado, tras un desgaste de cerca de cincuenta años, no solo ha tenido repercusión en la elaboración y diseño de un marco institucional gubernamental por parte del Estado colombiano (mediante políticas legales e ilegales, sociales, económicas y de desarrollo), sino que además ha redefinido el territorio, la historia y la configuración del sujeto como parte de un entramado de relaciones sociales.

La resistencia a la victimización –como muchas otras identidades–, ha ocupado paulatinamente un lugar en la historia, creando todo un referente necesario de análisis del conflicto armado en Colombia y del movimiento social, como una acción colectiva particular. A la par de las estrategias contrainsurgentes, se implementaron acciones militares y paramilitares que como principal blanco atentaban contra la población civil. Frente a este escenario, el movimiento social se abre como un espacio político informal con un discurso transversal entre actores que se identifican como víctimas de diferentes representantes en la llamada violencia, orientados hacia el cambio. Esto genera la necesidad de crear un imaginario colectivo que se consolida de forma gradual, y que se resiste a los símbolos, valores y tradiciones hegemónicas del sistema político que refuerza sentimientos de miedo e inseguridad.

²¹ *Ibid.*, p. 70.

Lo social se configura simbólica y discursivamente, y se constituye como el “horizonte de constitución de todo objeto”²², producto de relaciones en donde aparecen los indicadores de diferencia, que constituyen un orden. De esta manera, el proceso de subjetivación se afirma en el momento en que con ayuda del habla, se comunica el discurso. Para que se haga efectiva la subjetivación, el discurso debe llegar a la contraparte y ser reconocido. Es entonces donde el Estado debe aceptar la condición de víctimas, e introducirla como tipificación válida dentro de las leyes que buscan favorecer a dichas víctimas, estableciendo entonces los parámetros de la conformación de los sujetos, se presentan los antagonismos “como un fracaso de la diferencia, una relación que supone precisamente la imposibilidad de constitución de las “identidades”; relación en la que no solo se bloquea la diferencia, la identificación del sujeto amenazado, sino también la del sujeto amenazante”²³. La consecuencia directa, como lo plantea Gutiérrez, es la disrupción del lenguaje, y con esto el replanteamiento de ordenamientos y nuevas formaciones histórico-discursivas.

El proceso de los discursos y la conformación de lo social, se encuentra en un ambiente de constante conflicto, por lo que se dan formas de represión, lo que demuestra relaciones de poder dentro del proceso. La subordinación, en el caso de los movimientos indígenas, según lo señala Gutiérrez, se presenta por dos vías: tanto la primera, que es disminución de derechos adquiridos; y la segunda, nuevos discursos que son creados a partir de dinámicas estatales. La primera, puede ser evidenciada en tanto que, luego de la formación de acciones colectivas proreivindicatorias de los derechos de los indígenas el Estado genera otro tipo de violencias que atentan contra su cosmovisión, ya no en términos del conflicto armado interno, sino de la expansión del capital, la entrega de territorios indígenas y ancestrales a la ganadería intensiva, la megaminería y concesiones otorgadas a multinacionales que transgredirán y revictimizarán a los grupos indígenas, donde estos deben poder continuar con el proceso de formación de identidad, que le permitirá a su vez encontrar aliados que se identifiquen con sus consignas, o por el contrario, permitir la configu-

²² Gutiérrez, Griselda, *Afianzando cimientos, en plena construcción, en la constitución del sujeto de la política*, México, UNAM-Fontamara, 1999, p. 188.

²³ *Ibid.*, p. 205.

ración de su oposición. “Una alienación de la imaginaria representación de las condiciones de existencia de los hombres”²⁴, se da por entendido el por qué los movimientos indígenas surgen como resultado de la relación con el Estado y su concepción de realidad, representada en sus consignas. Por tanto, si se examina la tesis de Althusser en cuanto a este postulado –que se refiere a que en realidad la ideología no representa las reales condiciones de existencia, sino su relación con estas condiciones–, “toda práctica tiene lugar por una ideología y bajo una ideología; toda práctica se realiza por el sujeto y para sujetos”²⁵, sin la ideología que los identifica no llevarían a cabo las prácticas y los programas que proponen en cuanto a su configuración como sujetos políticos, les permite que sus prácticas lleguen a otros sujetos que se configuran así mismo como sujetos políticos, bajo la figura de simpatizante a la ideología o como opositor. Estas estrategias políticas son entendidas, desde la óptica foucaultiana, como posibilidades de resistencia, las cuales son propias de las relaciones de poder: “En las relaciones de poder existen necesariamente posibilidades de resistencia, ya que, si no existiesen posibilidades de resistencia –de resistencia violenta, de huida, de estrategias de inversión de la situación– no existirían relaciones de poder”²⁶, [...] “procurarse las reglas de derecho, las técnicas de gestión y también la moral, el *ethos*, la práctica de sí, que permitirían jugar, en estos juegos de poder, con el mínimo posible de dominación [...], este punto es el punto de articulación entre la preocupación ética y la lucha política para el respeto de los derechos, de la reflexión crítica contra las técnicas abusivas de gobierno y de una ética que permita fundamentar la libertad individual”²⁷.

La memoria como construcción social narrativa implica el estudio de las propiedades de quien narra, de la institución que le otorga o niega poder y lo/a autoriza a pronunciar las palabras, ya que, como señala Bourdieu, la eficacia del discurso performativo es proporcional a la autoridad de quien lo enuncia. Implica también prestar atención a los procesos de construc-

²⁴ Althusser, Louis, “Ideología y aparatos ideológicos del Estado”, en: *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 53.

²⁵ *Ibid.*, p 61.

²⁶ Foucault, Michel, *Hermenéutica del sujeto*, La Plata, Altamira, 1996, p. 111.

²⁷ *Ibid.*, p. 122.

ción del reconocimiento legítimo, otorgado socialmente por el grupo al cual se dirige²⁸.

La reparación integral de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Colombia, con especial énfasis en la reparación de los derechos a la memoria colectiva de estos, por parte del Estado, son consecuencia principalmente de violaciones a los derechos de los indígenas en el conflicto armado, el cual genera despojo y desplazamiento, separación de sus territorios y por tanto la ruptura de los grupos humanos y la latente desaparición de la memoria.

2. Violaciones a los derechos colectivos

Según la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), en el país habitan 102 pueblos indígenas, cuya riqueza cultural se refleja en diversas y particulares formas de organización y de vida comunitaria ligadas a sus territorios ancestrales. Tal riqueza se ha visto amenazada por la continuidad de la violencia en muchas de las zonas donde habitan estos pueblos, territorios en los que coinciden las fuentes de riqueza natural más exuberantes del país, los principales canales y lugares fronterizos para la movilización y tránsito de grupos armados, con espacios geoestratégicos para la siembra de cultivos ilícitos y límites importantes para el control militar de los adversarios²⁹.

Los grupos indígenas son víctimas tripartitos del conflicto armado, en términos de que son desplazados y despojados de sus territorios. Los recursos naturales y ambientales que hacen parte de su territorialidad son explotados de manera ilegal, y son tercerizados como cultivadores y por tanto involucrados en la cadena del narcotráfico, dadas las condiciones materiales y comunitarias en las que habitan, pues, por lo general se encuentran ubicados en lugares próximos a las fronteras, los cuales son vistos por el negocio del narcotráfico como lugares propicios para el cultivo de la coca.

²⁸ Jelin, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI de España, 2002, p. 15.

²⁹ Rivera Rodríguez, Ginna Marcela, *Reparación a pueblos indígenas. Debates, aprendizajes y perspectivas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Ciencias Económicas, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales-IEPRI, 2011, p. 53.

Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) 70.000 de los desplazados internos registrados en Colombia son indígenas, aproximadamente (...) La Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC) calcula que las cifras pueden ser mayores teniendo en cuenta que muchos indígenas no tienen acceso al registro, debido a la lejanía de sus tierras o porque no hablan español o no conocen el sistema nacional de registro. “Los indígenas también sufren la ocupación de sus lugares sagrados, confinamientos, controles sobre la movilidad de personas y bienes, controles de comportamiento, prostitución forzada, violencia, acoso y abuso sexual”³⁰.

El despojo de las tierras y territorios del que han sido víctimas los indígenas, si bien ha tenido alcances jurídicos en la reparación, no ha sido parte de una reparación integral, la reparación respecto al tema que aquí atañe – la memoria–, ha sido nula, “El despojo de tierras es tácitamente entendido como un hecho que genera perjuicios sociales, económicos y emocionales a quienes lo padecen. Aun así, el país no ha desarrollado mecanismos prácticos para enfrentar la magnitud de la tragedia ni para mitigar su impacto sobre la estructura social, económica, política, cultural y ambiental. Hasta el momento no existe una memoria del significado del proceso de despojo”³¹.

Es necesario entender que desde las políticas de restitución debe existir un enfoque diferenciado para las comunidades indígenas en virtud de lo que el territorio y la territorialidad incide en su identidad común, y en la memoria colectiva. Para los pueblos indígenas la tierra es mucho más que un bien material o un factor de producción, es la vida misma individual y colectiva.

Así mismo, la Agencia de la ONU para los refugiados asiste en asuntos humanitarios a las comunidades indígenas vulnerables a las cuales les han sido violentados sus derechos a partir del conflicto armado interno que se ha perpetuado en el país, estos son:

³⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, 2009, p. 102. Consultado en <<http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>>

³¹ Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Área de Memoria Histórica, *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual*, Línea de Investigación Tierra y Conflicto, Bogotá, 2009, p. 13.

Los nukak maku y guayaberos en la región del Guaviare y los hitnü en Arauca. La presencia de grupos armados en su territorio ancestral ha alterado sus modos tradicionales de existencia. Son víctimas constantes de desplazamientos, confinamiento y asesinatos. También enfrentan problemas de salubridad e índices elevados de analfabetismo. De acuerdo con la Corte Constitucional, estos grupos se encuentran en riesgo de extinción. Los awá en el Nariño, han sido blanco de homicidios, minas antipersonas y de la constante presión que ejercen grupos armados sobre su estilo de vida ancestral. Al menos 17 indígenas awá murieron en una masacre en febrero de 2009. Desde el año 2004 son víctimas de desplazamientos masivos. Los embera en el Chocó, donde grupos armados irregulares se disputan su territorio sagrado. Solo en 2008 esta comunidad sufrió 12 desplazamientos masivos.³² Se advierte, de que existen por lo menos 35 grupos indígenas reconocidos en peligro inminente de extinción a causa del conflicto armado y el desplazamiento. De esta manera los indígenas se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad ante el latente, agudo y continuo conflicto armado interno, por lo cual es necesario que las políticas públicas se articulen “con una política de protección que, además de prevenir (...) ofrezca mecanismos para evitar otras violaciones a los derechos humanos de las víctimas (indígenas) que reclamarán la satisfacción integral de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, así como de los funcionarios encargados de la ejecución de la política en referencia”³³.

Ahora bien, la violencia causada por el conflicto interno erosiona las relaciones comunitarias imaginadas de los pueblos indígenas, afecta profundamente la cosmovisión de la comunidad y la relación con su territorio; por tanto, la memoria colectiva, los ataques sistemáticos a los adultos mayores de la comunidad resquebraja la tradición oral y la continuidad generacional al igual que el desplazamiento. Por todo ello, la víctima supera la subjetividad e individualidad como tal y se conforma una víctima

³² ACNUR, *Pueblos indígenas en Colombia*, 2009. Consultado en <<http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>>

³³ Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, *Lineamientos de política sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición para la población en situación de desplazamiento forzado*, 2010, p. 13. Consultado en <<http://www.vertice.gov.co/Portals/0/Documentos/Lineamientos%20Pol%C3%ADtica%20-Verdad%20Justicia%20Reparacion.pdf>>

colectiva, un sujeto colectivo, pues según la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado cuando: “hubo violación de derechos colectivos o violación masiva o sistemática de derechos individuales de sus miembros o violación de derechos individuales con graves impactos colectivos”, en el entendido de que cuando se trata de sujetos colectivos altamente cohesionados, como es el caso de las comunidades indígenas y afrodescendientes, “la violación de derechos humanos de algunos de sus miembros –así no se trate de violaciones masivas o sistemáticas– muy seguramente se traducirá en daños colectivos”³⁴.

Debe existir un reconocimiento por parte del Estado como sujetos colectivos, con una memoria histórica, propiedad colectiva, una misma cultura y vida comunitaria en la afectación de los derechos de los pueblos indígenas. El derecho a la verdad judicial, extrajudicial e histórica, es parte constitutiva de los procesos de reparación integral. El derecho a la memoria es en sí mismo una garantía de no repetición, y es componente fundamental de los procesos de reparación integral.

3. Reparación integral

Para hablar de reparación integral a los pueblos indígenas es fundamental tener presente que solo durante los últimos 20 años, los derechos colectivos de los indígenas fueron incluidos en algún grado en el sistema constitucional. Según la ONIC, la reparación integral busca llenar los vacíos que quedaron luego de violaciones graves a los derechos de una persona, de una comunidad o de un pueblo, si se arrebataron tierras, la reparación busca restituirlos; si se debilitó a una comunidad, las medidas de reparación buscan ayudar a fortalecerla, por ejemplo: a través de la creación de escuelas autónomas de formación de líderes, y si una persona fue asesinada, la reparación busca que se sepa la verdad de lo que ocurrió, que no haya impunidad y que se conserve la memoria de esa persona.

La reparación integral requiere de verdad, de justicia y de restitución, todo ello enfocado al mantenimiento y respeto por la memoria colectiva, al ser la colectividad el sujeto-víctima.

³⁴ *Ibid.*, p. 55.

El grupo Pro Reparación Integral, identifica que los daños al sujeto colectivo pueden ser evidenciados desde diferentes ángulos, como: los daños a la identidad colectiva, cuando son transgredidas las organizaciones o “instituciones” creadas por los pueblos indígenas para su autorreconocimiento y autorregulación, organizaciones que se constituyen como base cultural y educativa dentro de las comunidades que forjan y transmiten la identidad cultural de los grupos humanos, la transgresión a dichas organizaciones dentro de los grupos humanos genera una ruptura en la memoria colectiva de las comunidades, es identificable que uno de los *modus operandi* de los grupos armados (legales o ilegales), corresponda al asesinato selectivo de líderes y lideresas de las comunidades campesinas, este es un daño a los liderazgos y procesos de participación, dando cabida a nuevos líderes que no corresponden a la comunidad indígena; muchas veces los mismos victimarios toman control de dichas poblaciones. Otro ítem se refiere a los daños en la identidad cultural y en los elementos simbólicos de las comunidades, en donde se transgreden las raíces culturales, los valores y creencias de dichos grupos humanos. “En comunidades con una fuerte identidad cultural los crímenes están dirigidos a afectar a líderes espirituales o a personas representativas para la comunidad; así mismo, la profanación de lugares sagrados o sitios con un fuerte carácter simbólico tienen una intencionalidad de exterminio, no solo físico de sus miembros, sino de su mundo cultural y espiritual (...), con ello se pretende mermar las capacidades colectivas y afectar la movilización social”³⁵.

Puede inferirse, que por parte de los victimarios existe una pretensión desde el biopoder, en términos foucaultianos, donde se busca el control total de la vida de las comunidades, pensando en ellas como funcionalizables por dichas organizaciones.

Sujeto a lo anterior, se genera una naturalización de la violencia colectiva y una ruptura de las dinámicas preestablecidas por los pueblos, creando cambios en los referentes culturales políticos y sociales que en antaño eran reconocidos por la colectividad, estableciendo nuevos referentes en donde el terror es el actor principal en el control de la vida individual y de los rezagos de la vida comunitaria.

³⁵ Grupo Pro Reparación Integral, ob. cit., p. 14.

Marcela Rivera identifica valores jurídicos diferenciadores a partir del análisis de Beristaín, depende al tipo de derechos violados, a saber, el carácter de las violaciones como individuales o colectivas, refiriéndose a que puede darse dentro de un grupo determinado violaciones similares sin que esto constituya una violación colectiva de los derechos, también al tipo de efectos que genere dicha violencia en virtud de que: “El impacto de una masacre puede valorarse como una suma de efectos individuales, pero también puede tener fuertes efectos colectivos de desestructuración del tejido social, pérdida de símbolos o de elementos de identidad comunitaria, como la relación con un territorio o la cultura”³⁶, posterior a ello, hace la diferenciación en la relación de los anteriores tipos de impacto con la memoria colectiva la cual, según el autor puede ser una colectividad de tipo cultural diferencial, una colectividad con una definición territorial (dentro de ella puede haber dos o más comunidades), o una colectividad de identidad ideológica y política.

Aun así, y unido a las categorías y conceptos previamente estipulados, se considera que la memoria colectiva se teje como una filigrana, más allá del tipo de afiliación que se tenga, ya sea histórica, territorial o ideológica; pues todas estas van a confluir dentro de los grupos humanos. Por ejemplo, los grupos humanos dedicados a la fabricación de un tipo de artesanía en la alta Guajira pueden pertenecer a comunidades diferentes, pero gestan una memoria colectiva como indígenas artesanos, igualmente sucede con los corteros de caña del Cauca o la etnia ticuna en la Amazonia, que dadas las condiciones de la “modernidad”, se fueron acercando a diferentes comunidades y etnias colindantes para formar un Resguardo Indígena Amazónico. Así pues, las comunidades no son entes estáticos, sino que coexisten en un constante cambio para prevalecer por medio de la adaptación. Es de recordar que la memoria colectiva no es una memoria homogénea, las memorias son diversas y plurales es memoria de los grupos, esta es múltiple y se transforma a medida que es actualizada por los grupos que participan en ella en el tiempo y el espacio. El pasado nunca es el mismo, pero es colectivo, es por ello que el Estado debe velar por la preservación de la memoria y generar una reparación integral para las comunidades azotadas por la violencia interna, proteger y prevenir futuras vulneraciones.

³⁶ Rivera Rodríguez, ob. cit., p. 35.

4. Desarrollo jurídico

En el ordenamiento jurídico colombiano, la reparación integral a los pueblos indígenas esta consignada en el Decreto-Ley 4633 de 2011, por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, en dicho decreto se pone de manifiesto que las víctimas poseen ese doble carácter como sujetos individuales y también como sujetos colectivos. Se consideran víctimas a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y a sus integrantes, individualmente considerados que hayan sufrido daños como consecuencia de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 1º. de enero de 1985, y que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.

Los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes que hayan sido víctimas por hechos ocurridos con anterioridad al 1º. de enero de 1985, serán sujetos de medidas de reparación simbólica consistentes en la eliminación de todas las formas de discriminación estructural, de no repetición de los hechos victimizantes, de la aceptación pública de los hechos, del perdón público y del restablecimiento de la dignidad de las víctimas y de los pueblos y comunidades indígenas que promuevan la reparación histórica. La condición de víctima se adquiere con independencia de quien causare el daño y de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación de parentesco o filiación que pueda existir entre el autor y la víctima, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado de adelantar todas las medidas conducentes al esclarecimiento de la verdad.

Para los pueblos indígenas el territorio es víctima, teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo especial y colectivo que los une con la Madre Tierra. Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que los titulares de derechos en el marco del presente decreto, son los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes individualmente considerados.

Este Decreto-Ley establece el tipo de reparación y la atención integral que el Estado deberá garantizar, el Programa de las Naciones Unidas para el

Desarrollo basado en el decreto, identifica que hay daño colectivo cuando la acción viola la dimensión material e inmaterial, los derechos y los bienes de los pueblos y las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derechos; lo cual implica una mirada holística de los daños y las afectaciones que estas violaciones ocasionen. Se presentan daños colectivos, entre otros, cuando se vulneran de forma sistemática los derechos de los integrantes de la colectividad por el hecho de ser parte de la misma (artículo 42), y como reparación y atención integral, que responde a este, se crea el Plan Integral de Reparaciones.

Colectivas para Pueblos y Comunidades Indígenas, del cual se encarga institucionalmente la Unidad para la Atención y Reparación a Víctimas, entidad que deberá consultarlo con anterioridad con las autoridades y las organizaciones indígenas, según las metodologías que se definan con ellas y teniendo en cuenta la Ley de Origen, la Ley Natural, Derecho Mayor, Derecho Propio y cosmovisión de cada pueblo y comunidad indígena que será reparado y que tiene como objetivos principales:

1. Identificar los daños y las afectaciones colectivas de los pueblos y las comunidades indígenas.
2. Construir la caracterización y determinar las acciones y las medidas para la restitución y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y colectivos de las víctimas.
3. Contribuir de manera transformadora a la recuperación de las condiciones, las capacidades y las oportunidades de desarrollo personal y colectivo afectadas.
4. Implementar medidas para proteger de manera efectiva la diversidad étnica y cultural afectada, las necesidades especiales de sus integrantes, según su edad, discapacidad y otras condiciones de vulnerabilidad específica.
5. Transformar las condiciones de discriminación y exclusión histórica que permitieron o facilitaron la vulneración y las infracciones a los derechos de estos pueblos.
6. Garantizar la pervivencia física, la permanencia cultural de los pueblos y las comunidades indígenas.

7. Diseñar e implementar medidas de reparación integral para garantizar la atención preferencial a las personas de especial protección constitucional, primordialmente a las mujeres, los niños y las niñas y los huérfanos.
8. Garantizar los mecanismos, los espacios y los recursos que permitan conocer la verdad, alcanzar la justicia y garantizar la no repetición de las condiciones que generaron las afectaciones y las violaciones; teniendo en cuenta las especiales: según edad, discapacidad y otras condiciones de vulnerabilidad específica.
9. Definir las obligaciones, roles y competencias de las diferentes instancias del Estado a nivel nacional y territorial para el diseño, la ejecución y el seguimiento de las medidas contempladas en el Decreto-Ley.

Dicho decreto se cristalizó gracias a los tratados, costumbres y convenios propios del derecho internacional, pero también al desarrollo jurisprudencial después de la Constitución del 91 donde se identifican las siguientes sentencias, hito³⁷ de la línea jurisprudencial respecto al tema de reparación indígena y carácter colectivo: Sentencia No. T-380/93, allí se establece que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo, los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos, o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución; así como también pone de manifiesto la responsabilidad estatal, teniendo en cuenta la territorialidad y cosmovisión estableciendo que la inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un

³⁷ Son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de una línea jurisprudencial de acuerdo con la metodología del *Derecho de los jueces* de López Medina.

grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias. Bajo la perspectiva constitucional, la omisión del deber de restauración de los recursos naturales por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo funciones de vigilancia y restauración del medio ambiente, constituye una amenaza directa contra los derechos fundamentales a la vida y a la no desaparición forzada de la comunidad indígena. En la Sentencia T-188/93 la Corte establece que El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas. El derecho fundamental de petición es aquí un medio o presupuesto indispensable para la realización de aquellos derechos. Además de ligar en esencia el derecho a la vida y el derecho a la paz con la categoría de comunidad haciendo mención a la protección especial y diferenciada de la propiedad colectiva indígena. En la sentencia SU-039/97 la Corte había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que estos no solo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que 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, también, respecto a la explotación de recursos naturales pertenecientes a jurisdicción indígena apunta, como finalidad, 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, que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera cómo 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, política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares, que se le dé 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. En la Sentencia C-891/02 la Corte expresa que la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios; los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas, pero advierte también, que *de* ninguna manera puede entenderse que deba, necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito *sine qua non* para radicar el proyecto de la ley, refiriéndose exactamente al tema de la minería en territorios indígenas.

5. Desarrollo de categorías de análisis comparado

Para entender mejor el análisis comparado entre las diferentes dinámicas en los pueblos indígenas, se han desarrollado algunas categorías que permitirán comprender mejor, los niveles en los cuales en los distintos casos, han existido similitudes para así aclarar los posibles resultados. Cada subtítulo representa una categoría, en la cual entre los tres casos se encuentra un punto en común y con base a ello, se hace la respectiva comparativa.

Las categorías de análisis están diferenciadas bajo tres ejes, de acuerdo con el tema que se pretende tratar en relación con las formas de repara-

ción, son importantes para distinguir los fundamentos, por los cuales, se ha pretendido comprender las estrategias tanto en sentido jurídico como en sentido colectivo de las comunidades, y así establecer los elementos similares como heterogéneos entre los planteamientos y entre los diversos actores involucrados. Por tanto, para tratar los temas de comparación, se pretende usar como variable primaria la categoría de memoria histórica. Esta es la base desde donde se desprende el problema de acción en cuestiones de reparación; como variables secundarias están la verdad, la justicia y la restitución, todos elementos trascendentales y consecuentes para ser tomados en cuenta y ver los procesos y las dinámicas en torno al tema de reparación de memoria colectiva.

Variable dependiente:

- Memoria colectiva

VARIABLES INDEPENDIENTES:

- Verdad
- Justicia
- Restitución

5.1 Verdad

Para el análisis de causas e implicaciones en cuanto a afectación a la memoria colectiva de las comunidades indígenas es importante establecer unos parámetros de verdad, lo cual implica diversas características que van en consecuencia a la situación que tanto el Estado, grupos insurgentes, como los actores afectados acuden a un punto de concordancia para responder a la verdad de los hechos sin limitar la participación de ninguno de los dos bandos, en especial el de las víctimas. Para definir en primera medida cuáles son esos parámetros de análisis de verdad, se debe tener en cuenta la definición explícita de las víctimas, en cuanto a su significado de verdad, este debe ser de acuerdo con diversos parámetros. Tal conceptualización está definida como el rompimiento de la memoria oficial, caracterizada principalmente por ser: “una tarea fundamental (...) caracterizada por el silenciamiento de los hechos y el encubrimiento de los victimarios, propiciando el reconocimiento político, y ético de las luchas

y sueños de la población. Ni las estadísticas oficiales, ni los expedientes de “justicia”, ni las publicaciones de los medios masivos nos pueden dar cuenta de esta verdad, sino únicamente la versión de las víctimas, sus familiares y amigos”³⁸.

Por tanto, el desafío se remite a recuperar la voz de las víctimas para así establecer de manera objetiva el reconocimiento de los hechos a partir de la atención de las comunidades que han sido víctimas de violencia por parte de actores estatales e insurgentes. Es así, que la pretensión de establecer la verdad como una categoría de análisis es confirmar la participación de los actores víctimas, y no solo limitar la discusión a los hechos sustentados por los actores del gobierno: “El desconocimiento de la verdad conlleva a que el Estado imponga una ley de “perdón y olvido”, bajo la cual se hace a un lado la memoria histórica, se desconoce la verdad de las víctimas y se incrementa la impunidad; lo cual se evidencia en los beneficios suministrados por el Estado a los victimarios, quienes lejos de responder por sus crímenes se ven cobijados con el olvido y la distorsión de la memoria. Este tipo de medidas se caracteriza por su superficialidad, la falta de compromiso político y el incremento notable de la impunidad”³⁹.

Desde las concepciones jurídicas, y referente a tratar de identificar un concepto de verdad de acuerdo con las necesidades de las comunidades como a las instancias que el derecho puede aplicar, se puede comprender una interpretación de verdad a partir del Decreto-Ley 4633 de 2011, el cual en su artículo 12 establece que:

“Reconocimiento y visibilización de los daños y violaciones históricas. El deber de memoria del Estado se traduce en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de la academia, centros de pensamiento, organizaciones sociales, organizaciones de víctimas y de derechos humanos, así como los pueblos indígenas y los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos; puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria

³⁸ Colombia Nunca Más. Memoria de crímenes de lesa humanidad. *El derecho a la verdad, la justicia y a la reparación integral*, 2008, p. 42. Consultado en <http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=313>

³⁹ *Ibid.*, p. 120.

de las violaciones a las que se refiere el presente Decreto como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas de las que trata el artículo 3°. del presente decreto. El Estado también garantizará la reconstrucción y visibilización de esta historia desde la mirada indígena.

El Estado reconocerá públicamente las violaciones, exclusiones y discriminaciones profundizadas e invisibilizadas de las que trata el presente decreto, así como la especial afectación a las mujeres indígenas, siempre que las víctimas así lo autoricen.

Las autoridades indígenas, en su condición de autoridades públicas de carácter especial, tendrán acceso libre y permanente a los documentos y demás medios o fuentes de información que consideren necesarios para el esclarecimiento de la verdad de las violaciones, salvo que los documentos tengan carácter reservado. En los casos de documentación de hechos de violencia sexual, se deberá contar con el consentimiento de las víctimas⁴⁰.

Esto es, una noción de verdad comprometida a comprender las necesidades de los indígenas y brindar las posibilidades de dar seguimiento, ofrecer todos los recursos disponibles para que las comunidades afectadas tengan todos los medios, y nada quede impune.

Por tanto, debido a una conceptualización como por la otra, existen nociones de verdad que se legitiman de acuerdo con las visiones de cada uno de los actores (Gobierno-comunidades indígenas), nociones que serán tenidas en cuenta al momento de hacer las respectivas comparaciones.

5.2 Justicia

En términos concretos, la justicia se basa en dar a cada quien lo que le pertenece. La justicia como un equilibrio entre sujetos, y para el caso de análisis de comunidades que se establecen en colectividades, la justicia se debe comprender como un equilibrio en un grupo que interactúa en sociedad,

⁴⁰ Decreto-Ley 4633 de 2011. Artículo 12. Consultado en <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4633_2011.html>

la cual manifiesta intereses y necesidades concordantes: “Mientras para el mundo occidental justicia se asocia con castigo, para ellos significa vivir en armonía y equilibrio”⁴¹.

Por otro lado, la administración de justicia en términos del derecho responde a diversos códigos y leyes, la cual se administra como el elemento para establecer los parámetros de verdad en términos legales. Más allá de tales parámetros se trata de aclarar, trascendiendo de conocer cuáles son los hechos y quiénes son los responsables, elementos concretos que vayan en concordancia con la memoria colectiva de las comunidades; es decir, establecer un tipo de justicia más allá de las instancias legales, lograr un consenso con las comunidades trascendiendo lo establecido en las determinaciones administrativas y jurídicas estatales, para lograr la complacencia, el equilibrio de sus comunidades y su memoria colectiva.

5.3 Restitución

En cuanto a la restitución, se enmarca como una de las características que componen la reparación, se trata de restablecer la normalidad existente antes de los crímenes. Este ámbito compone una serie de elementos que combina entre lo jurídico y la normatividad con las identidades, y memorias de las comunidades, estableciendo así un acuerdo mutuo que contribuya al restablecimiento de su vida colectiva en concordancia, tanto en el derecho, como en su memoria colectiva.

En esta categoría de análisis no existen muchas diferencias en cuanto al componente que entre ambos actores pretenden consensuar, por tanto, pensar en la restitución es visualizar un elemento que no se enmarca en diferencias conceptuales más allá de las interpretaciones que las comunidades limitan. Tal factor con sus nociones identitarias y de territorio, tienen la máxima de establecer el orden y la tradición en pos de su autonomía cultural.

⁴¹ Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN), “Claves para tener en cuenta en la reparación de los indígenas”. Observatorio Étnico, en *Revista Hechos del Callejón*, Número 12, (2016), p. 8. Consultado en <<http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/descarga/clavespararepararindig.pdf>>

6. En búsqueda de la reparación colectiva del pueblo nasa

Una de las principales comunidades afectadas por el tema de la restitución ha sido la comunidad nasa (su significado es gente) en el caso colombiano. Este pueblo indígena, perteneciente a la familia lingüística paez, se ubica en mayoría al sur de los Andes, entre los departamentos de Cauca y Huila, además de otras regiones como la cordillera central y parte del piedemonte amazónico⁴².

La población a lo largo de las últimas décadas ha estado inmiscuida en conflictos, principalmente en aquellos relacionados con el Conflicto Armado. Han sido víctimas tanto por parte de los grupos alzados en armas: las FARC, o por los grupos paramilitares, y por los organismos coercitivos del Estado, las Fuerzas Militares.

Para poder comprender los mecanismos de reparación que el Estado ha intentado proponer ante la constante victimización de este pueblo, por múltiples hechos de violencia; se ha de establecer cómo desde la visión de tal comunidad, existen elementos divergentes y comunes con respecto a lo que se establece en el derecho, todo en torno a la reparación de su memoria colectiva.

7. Memoria colectiva de los indígenas nasa

Para comprender la memoria colectiva de los indígenas nasa se debe remitir a sus elementos culturales y ancestrales que permitan esclarecer las dinámicas, que ayuden a visualizar a través del derecho los elementos pertinentes para establecer de manera concordante la recuperación de tal memoria, para consecuentemente establecer, si desde el derecho positivo, tales elementos pueden ser útiles para este caso.

La cosmología en la mentalidad nasa se sostiene bajo un conjunto de símbolos y creencias el cual les permite tener una visión del medio que les

⁴² Cerón, Adrián-Encuentro Andino, “El sonido original de nuestra raza”, en *Comunidad paez-nasa*. Consultado en <<http://adrianceron-encuentroandino.es.tl/COMUNIDAD-PAEZ-NASA--CAUCA-COLOMBIA.htm>>

rodea, y que penetran su visión de comunidad en los aspectos políticos, económicos y sociales. Uno de los elementos significativos en la memoria colectiva de las comunidades se establece a través de su identidad cultural: “La identidad cultural no puede existir sin “la memoria, sin la capacidad de reconocer el pasado, sin elementos simbólicos o referentes que le son propios y que ayudan a construir el futuro”, determinando la pertenencia a una colectividad particular”⁴³.

Una primera aproximación para comprender la memoria colectiva de los nasa es a través de su identidad cultural. Al respecto, ahora en el plano jurídico, según se concibe en el artículo quinto del Decreto-Ley 4633 de 2011, *Reparación integral y restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos indígenas*, se establece que: “El concepto de reparación integral para los pueblos indígenas, individual y colectivamente considerados, se entenderá como el restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos, vulnerados históricamente en sus dimensiones material e inmaterial. De la dimensión inmaterial forman parte los fundamentos espirituales, culturales, ancestrales y cosmogónicos, entre otros”⁴⁴.

Es decir, se tiene en cuenta desde el ámbito legal la necesidad de establecer un reconocimiento a la memoria colectiva como elemento integral de la reparación, teniendo, la firme necesidad de exaltar el elemento cultural; no obstante, hasta ahora se reconoce tal ámbito desde el deber ser, por tanto se establece la necesidad de profundizar en elementos prácticos para el cumplimiento de tales acuerdos.

Ahora bien, comprender la memoria colectiva de la comunidad contiene elementos de mayor profundidad. Los procesos identitarios de la comunidad nasa se establecen a través de elementos como la construcción de su propio sistema educativo con un enfoque autónomo e integral en pos del fortalecimiento de su cultura; por tanto, los métodos han de ser de conformidad con las exigencias de la población, solventada principalmente en los ejes de: territorio, naturaleza y comunidad, autonomía, organización social y política, entre otros.

⁴³ Cárdenas, Julián, *Memoria e identidad cultural: expresión y construcción de la ciudadanía intercultural en los pueblos misak, nasa e inga*, 2010, p. 43. Consultado en <<http://200.87.119.77:8180/musef/bitstream/123456789/272/1/55-62.pdf>>

⁴⁴ Decreto-Ley 4633 de 2011. Artículo 5.

Consecuente con las dinámicas que conciernen al análisis de la comunidad y cómo esta ha sido despojada de su memoria colectiva, es importante resaltar los ejes en referencia al territorio, la autonomía y organización socio-política para hacer un análisis, que desde el derecho se pueda comprender y representar las necesidades de la comunidad nasa, en cuanto se refiere al tema de reparación.

Frente al territorio, se determina que: “Es lo que se tiene y que hay que defender”⁴⁵; en cuanto a su autonomía: “La importancia de la familia, la escuela y la comunidad como medio para fortalecer los valores de la cultura indígena”⁴⁶; y en lo concerniente a la organización política: “Reconocer la memoria política del pueblo para posesionarla en las prácticas sociales, e instaurar el conocimiento de los mecanismos legales y los del derecho propio, para defender y perpetuar la cultura nasa”⁴⁷.

Desde el ámbito legal se reconoce la necesidad de comprender la memoria colectiva, y por tanto se establecen medidas propositivas para tomar acciones que establezcan finalidades concretas tomando como prioridad la importancia de esta categoría:

“DIMENSIÓN COLECTIVA. Las medidas y acciones conducentes a la reparación integral y restablecimiento del equilibrio y la armonía de los pueblos y comunidades indígenas, siempre tendrán en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones a los derechos fundamentales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

Esta dimensión incluye el impacto colectivo de violaciones individuales sobre la estructura tradicional, socioeconómica, cultural y organizativa. Lo anterior, sin perjuicio de que las medidas y acciones anteriormente señaladas, sean reconocidas de forma individual a integrantes de los pueblos indígenas, que hayan sido objeto de estas violaciones.

Las medidas señaladas tendrán como finalidad el restablecimiento y goce efectivo de los derechos, que han sido vulnerados individual y colectivamente a los pueblos indígenas.

⁴⁵ Cárdenas, ob. cit., p. 45.

⁴⁶ Ídem., p. 45.

⁴⁷ Ídem., p. 46.

Las medidas de reparación individual y colectiva son complementarias y en ningún caso podrán sustituirse entre sí⁴⁸.

En un plano formal, existen pretensiones de reconocimiento y necesidad de reparación, en concordancia, de cierto modo, con las necesidades en cuanto a la urgencia de recomponer la memoria colectiva de la comunidad nasa.

Ahora bien, para poder discernir más en profundidad el problema, se ha de analizar las tres categorías que comprenden la memoria colectiva de la comunidad nasa, explicadas en líneas arriba:

7.1 Restitución: territorio

La comunidad nasa, ha sido víctima de múltiples hechos que han afectado su memoria colectiva. En cuanto al elemento territorial, la violencia, ya sea por parte de grupos insurgentes u organismos del Estado, ha generado el debilitamiento de sus organizaciones y la pérdida de tierras, elemento que ha originado la reducción de sus territorios. Este componente también ha afectado su relación con la naturaleza, pues han sido irrespetados sus lugares sagrados, ya sea porque los grupos armados se han apropiado de ella o multinacionales se han adueñado de sus territorios:

“El desplazamiento, el confinamiento y las restricciones para llevar alimentos hasta los resguardos, a las que se ven sometidos cuando se encuentran con peajes militares o de actores armados ilegales, han provocado una difícil situación en estas comunidades. Cuando una comunidad indígena es afectada por la guerra, se ve obligada a desplazarse y se genera una ruptura de raíz, una ruptura cultural y política: se dejan las relaciones familiares y las ceremonias; no pueden pescar ni cazar, parte de sus grandes conocimientos, e incluso pierden la medicina tradicional⁴⁹.”

Ante las preocupaciones que surgen por la problemática territorial, el Estado se compromete, de igual forma, a reconocer la afectación en tema de territorios; ante ello se establece que:

⁴⁸ Decreto-Ley 4633 de 2011. Artículo 14.

⁴⁹ Centro de Cooperación al Indígena, ob. cit., p. 7.

“Es obligación del Estado dignificar a los pueblos indígenas a través del reconocimiento de las afectaciones e injusticias históricas y territoriales y, garantizar sus derechos ancestrales, humanos y constitucionales, mediante medidas y acciones que les garanticen sus derechos colectivos e individuales, principalmente sus derechos territoriales, a la identidad, la autonomía, la autodeterminación, buen vivir y su estrategia de vida para la permanencia cultural y pervivencia como pueblos. Asimismo, garantizar y difundir la comprensión histórica y cultural propia que sobre estos derechos tienen los pueblos indígenas”⁵⁰.

No obstante, más allá del reconocimiento, el Estado también se compromete a la reparación, protección, atención y restitución en lo referente al territorio:

“Que es obligación del Estado responder efectivamente a los derechos de los pueblos indígenas a la reparación integral, a la protección, a la atención integral y a la restitución de sus derechos territoriales, vulnerados como consecuencia del conflicto armado y sus factores subyacentes y vinculados y, en consecuencia, garantizar que los pueblos indígenas puedan asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, de desarrollo económico y hacer efectivo el goce efectivo de sus derechos humanos y fundamentales, en especial a la verdad, a la justicia, a la reparación y a las garantías de no repetición”⁵¹.

No solo se establecen obligaciones, también se reconoce uno de los componentes de la memoria colectiva del respeto a la población indígena, a su

⁵⁰ Decreto-Ley 4633 de 2011. Artículo 13.

⁵¹ La referencia a la protección y reconocimiento de los territorios a las comunidades indígenas es constante, otro ejemplo de ello es lo establecido en el artículo 8: “REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. La reparación integral del derecho fundamental al territorio de los pueblos indígenas comprende el reconocimiento, la protección y la restitución de los derechos territoriales en los términos del presente decreto. La reparación integral de los derechos territoriales incluye el saneamiento espiritual conforme a las tradiciones culturales y ancestrales de cada pueblo, cuando al criterio de las autoridades tradicionales dicho saneamiento sea necesario. Las medidas integrales de reparación de derechos territoriales atienden a la especial relación colectiva y espiritual que tienen los pueblos indígenas con su territorio, por ser factor esencial para el equilibrio y la armonía con la naturaleza, la permanencia cultural y la pervivencia como pueblos.”

territorio; en cuanto estos lo reconocen como víctima y se establece como un decreto de ley:

“Víctimas: Para los pueblos indígenas el territorio es víctima, teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo especial y colectivo que los une con la Madre Tierra. Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que los titulares de derechos en el marco del presente decreto son los pueblos y comunidades indígenas y sus integrantes individualmente considerados”⁵².

Así, por tanto, se puede argumentar que existe un componente formal que establece el reconocimiento a la reparación, tomando en cuenta los elementos identitarios referentes a la reparación colectiva.

7.2 Verdad

Respecto al tema de verdad, el Estado destaca la necesidad de establecer criterios a favor de que las comunidades indígenas accedan a la verdad de los hechos. Así se establece en los decretos de ley, al decir que:

“DERECHO INALIENABLE E IMPRESCRIPTIBLE A LA VERDAD. El Estado garantizará el derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas a conocer la verdad sobre las vulneraciones históricas y actuales a sus derechos humanos e infracciones al DIH y honrará el significado que la palabra representa para los pueblos indígenas. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguarda fundamental contra la repetición de tales violaciones”⁵³.

Más en concordancia con lo establecido en los criterios del Estado de garantizar la verdad, se compromete a sancionar a aquellos que hayan vulnerado sus derechos, además de hacer conocer los procesos en contra de los responsables:

“El Estado garantizará el derecho a la verdad a las víctimas de los pueblos indígenas respecto de quienes hayan promovido, apoyado, financiado y/o se hayan beneficiado con ocasión de las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, fundamentales, colectivos e integrales

⁵² Decreto-Ley 4633 de 2011. Artículo 3.

⁵³ Decreto-Ley 4633 de 2011. Artículo 31.

de los pueblos indígenas. El Estado adelantará los procesos judiciales correspondientes para sancionar a los responsables y hará públicas las sanciones cuando estas se produzcan”⁵⁴.

7.3 Autonomía

Otro de los componentes esenciales de la memoria histórica se correlaciona con el problema de la autonomía y la gran incidencia que los hechos de violencia han alterado tal cosmovisión. Diversos elementos comprenden la vulneración a los procesos de autonomía de la comunidad, clarificando así las diversas aproximaciones que se puede comprender en cuanto se trata de vulnerar los procesos identitarios de los nasa:

“La presencia de los actores armados ha hecho mella también en el manejo de la autonomía indígena debido al irrespeto que sufren las autoridades y en especial las tradicionales. “Con frecuencia las comunidades se han visto atrapadas en medio del fuego cruzado de los combates. Muchos indígenas, al tratar de hacer respetar los derechos de la comunidad, han sido declarados como objetivo militar de los actores en guerra y otros han sido obligados a servir a uno y otro bando, lo cual los expone inmediatamente”⁵⁵.

Ante la situación crítica de la vulneración de la autonomía indígena, clarificada como uno de los componentes que mayor alteran, en cuanto a la memoria colectiva se refiere, el Estado ha propuesto algunas alternativas para pretender, desde lo jurídico, responder a las comunidades para así solventar de alguna manera uno de los aspectos que alteran la tranquilidad de los nasa:

“AUTONOMÍA INDÍGENA. En la implementación de este decreto el Estado respetará todo acto, estrategia o iniciativa autónoma de los pueblos indígenas, como ejercicios políticos, colectivos, que tienen por finalidad la protección de la vida, la libertad y la integridad cultural y la convivencia armónica en los territorios, por cuanto su razón de ser es la prevención de los abusos, así como la defensa y exigibilidad de derechos

⁵⁴ Ídem., artículo 32

⁵⁵ Centro de Cooperación al Indígena, ob. cit., p. 7.

colectivos, humanos, de contenido humanitario y sociales que tienen los pueblos indígenas”⁵⁶.

8. Reparación de la memoria colectiva de los nasa

En el plano jurídico se han planteado diversas alternativas en cuanto al tema de reparación se refiere. La multiplicidad de artículos que reglamentan las diversas formas en que el Estado se propone a reparar a las comunidades indígenas es bastante amplia. Al analizar la situación desde el plano formal, las oportunidades de reparación son extensas y desde la misma perspectiva, al salir del plano del “deber ser”, el derecho cumple en el papel los procesos de reparación (justicia, verdad, restitución), teniendo en cuenta la memoria colectiva de las comunidades indígenas, destacándose el caso de los nasa. No obstante, en el plano real existen múltiples divergencias que contrarían lo que se ha expuesto hasta ahora, al no existir una claridad en cuanto a los procesos de reparación se refiere.

En el plano práctico han existido planteamientos por parte del Gobierno para atender la población víctima, en el caso específico de los nasa y atendiendo al problema de la situación de la memoria colectiva. Un ejemplo de ello son las estrategias por parte de la Unidad para la Atención y Reparación Integral del Gobierno, donde se han tratado de atender: “En este proceso de fortalecimiento, la Unidad para las Víctimas ha venido acompañando y trabajando con sus habitantes en la implementación de acciones dirigidas hacia una reparación colectiva e integral, respetando los principios ancestrales de orden espiritual y cultural y con la cosmogonía propia de este pueblo. Dicho proceso que fue iniciado por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), y continuado desde el 2012 por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas tiene como objetivo contribuir a restablecer sus derechos de autonomía, territorio e identidad”⁵⁷.

⁵⁶ Decreto-Ley 4633 de 2011. Artículo 19.

⁵⁷ Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Unidad instalará procesos de consulta previa con indígenas nasa, kitek y kiwe en Timbío, Cauca, 2014. Visto: 12/09/2014. Consultado en <<http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/79-noticias/2717-unidad-instalara-procesos-de-consulta-previa-con-indigenas-nasa-kitek-kiwe-en-timbio-cauca>>

Un hecho específico a tener en cuenta es lo sucedido en el caso de la masacre del Nilo, hecha por actores del Estado a la población nasa. El caso ha tenido diversos procesos, donde la organización indígena ha interpuesto denuncias internacionales hacia el Estado, no obstante el proceso, el cual inició en 1995, ha sido manejado de manera cordial y en donde el Estado asumió la responsabilidad de sus actos. Sin embargo, en los acuerdos en cuanto a tema territorial (entrega de un número determinado de hectáreas), los resultados no fueron los esperados. En el año 2005 se acordó un nuevo tratado, no obstante, y a pesar de la cuestión jurídica antes analizada, en torno a lo propositivo y la intención de la reparación, los acuerdos no han sido, de nuevo, cumplidos:

“El Ministerio trabaja sobre un listado de tierras entregado por los indígenas para mirar la posibilidad de comprarlas y continuar así con la reparación. “Se han presentado dificultades —dice Daniel Orozco, asesor del Ministerio— por el *boom* del alcohol carburante, que ha llevado a la masificación de los cultivos de caña, producción en la que están invirtiendo los empresarios del Valle. Esto ha hecho que la gente no quiera vender sus fincas. La decisión del Gobierno de invertir 20 mil millones de pesos en ese sector, también elevó los precios de la tierra”. El Estado tiene toda la voluntad y los recursos para cumplir los acuerdos, pero lo que ha faltado son tierras disponibles para comprar, insiste la viceministra María Isabel Nieto Jaramillo: “Por esto, se está dialogando sobre la posibilidad de comprar en otros departamentos donde ellos ya tienen asentamientos, como Huila, Caquetá o Putumayo. Nuestra intención es comprar predios con vocación productiva, vamos a mirar hasta dónde nos alcanza el presupuesto. Esperamos que para el 31 de diciembre tengamos gran cantidad de predios listos para adquisición”⁵⁸.

La respuesta institucional y jurídica por parte de los nasa se ha visto reflejada, principalmente por el “Plan Salvaguarda”, establecido en el año 2009, donde en concordancia entre el gobierno y el pueblo indígena establecieron un plan de acción conjunto para tratar el tema de restitución, pero en donde hoy en día no se han establecido acuerdos claros y todo aún permanece en el plano formal⁵⁹.

⁵⁸ Centro de Cooperación al Indígena, ob. cit., p. 9.

⁵⁹ El plan, denominado, “Plan de Salvaguarda de la nación nasa”. Disponible en <http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/p.s_nasa_version_preliminar.pdf>

Es entonces claro que la búsqueda de establecer parámetros de defensa del territorio, como elemento de la memoria colectiva del pueblo nasa, se ha visto enmarcado en un vaivén que se estipula desde un reconocimiento jurídico, pero a su vez una constante lucha por parte de la comunidad en que se establezca algo que sea más allá de lo formal a un plano práctico y concreto. Ha existido una voluntad por parte del gobierno de establecer algunos puntos de reparación, de acuerdo con los componentes en torno a reparar a la comunidad, de manera que sea concordante a la memoria colectiva, no obstante y a pesar de querer entablar un consenso participativo para tratar de enmendarse tal situación, los resultados nunca han sido los esperados, mostrándose así, al menos en el caso de la comunidad nasa, una imposibilidad de verse una relación positiva entre lo que se establece en el derecho, y lo que la comunidad indígena quiere al momento de entablar el mecanismo de reparación.

En suma, a la comunidad nasa no se le ha logrado entablar un reconocimiento real. Han existido intenciones por parte del gobierno de querer reparar de acuerdo con lo establecido en lo jurídico y concordante con los elementos de reparación de memoria colectiva, sin embargo, en la realidad se demuestra la incapacidad de lograr un consenso práctico, debido principalmente, a factores como la mala planeación de tales estrategias.

9. Memoria colectiva de los indígenas maya

El componente cultural y de identidad en las comunidades indígenas en América Latina parece compartir ciertas similitudes, aunque bien con sus particularidades, en especial por el desarrollo de sus tradiciones enfocadas en una espacio-temporalidad propio, con el cual logran construir elementos que permiten identificar diferencias en cuanto sus concepciones identitarias.

Este es el caso de la comunidad maya en Guatemala, que contiene elementos propios que permiten ver los componentes que dejan esclarecer cómo se dispone su memoria colectiva y a partir de ahí cómo el Estado debe disponer para reparar a las víctimas que este mismo ha perpetuado.

Uno de los primeros elementos que hay que destacar es lo referente a la identidad étnica, la cual se dispone como la forma en que los miem-

bros de un grupo étnico contienen un elemento autoperceptivo, el cual se construye a partir de la interacción: “La distinción se logra por medio de marcadores específicos (que tipológicamente varían entre culturas diferentes), como traje, lenguaje, expresiones espirituales, organización social, etc.; estos crean un sentimiento de “nosotros” en oposición con “los otros”. Dichos marcadores étnicos no son indicadores de autenticidad, pero sí están cargados de una asociación común de permanencia a un grupo particular en un contexto pluricultural”⁶⁰.

En esencia, uno de los elementos a enmarcar para el caso particular se desprende de los marcadores étnicos, y cómo estos son importantes en cuanto al nivel político. El acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, firmado entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca y el Gobierno de Guatemala define de manera muy importante la identidad de los indígenas maya:

“La identidad de los pueblos es un conjunto de elementos que los definen y, a su vez, los hacen reconocerse como tal”. Luego se especifican cinco marcadores para la identidad maya en particular:

- I) Descendencia directa de los mayas antiguos.
- II) Una lengua de raíz común.
- III) Una cosmovisión común.
- IV) Una cultura común.
- V) El autoidentificación”⁶¹.

Otro elemento importante en los marcadores étnicos es la memoria, ya que el individuo como el grupo, son capaces de definirse si tiene una historia, origen y desarrollo: “Una visión del pasado que los ubica en el presente”⁶². A pesar de ello, las comunidades han tenido cambios muy fuertes en sus identidades culturales debido a las experiencias durante los conflictos y la violencia, aspecto que ha influido en las redefiniciones en sus dinámicas sociales.

⁶⁰ Kupprat, Félix, *Memorar la cultura: modos de mantener y formar las identidades mayas modernas. Estudios de cultura maya*, (Vol. 38), México, 2011, p. 148.

⁶¹ *Ibid.*, p.149.

⁶² *Ibid.*, p.151.

Siguiendo con el tema de la memoria, hay que ver que es un elemento tanto individual como colectivo, que se compone como un conjunto de recuerdos que deben entenderse como el resultado del proceso de recordar: “Hay que estar conscientes de que recordar no solo implica acceder a datos almacenados en un medio como el cerebro humano, sino es un proceso social. Los recuerdos se producen y reproducen funcionalmente en situaciones específicas de la interacción humana, combinando la información disponible del pasado con los objetivos sociales actuales. Los recuerdos que se repiten de forma similar interactúan con otros recuerdos y forman un conjunto de recuerdos relacionados: una memoria”⁶³.

La memoria es un elemento trascendental en la historia de las comunidades mayas en Guatemala, ya que precisamente por la formación de comisiones como la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, han sido instrumentos para enfrentar el olvido de la violencia. Se establece este elemento como un componente tanto político como socialmente oprimido, y su fin, el de la memoria como marcador étnico de las comunidades mayas, es establecer justicia, prevenir que se repitan actos tan atroces de nuevo en la historia de estos pueblos y en general del país.

Aunque si bien, la identidad cultural y la memoria colectiva van más allá de los hechos históricos, no hay que reducir la memoria a solo hechos y víctimas de la violencia, sino a cómo se determina y forma hoy en día esa nueva memoria colectiva. Precisamente, en la actualidad, las comunidades mayas han aprendido a lidiar con el contexto de una manera más simbólica:

“Los lugares de la masacre en Río Negro se han convertido en sitios conmemorativos para toda la comunidad, no solo para la generación que sufrió la violencia, sino también para los jóvenes que han aprendido de los acontecimientos de las masacres. En particular, dos puntos en el camino desde la aldea hacia el lugar de la masacre son de alta importancia”⁶⁴.

Por tanto, los recuerdos de los hechos de violencia se conservan a través de la memoria comunicativa y simbólica, que se conectan con tradiciones

⁶³ *Ibid.*, p. 154.

⁶⁴ *Ibid.*, p.155.

antiguas y el culto ancestral; y así, este tipo de conmemoraciones son parte de la cultura y la memoria, siendo ahora un elemento identitario de los pueblos mayas: “Se buscan medios como la tradición oral, la escritura y el ritual para conservar el pasado y prevenir el olvido. Esta actitud pide esfuerzos colectivos para enfrentar el miedo y la injusticia”⁶⁵.

Por último, el recomponer la memoria colectiva implica la “mayanización” de las normas de las identidades locales, a través de la formación de una memoria cultural de la violencia. Como se ha tratado, consiste en estrategias de conmemoración de las víctimas, a través de la tradición oral, rituales, y sitios específicos de memoria. A su vez, tales referentes de memoria colectiva se exportan o se amplían a través de instituciones y organizaciones que transmiten así el elemento colectivo como una estrategia de no olvido.

10. En búsqueda de la reparación colectiva en los indígenas maya en Guatemala

El caso de los indígenas maya en Guatemala tiene múltiples particularidades. Primero, se ha desarrollado el tema de reparación desde instancias internacionales, ya que el derecho interno guatemalteco no ha reglamentado leyes claras para solventar el daño a esta comunidad indígena; aunque si bien, constitucionalmente sí contiene artículos que hablan específicamente sobre temas de protección y respeto del territorio y las comunidades mayas.

A lo largo de la historia guatemalteca se ha legislado bastante en materia indígena, pues, más del 42% de la población de Guatemala es indígena, donde la población maya es la que mayor número de comunidades compone.

La Constitución de Guatemala reconoce explícitamente tres elementos en relación con las poblaciones indígenas: el “derecho a la identidad cultural de las personas y comunidades”, la protección a los grupos étnicos, y a sus “tierras y cooperativas agrícolas”.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 158.

De manera concreta, en la sección tercera, sobre comunidades indígenas, se establece que:

“Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”. Por tanto, se destaca el reconocimiento, respeto y promoción de cultura y costumbres indígenas de ascendencia maya”⁶⁶.

De acuerdo con lo expuesto en el tema de memoria colectiva, existen elementos claramente explícitos que representan los valores tradicionales e identitarios de las comunidades, adjudicando la protección de estos y por tanto existiendo un garante constitucional a la reparación colectiva de víctimas.

Y no solo consiste en determinar la protección a los grupos étnicos y su cultura, también al tema de territorio se adjudica un decreto especial, denominado: *Del régimen agrario: protección de tierras*:

“Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema”⁶⁷.

De antemano se estipula la necesidad de la protección y preservación del territorio, un elemento claramente determinante en la parte tradicional, identitaria y cultural de la memoria colectiva, por lo que el incumplimiento de tales garantías constitucionales, entra en contradicción con los parámetros de reparación que hasta ahora han sido incumplidos por el Estado.

⁶⁶ Constitución de Guatemala de 1985. Artículo 66. Protección a grupos étnicos.

⁶⁷ *Ibid.*, artículo 67. Protección a las tierras y cooperativas agrícolas indígenas.

Por último, se encuentra el componente distributivo del Estado con las comunidades indígenas en cuanto al compromiso especial de reparación, denominado, distribución de tierras a comunidades indígenas por el Estado:

“Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesitan para su desarrollo”⁶⁸.

Por tanto, como se verá a continuación, el establecimiento de unidades de reparación han recaído en mano de organismos internacionales que además de su compromiso con la causa, han obligado al Estado al reconocimiento y la obligación de reparación, elementos que hasta ahora han sido endebles e insatisfactorios con las comunidades indígenas del país.

Para este asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha asumido el papel de determinar las soluciones de reparación para el caso a tratar. Respecto al derecho de la tierra, la CIDH ha hecho especial énfasis en temas de reparación.

De manera análoga como lo comprometen las leyes colombianas, el caso de la Corte reconoce los parámetros de reparación, estos se definen en son a la recuperación de la memoria colectiva de los pueblos indígenas:

“De ello, se entiende que las diferencias culturales como elemento central de las reparaciones, se manifiestan en la cosmovisión, el modo de ver la vida, la relación con la naturaleza o los ancestros, pero también en el propio concepto de justicia o de reparación que tienen los pueblos indígenas. Dentro de esta diversidad, existen figuras y modos de relacionarse o considerar la autoridad, y roles específicos de autoridad o funcionalidad determinante, como sanadores, parteras, ancianos o líderes”⁶⁹. También es claro, la funcionalidad del respeto de la cultura y las identidades, que son elementos primordiales para lograr una adecuada reparación.

La CIDH ha considerado el caso de Guatemala denominado el “Plan Sánchez”, contra el Estado, donde se señala el carácter colectivo de los

⁶⁸ *Ibid.*, artículo 68. Tierras para comunidades indígenas.

⁶⁹ Rivera, Rodríguez, ob. cit., p. 18.

daños ocasionados y considera los derechos de la colectividad a la hora de plantear las compensaciones que corresponden:

“La Corte reconoce que las violaciones fueron no solo individuales, sino que afectaron de forma general a la comunidad maya achí de Plan Sánchez y de las aldeas aledañas, y expresa que mediante “la imposición de la estructura militar se ha afectado la vida comunitaria en Plan Sánchez, ya que generó la desarticulación del grupo”. En concreto, la prohibición militar de participar en ritos funerales y religiosos mayas “afectó la reproducción y transmisión de su cultura”. En este sentido ordenó reparaciones colectivas, incluyendo la reparación de la capilla como lugar de memoria y recuerdo colectivo y religioso”⁷⁰.

De este modo, se dispone a observar el compromiso que el Estado guatemalteco tuvo que asumir en son de reconocer sus faltas ante la comunidad maya, y así se visualiza cómo desde organismos internacionales se obliga al Estado a comprometerse a pedir perdón y reparar⁷¹.

La practicidad en la búsqueda de reparación para los indígenas mayas se ha encontrado en la formación de comisiones de verdad, que para este caso se posibilitó en un primer momento gracias a la creación de la “Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH)”, el cual rigió desde el año 1993.

La CEH funcionó como el mecanismo de esclarecimiento de la verdad, donde su principal misión era elaborar informes que tuvieran resultados sobre lo acontecido en el país en relación con violación de derechos humanos.

Hasta ahora, en cuanto a temas de reparación, el Estado no ha asumido responsabilidades reales a pesar de lo que su derecho interno estipula, y por

⁷⁰ *Ibid.*, p.19.

⁷¹ “La Corte obliga al Estado a pedir perdón públicamente a las víctimas y reconocer la gravedad de los hechos que se implementaron en el contexto de una política de genocidio implementada en los años ochenta, en este caso contra el pueblo maya achí que sufrió el cerco militar, el terror, la persecución, la tortura, la violación sexual de las mujeres, el asesinato despiadado de hombres, mujeres, niños y ancianos, así como el saqueo de sus bienes y la quema de sus viviendas; pero por sobre todo la destrucción de sus tradiciones, cultura e identidad que no pueden ser reparadas materialmente”. Centro Para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH). Un fallo de las víctimas de genocidio. Corte Interamericana condena al Estado de Guatemala, 2004. Consultado en <http://www.nisgua.org/themes_campaigns/impunity/precedent_cases/sanchez/Un%20fallo%20a%20favor%20de%20las%20victimas%20de%20genocidio.pdf>

tanto está cometiendo faltas graves ante la comunidad maya y la comunidad internacional. Aparte del reconocimiento de culpa, no se han manifestado verdaderas acciones que logren reparar a las víctimas, ni mucho menos se ha visto casos prácticos que conlleven a reparar de acuerdo con una forma de reparación colectiva consensual. Los avances e investigaciones, así como el seguimiento de los casos y demás han recaído en Cortes internacionales casi en su totalidad, viéndose pues el descuido que actualmente el Estado ha tenido con la comunidad maya, víctima de la violencia injustificada.

11. Resultados comparativos

Los casos entre las dos poblaciones indígenas son bastante peculiares, ya que existen diferencias muy marcadas en ambos casos, especialmente en cuanto a la función del derecho interno en referencia a la reparación colectiva. En el caso colombiano, existen decretos que buscan establecer criterios de reparación explícitos, además de que existen numerosas leyes con las cuales se pretende evocar de alguna manera la importancia de la reparación, aunque meramente en términos formales. En el caso de los indígenas maya en Guatemala, las leyes en cuanto a temas de reparación son escasas y poco claras; se enmarcan diversas leyes que pretenden invocar la memoria histórica de las comunidades indígenas. No obstante, no existen, más allá de las interpretaciones, nociones evidentes que permitan que el Estado responda bajo una connotación clara, que obligue a tal actor a responder de manera objetiva.

Precisamente, la cuestión de reparación en Guatemala se enmarca en obligaciones expuestas desde el derecho internacional, que obliga al Estado a responder de alguna manera, a pesar del incumplimiento de este en materia de reconocimiento y reparación. En el caso colombiano la intervención internacional no es tan enmarcada, ya que si bien están presentes, los actores (Estado-indígenas), han llegado a negociaciones directas que si en algunos casos se han quedado en el plano formal, al menos han existido voluntades de negociación y posibilidades de consenso.

Este es otro de los aspectos que hay que ver desde el derecho. En el caso colombiano hay una intención marcada de establecer la reparación por parte del Estado. En Guatemala no lo hay, ni tampoco se han generado

consensos ni voluntades por parte del Estado para reparar, ni siquiera, al menos en aspectos individuales. Sin embargo, en el caso colombiano tampoco se han logrado consensos claros a pesar de la voluntad, ya que existen factores como la mala planeación y mala ejecución que han hecho que las intenciones de reparación, no sean las que las comunidades esperan.

Ahora, hay que ver las experiencias desde las visiones de las comunidades. En el caso de los mayas existe un total disconformismo con la pésima voluntad y modos de intervención que ha tenido el Estado frente a sus experiencias, y más cuando se trata, de uno de los casos más emblemáticos e históricos que han sido enmarcados para tener en cuenta en las experiencias internacionales. En cambio, en el caso de los nasa ha existido mayores interpretaciones, ya que los acercamientos con el Estado para llegar a negociaciones se han dado en múltiples oportunidades, pero nunca se ha logrado concretar algo que satisfaga las necesidades concretas en cuanto a reparación de memoria histórica, ni mucho menos a lo que se refiere en colectiva.

En suma, ambos casos sufren de muchas disparidades, no existiendo semejanzas en ninguno de los métodos a comparar. La disconformidad de las comunidades prevalece aunque más marcada en el caso de los mayas, pues nunca ha habido un acuerdo claro que permita esclarecer los parámetros de justicia, verdad y reparación. El derecho funciona de manera formal para el caso colombiano, no obstante en la práctica no se ven los resultados. En el caso guatemalteco, ni el plano formal ni en la práctica funciona método alguno, ya que el ente que mayor se ha encargado del caso ha sido la CIDH, dejando de lado las responsabilidades estatales, pese a la presión internacional y los decretos que obligan al Estado a responder de manera óptima.

Bibliografía

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2ª. ed. en castellano), (trad. Carlos Bernal Pulido), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Althusser, Louis, “Ideología y aparatos ideológicos del Estado”, en *Ideología. Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Pueblos indígenas en Colombia*, 2009. Consultado en <<http://www.acnur.org/t3/pueblos-indigenas/pueblos-indigenas-en-colombia/>>

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

Cárdenas, Julián, *Memoria e identidad cultural: expresión y construcción de la ciudadanía intercultural en los pueblos misa, nasa e inga*, 2010. Consultado en <<http://200.87.119.77:8180/musef/bitstream/123456789/272/1/55-62.pdf>>

Cuervo, Jorge Iván, La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Pensamiento Jurídico*, 17 (2006).

Cerón, Adrián–Encuentro Andino, “*El sonido original de nuestra raza*”, en *Comunidad paez-nasa*. Consultado en <http://adriance-ron-encuentroandino.es.tl/COMUNIDAD-PAEZ-NASA-_-CAUCA-_COLOMBIA.htm>

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Área de Memoria Histórica, “El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual”, Línea de Investigación *Tierra y Conflicto*, Bogotá, 2009.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Área de Memoria Histórica, “*Memorias en tiempo de guerra, repertorio de iniciativas CNRR*”, Bogotá, Punto Aparte, 2009.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, *Lineamientos de política sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición para la población en situación de desplazamiento forzado*, 2010. Consultado en <<http://www.vertice.gov.co/Portals/0/Documentos/Lineamientos%20Pol%C3%ADtica%20-Verdad%20Justicia%20Reparacion.pdf>>

Colombia Nunca Más. Memoria de crímenes de lesa humanidad, *El derecho a la verdad, la justicia y a la reparación integral*, 2008. Consultado en <http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=313>

Centro de Cooperación al Indígena. “Claves para tener en cuenta en la reparación de los indígenas”. Observatorio Étnico, en *Revista*

Hechos del Callejón, núm. 13. (2014). Consultado en <<http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/descarga/clavespararepararindig.pdf>>

De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1970.

Foucault, Michel, *Hermenéutica del sujeto*, La Plata, Altamira, 1996.

Frankfort-Nachmias Chava; David, Nachmias, *Research Methods in the Social Sciences* (6th ed.), New York, Wadsworth, 2000.

Greenacre, Michael J., *Theory and applications of correspondence analysis*, London, Academic Press, 1984.

García Canclini, Néstor, *La cultura extraviada en sus definiciones*, en *Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Barcelona, Gedisa, 2004.

Gutiérrez, Griselda, *Afianzando cimientos, en plena construcción, en la constitución del sujeto de la política*, México, UNAM/Fontamara, 1999.

Grupo Pro Reparación Integral, “Dimensión política de la reparación colectiva. Reparación colectiva a comunidades, organizaciones y sectores perseguidos: la reparación política como garantía de no repetición”, en *Voces de memoria y dignidad. Cuaderno de reflexión sobre reparación integral*, 2008.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, 1998.

Halbwachs, Maurice, *Los marcos sociales de la memoria*, España, Anthropos, 2004.

Jelin, Elizabeth, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI de España, 2002.

Jelin, Elizabeth; Kaufman, Susana, *Subjetividad y figuras de la memoria*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.

Kupprat, Félix, *Memorar la cultura: modos de mantener y formar las identidades mayas modernas. Estudios de cultura maya* (Vol. 38), México, 2011.

Kymlika, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Ariel, 1995.

López Mesa, Marcelo J., “Elementos de la responsabilidad civil” (2ª. ed.), Lima-Perú, Editora Jurídica Grijley, 2003, en Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown and Company, 1992.

Mares, Carlos. F., “Los indios y los derechos invisibles”, en Gómez, Magdalena (coord.), en *Derecho indígena*, México, INI-AMNU, 1997, p. 156.

Mejía Quintana, Oscar, *Estatuto epistemológico de la cultura política*. Bogotá, Grupo de Investigación Cultura Política, Instituciones y Globalización de la Universidad Libre, 2008.

Ministerio del Interior. Equipo Nacional Plan de Salvaguarda, “Plan de salvaguarda de la nación nasa. Bakacxte pan as nasa nees yuwa”, Colombia, 2013. Consultado en <http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/p.s_nasa_version_preliminar.pdf>

North, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desarrollo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

PNUD. “La reparación integral a la que tienen derechos los pueblos indígenas”, en *Verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición*, Bogotá, PNUD, 2014, en <http://www.pnud.org.co/hechosdepaz/65/verdad_justicia_reparacion_y_garantias_de_no_repeticion.pdf>

Ragin, Charles, *The Comparative Method: Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies*, Berkeley/Los Angeles/London, University of California Press, 1987.

Ramos, Laura, “El derecho de los pueblos indígenas: entre la libre determinación de los pueblos y la unidad política de los Estados”, en *Papeles de Trabajo*, núm. 9 (2001), pp. 50-52.

Restrepo, Roberto, “Cosmovisión, pensamiento y cultura”, en *Revista Universidad Eafit*, (1998), p. 34.

Rawls, John, *La Teoría de la Justicia* (2ª ed.), México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Rivera Rodríguez, Ginna Marcela, *Reparación a pueblos indígenas. Debates, aprendizajes y perspectivas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Instituto de Estudios Políticos-IEPRI, 2011.

Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, “Formas de incorporación del tratamiento diferencial a víctimas de pueblos indígenas en procesos de justicia transicional en Latinoamérica”, en *Memoria Analítica*, Mesa 16, 2010.

Sormani, Horacio, *Formación social y formación espacial: hacia una dialéctica de los asentamientos humanos*, Argentina, Universidad Nacional Nordeste, 2013.

Uprimny, Rodrigo, *Reparaciones en Colombia: análisis y propuestas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Unidad instalará procesos de consulta previa con indígenas nasa, kitek y kiwe en Timbío, Cauca, 2014. Consultado en <<http://www.unidadvictimas.gov.co/index.php/79-noticias/2717-unidad-instalara-procesos-de-consulta-previa-con-indigenas-nasa-kitek-kiwe-en-timbio-cauca>>

Vargas Garduño, María de Lourdes; Pérez y Zavala, Carlos, “La memoria colectiva en las comunidades indígenas: una estrategia para la construcción de identidad”, *Veredas*, Número Extraordinario, (2009). Consultado en <http://148.206.107.15/biblioteca_digital/articulos/12-398-5926czg.pdf>

Vallejo Franco, Beatriz Eugenia, “La reparación colectiva en Colombia: un desafío que apenas comienza”, en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, núm. 30 (2016). Consultado en <En http://zero.uexternado.edu.co/z3r0-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2012/08/10-Beatriz-Vallejo_-La-reparacion-colectiva-en-Colombia.pdf>

Villoro, Luis, “Multiculturalismo y derecho”, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos y UAM, 2002.

Zeruvabel, Eviatar, *Time Maps. Collective Memory and the Social Shape of the Past*, The University of Chicago Press, United States of America, 2003.

La acción pública de inconstitucionalidad y la vigencia de los derechos colectivos fundamentales*

*Adrian Alexander Zeballosf Cuathin***

* Este trabajo se desarrolla en el marco del proyecto de investigación “Historia reciente de la legislación colombiana”, convocatoria Julio César García Valencia. Para el fomento de la investigación con pertinencia social de la Universidad La Gran Colombia. El proyecto se desarrolla siguiendo los lineamientos del Grupo de Investigación “Derecho Constitucional, Reforma a la Administración de Justicia y Bloque de Constitucionalidad” de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia.

** Psicólogo y abogado, magíster en Derecho. Candidato del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, docente de la misma Universidad y docente de posgrado en la especialización en Contratación Estatal y maestría en Derecho Administrativo de la Facultad de Posgrados de la Universidad La Gran Colombia. Docente investigador, asesor, consultor y conferencista en Derecho Público, especialmente en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en Bogotá, Colombia. Correos electrónicos: aazeballosfc@unal.edu.co, adrian.zeballosf@ugc.edu.co, alex.zc@hotmail.es

Introducción

Los derechos de las colectividades indígenas en el constitucionalismo colombiano temprano no tuvieron el reconocimiento y mucho menos la protección constitucional que estas colectividades requerían. No fue sino hasta la Constitución de 1991 que, previa lucha social y política –y con previa representación en la Asamblea Nacional Constituyente– se logra el reconocimiento constitucional de los derechos étnicos. Varios son los enunciados jurídicos constitucionales que rescatan a esas minorías del olvido y les otorga un estatus jurídico especial (arts. 7, 8, 10, 68, 72, 246, 330, entre otros). A partir de estos y otros enunciados normativos que se encuentran en el bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha llegado a concluir que las colectividades indígenas son verdaderos sujetos de derechos y no simplemente un agregado de realidades fácticas o políticas. El sujeto indígena (colectivo) es, en este sentido, un sujeto de derechos fundamentales. Y por esa razón, las colectividades indígenas necesitan de una protección especial a través de los mecanismos que la propia Constitución ha establecido.

Al ser las colectividades indígenas sujetos de derechos fundamentales, el reconocimiento de dichos derechos no se adjudica en función de los miembros desde una categoría individual, sino como una colectividad consustancial; por tanto, no deben confundirse los derechos fundamentales de la colectividad con los derechos fundamentales de los miembros de esa colectividad individualmente considerados. Tampoco deben confundirse los derechos colectivos de los cuales son titulares todos los nacionales (Ley 472 de 1998), con los derechos colectivos de las colectividades diferenciadas, pues estos, además de las acciones populares reglamentadas en la citada ley, también pueden ser objeto de protección a través de otras acciones constitucionales como la tutela y la Acción Pública de Inconstitucionalidad. En efecto, cuando las amenazas y las vulneraciones a los

derechos fundamentales provienen de los poderes públicos y de otras entidades y organismos autónomos del Estado, el mecanismo de protección al cual se recurre es a la acción de tutela, pero cuando la amenaza o la vulneración proviene especialmente de la actividad del poder legislativo, además de la tutela también puede activarse la Acción Pública de Inconstitucionalidad. Esto es así porque, el Congreso de la República, en el ejercicio de la función de crear la ley, puede programar inmediatamente una afectación a los derechos colectivos fundamentales étnicos.

Ahora bien, del conjunto de los mecanismos constitucionales de protección de los derechos, ¿es la Acción Pública de Inconstitucionalidad un instrumento idóneo para lograr la vigencia de los derechos colectivos fundamentales de las colectividades indígenas en Colombia? La Corte Constitucional colombiana, conociendo de la Acción Pública de Inconstitucionalidad ha procedido a declarar la inexecutable de un sinnúmero de normas por ser contrarias a los mandatos constitucionales y violentar directamente los derechos colectivos fundamentales. En otras oportunidades, cuando para la Corte la norma pasa el examen de constitucionalidad, ha procedido a aclarar el alcance de dichas normas y a introducir condicionamientos a estas, con el objeto de lograr una interpretación conforme y garantizar el respeto de los derechos.

En ese contexto, el propósito de este trabajo es mostrar cómo la Acción Pública de Inconstitucionalidad ha sido un instrumento idóneo para lograr la vigencia de los derechos colectivos en Colombia, sobre todo el de los derechos colectivos fundamentales de las colectividades indígenas. Para llevar a cabo tal demostración, el presente trabajo se estructura en dos apartados, de la siguiente manera:

En el primer apartado se estudiará la génesis y materia de la Acción Pública de Inconstitucionalidad, teniendo presente el siguiente contenido: i) el control de constitucionalidad como garantía de la vigencia constitucional, ii) la discusión sobre el origen de la Acción Pública de Inconstitucionalidad y iii) la fisonomía y el alcance de la Acción Pública en el constitucionalismo colombiano contemporáneo.

En el segundo apartado se estudiará la Acción Pública de Inconstitucionalidad en perspectiva de los derechos colectivos fundamentales,

desarrollando para ello los siguientes contenidos: i) el fundamento de los derechos colectivos fundamentales, ii) el concepto de derechos colectivos y derechos colectivos fundamentales y, iii) la justiciabilidad de los derechos colectivos fundamentales.

1. Génesis y materia de la Acción Pública de Inconstitucionalidad

No se podría hablar de la Acción Pública de Inconstitucionalidad (en adelante API), sin antes hacer referencia al control de constitucionalidad. El control de constitucionalidad es un concepto genérico, mientras que la API representa la especificidad dentro de esa categoría. La finalidad: asegurar la vigencia de la Constitución y la eficacia de los derechos.

1.1 El control de constitucionalidad como garantía de la vigencia constitucional

En el contexto del reclamo de derechos nace la Constitución, en principio como una ideología que pregonaba la necesidad de establecer límites para el ejercicio de un poder absoluto; posteriormente como una herramienta para hacer efectivos los derechos, sobre todo los derechos humanos y fundamentales.

Partiendo de lo anterior, la Constitución se consolida en la historia como una manifestación político-normativa, tendiente a organizar racional y razonablemente la sociedad y el Estado. Lo que da origen a la Constitución es el pueblo como poder constituyente originario, y lo que le otorga una posición privilegiada es su supremacía. La Constitución es, en ese sentido, la norma de normas, la fuente de fuentes, la ley fundamental, entre otras acepciones y clasificaciones¹. Enrique García dice al respecto:

Pero la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el

¹ Ver en este sentido a García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1996, pp. 33-53.

sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido es la primera de las “normas de producción”, la *norma normarum*, la fuente de fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia [...], lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.²

Esa norma puede verse amenazada, atacada y vulnerada, episodios que abren la posibilidad para activar su protección. ¿Pero cómo y de qué forma debe ser protegida? Para dar respuesta a esta pregunta es necesario escudriñar la historia y de esa manera trasladarnos a la Inglaterra del siglo XVII para identificar los antecedentes más remotos. En el caso *Bonham* (1610), el juez Edward Coke advierte que ninguna ley del Parlamento puede ser contraria a los mandatos del derecho natural, expresión misma de la *lex eterna*. De esa manera el juez Coke estableció que la *statutory law* debía someterse al *common law*; en otras palabras, la actividad del Parlamento debía regirse por el derecho natural inglés para obtener de ese derecho su validez.

En los albores del siglo XIX revive la doctrina olvidada del Juez Coke, pero esta vez en Estados Unidos con el famoso caso *Marbury vs. Madison de 1803*. En aquel fallo se estableció, de forma magistral por el juez Marshal, lo siguiente: i) la independencia del poder judicial frente a los otros poderes, ii) la supremacía de la Constitución, iii) la defensa de la Constitución a cargo del Tribunal Constitucional y, iv) el Tribunal Constitucional es el único que tiene la facultad para pronunciarse con autoridad sobre la Constitución. A partir de este momento la doctrina del control de constitucionalidad se irradia a todos los sistemas constitucionales.

En Colombia, el control de constitucionalidad ha seguido la tradición americana –y no la europea, como se explicará más adelante– al confiar

² García, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 55-56.

la guarda de la Constitución en un Tribunal Constitucional superior y en otros jueces, en lo que se conoce como el control concentrado y difuso de constitucionalidad (control mixto). Así, en la Constitución de 1991 el control de constitucionalidad abstracto y concentrado es potestad de la Corte Constitucional, pues a ella “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”³; y el ejercicio del control difuso se radica en todos los jueces de la República.

En Europa, el control de constitucionalidad debe su desarrollo a la Constitución austriaca de 1920 en la que Hans Kelsen tuvo gran protagonismo. Este autor, desde sus comienzos había abogado por una teoría del ordenamiento jurídico, en el que las normas se diferencian unas de otras por su jerarquía. Kelsen aboga de esa manera por la existencia de relaciones de sujeción entre las normas del ordenamiento jurídico. El criterio determinante de esa interdependencia es la validez, lo que quiere decir que una norma será válida si y solo si está conforme con la norma superior:

Dado que, ante el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. [...]. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas.⁴

Teniendo en cuenta ese carácter auto-dinámico del derecho, toda norma que se encuentre fuera de los mandatos superiores de la Constitución no es válida, y, por lo tanto, deberá expulsarse del ordenamiento jurídico. La autoridad que debe dictaminarlo es un Tribunal Constitucional. Pero este control tiene un defecto que bien puede limitar su alcance: el carácter restringido de la legitimación para solicitar el control. Como bien lo dice Rodríguez, “desde que Kelsen desestimara [...] la amplitud o apertura a los legitimados para actuar por considerarla inconveniente,

³ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 241.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1997, p. 232.

prácticamente toda la doctrina europea se ha unido a esta opción sin la más mínima resistencia”⁵.

Como se señaló líneas atrás, mucho antes de que en Europa se adoptara este mecanismo en América del Sur ya tenía plena vigencia⁶. Y todavía más, en los inicios del siglo XIX el constitucionalismo colombiano revolucionó el derecho en el ámbito del control de constitucionalidad, ya que la legitimación para activar el control deja de ser oficiosa y en algunos casos exclusiva del Gobierno para abrirse a la ciudadanía. Esta apertura democrática del control de constitucionalidad se expandirá a otros sistemas y se fortalecerá aún más en el terreno local con el Acto Legislativo 03 de 1910 y con la Constitución de 1991.

1.2 La discusión sobre el origen de la Acción Pública de Inconstitucionalidad

En este apartado se defenderá la idea de que la API, como acción ciudadana, ya se encontraba vigente desde las constituciones provinciales colombianas, y no desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX como lo afirman algunos autores y hasta la misma Corte Constitucional.

Los antecedentes de la API⁷ se pueden rastrear constitucionalmente desde la primera Carta provincial de Cundinamarca del 4 de abril de 1811. Esta Constitución disponía de un mecanismo para su protección frente a las amenazas de cualquier poder o persona:

Habrá un Senado de Censura y Protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del Pueblo

⁵ Rodríguez, María, “Acción Pública de Inconstitucionalidad en su centenario y los orígenes del control abstracto y concentrado de constitucionalidad”, en *Imperialismo constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Extensión y Educación Continua, 2012, pp. 17-40.

⁶ Kelsen, por tanto, no fue el precursor del control concentrado de constitucionalidad, a él se le debe sí, claro está, su magistral teorización.

⁷ Para Miguel Malagón el origen de la Acción Pública de Inconstitucionalidad puede remontarse al derecho colonial. Malagón, Miguel, “La acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario”, en *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 2007, pp. 207-231.

a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquier infracción, o usurpación de todos; o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución⁸.

De esta disposición constitucional podemos inferir lo siguiente: i) la consagración de una jerarquía constitucional frente a las leyes y los actos de los poderes, ii) el establecimiento del control de constitucionalidad como mecanismo para defender la Constitución, iii) el carácter oficioso y público de control de constitucionalidad, iv) la ausencia de un control estrictamente jurisdiccional y v) el carácter político-jurídico de la decisión, pues la autoridad facultada para decidir era un cuerpo político con funciones jurisdiccionales (Senado).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que la API, independientemente del factor territorial o de la autoridad encargada de decidir sobre los reclamos frente a la vulneración de la Constitución, ya estaba plenamente establecida en la Constitución cundinamarquesa de 1811⁹. El profesor Francisco Acuña, en la presentación del texto *Imperialismo constitucional*, argumenta lo siguiente en relación con la Constitución de 1811: “Esta norma contemplaba una forma, si se quiere abstracta, de protección de la Constitución, en el sentido que no se refería de manera explícita al contenido normativo de las infracciones o usurpaciones de que podían ser objeto uno cualquiera de los tres poderes y no se encuentra institución del poder judicial ante quien acudir para exigir su protección”¹⁰. Es decir, para Acuña, en la Constitución de Cundinamarca existe un control abstracto de protección, más no reconoce en estricto sentido la existencia de un control de constitucionalidad por dos razones: i) la norma “no se refería de manera explícita al contenido normativo de las infracciones” y, ii) “no se encuentra institución del poder judicial ante quien acudir para exigir su protección”.

⁸ Constitución de Cundinamarca de 1811, artículo 9.

⁹ Esta afirmación requiere de una explicación: el punto de análisis de este trabajo está inmerso en el carácter público de la acción, no en la facultad para decidir (Tribunal Constitucional o cuerpo político).

¹⁰ Acuña, Francisco, *Imperialismo constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Extensión y Educación Continua, 2012, pp. 11-12.

Frente al primer argumento basta decir que si hay un contenido normativo que puede acusarse ante el Senado (normas). Y respecto al segundo argumento, no le quita el carácter de acción pública que quien decida no sea un juez constitucional sino un cuerpo político (el cual tenía funciones jurisdiccionales).

Coincide con el profesor Acuña la profesora María Luisa Rodríguez, cuando señala que el constitucionalismo temprano (Constitución de 1811, 1812, 1858, 1863) no establece un control de constitucionalidad en sentido estricto, porque

[...] si bien es cierto que la acción pública estuvo presente en dichas constituciones, su forma de actuación que consistía básicamente en poner en conocimiento del Congreso la incongruencia de la Ley con la Constitución, para que mediante sus facultades de reforma o derogación el órgano en mención corrigiese la ley, no es de ninguna manera un control de constitucionalidad en sentido estricto, por cuanto carece de su elemento fundamental, la revisión judicial¹¹.

La ilustre profesora Rodríguez plantea, confirmando nuestra tesis, que ya en las primeras etapas del constitucionalismo colombiano existe la API; solo que le resta importancia a este hecho porque el control de constitucionalidad carece, dice ella, de revisión judicial.

Es cierto que la Constitución de 1811 de Cundinamarca encarga su integridad y vigencia al Senado, cuerpo que en principio tiene naturaleza política. Para algunos estudiosos del derecho existe escepticismo frente a considerar la Constitución de 1811 de Cundinamarca como un antecedente del control de constitucionalidad por carecer del elemento jurisdiccional; sin embargo, lo que no tienen en cuenta es que la misma Constitución en el título VII-Del poder Judicial-, artículo 1, reza: el ejercicio “de este poder, como parte de la Representación Nacional, corresponde a los Tribunales superiores de la provincia”, siendo el Senado el principal de esos tribunales, según se alcanza a identificar en el artículo 3. En seguida, el artículo 4 consagra que “el objetivo primitivo de este Senado es velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano”.

¹¹ Rodríguez, María, ob. cit., pp. 32-33.

Según las anteriores disposiciones, el Senado no solamente es un cuerpo político de representación nacional, sino que al mismo tiempo es un poder jurisdiccional encargado de vigilar su cumplimiento y velar por los derechos de los ciudadanos. Tal dual naturaleza deja sin piso las críticas anteriormente anotadas.

Por su parte, la Constitución de Cundinamarca de 1812, permitía a cualquier ciudadano dirigirse ante el Senado Conservador para presentar quejas cuando alguno de los tres poderes, o alguno de sus miembros, con sus actuaciones incidiera negativamente frente a la Constitución. En el artículo 4, referente a la sección Forma de Gobierno, se establece que habrá también “un Senado de censura y protección para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que, de oficio, o requerido por algún ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o de alguno de los poderes que sea contra el tenor de esta Constitución”.

En esta disposición, que no es diferente a la consagrada en la Constitución de Cundinamarca de 1811, se reitera la necesidad de proteger la Constitución de los ataques que pueden provenir de los particulares o de los poderes del Estado, así como garantizar los derechos de los administrados.

La Constitución Política de la Nueva Granada (1853) establece que la Corte Suprema de la Nación deberá decidir “sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República”¹². En la misma década, la Constitución Política para la Confederación Granadina (1858) señala que a la Corte Suprema le corresponde “suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.

En ese mismo sentido, en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 también se establecía un reproche público a los Actos Legislativos de las Asambleas de los Estados. “Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador Judicial o de cualquier ciudadano, la ejecución de los Actos Legislativos de

¹² Constitución Política de la Nueva Granada de 1853, artículo 42, numeral 6.

las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”¹³ (artículo 72).

Nótese que el control de constitucionalidad, tanto en la Constitución de 1858 y 1863 sufre un retroceso respecto a la Constitución anterior (1853), la cual adjudicaba el ejercicio del control a un cuerpo estrictamente jurisdiccional, mientras que el control de constitucionalidad que planteaban ellas, sigue siendo facultad de un cuerpo de naturaleza político (Senado).

En sintonía con la Constitución de 1853, el artículo 90 de la Constitución de 1886 le encarga a la Corte Suprema de Justicia decidir en su sala plena sobre las objeciones que realizara el presidente de la República a los proyectos de ley aprobados por el Congreso. “En este caso, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad”. En la línea de esta disposición, el artículo 151 establece como funciones de la Corte Suprema:

4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales;
5. Decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno o denunciadas ante los tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles.

Años más tarde, el Acto Legislativo 03 de 1910, reformativo de la Constitución de 1886, consagra como función principal de la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, y en desarrollo de tal mandato debe decidir “sobre la exequibilidad de los actos legislativos que han sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación” (art. 41).

La reforma constitucional de 1910 es de suma importancia para el constitucionalismo colombiano, ya que establece la posibilidad de que un tribunal

¹³ Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, artículo 72.

constitucional, de oficio o por solicitud ciudadana, expulse del ordenamiento jurídico un acto legislativo, una ley o un decreto del gobierno por ser contrarios a la Constitución. A partir de este momento se establece para el constitucionalismo una verdadera acción pública en defensa de la Constitución.

Posteriormente, en el Acto Legislativo 01 de 1945¹⁴, artículo 53, modificatorio del artículo 147 de la Constitución, se establece:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

Y en armonía con esta disposición, el artículo 54 del Acto Legislativo (reformativo del artículo 148) reitera la supremacía constitucional en los siguientes términos: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

Veintitrés años más tarde, el Acto Legislativo 01 de 1968 conserva el control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema de Justicia¹⁵, y residualmente en la jurisdicción contencioso-administrativa.¹⁶ El artículo 71, modificatorio del artículo 214 de la Constitución, señala:

¹⁴ De forma residual, el mencionado Acto Legislativo otorga facultades de control de constitucionalidad a la jurisdicción contencioso-administrativa. “Corresponde a la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución”.

¹⁵ En 1968, con el Acto Legislativo 01 se crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (cuatro magistrados), Sala que tenía escasas competencias y su función se limitaba a presentar proyectos de sentencia de constitucionalidad a la Sala Plena para su eventual decisión.

¹⁶ El artículo 72 (reformativo del artículo 216 de la Constitución) mantiene el control de constitucionalidad residual en cabeza de la jurisdicción contencioso-administrativa:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá las siguientes:

1. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecuibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 123, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.¹⁷

En esta reforma se pueden apreciar varios elementos que son de suma importancia para el análisis del control de constitucionalidad: i) el control concentrado en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, ii) el control residual adjudicado al Consejo de Estado, iii) el control de constitucionalidad concentrado versa sobre los proyectos de ley, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, que hayan sido objetados por el Gobierno Nacional, iv) el objeto de control son todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno y, v) la legitimación popular para activar dicho control, que se deposita en los ciudadanos.

Por su parte, para la Corte Constitucional colombiana, el origen de la API se ubica en otra temporalidad. Así lo indica en Sentencia C-093 de 1993:

Uno de los grandes aportes del derecho colombiano a la ciencia universal del derecho ha sido el hecho de haber consagrado por primera vez la acción pública de inconstitucionalidad, esto es, el control de constitu-

“Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución”.

¹⁷ Acto Legislativo 01 de 1968.

cionalidad de las leyes mediante acción pública. Ello se consagró en la Ley 2 de 1904, artículo 2, para los decretos leyes, y en el Acto Legislativo 03 de 1910 para las leyes –formales y materiales–. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968 conservaron la acción pública de inconstitucionalidad.

Según el pronunciamiento de la Corte, la API se crea en dos momentos: i) legislativamente en la Ley 2 de 1904¹⁸, en la que en su artículo 2 consagra que la Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano, y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente sobre la validez o nulidad de los Decretos Legislativos y, ii) cuando por mandato del Acto Legislativo 03 de 1910, las leyes –formales y materiales– deberán ser controladas por la Corte Suprema de Justicia.

Con apego a la jurisprudencia constitucional, la profesora María Luisa Rodríguez señala, después de plantear y justificar la duda sobre el origen del control concentrado¹⁹ adjudicado al desarrollo teórico europeo, que el control de constitucionalidad público tiene su origen en el constitucionalismo venezolano y colombiano:

Fueron Venezuela, y luego Colombia, los que pusieron en marcha el inédito control, pero una profundización en las fuentes primarias historiográficas nos permite afirmar que los juristas colombianos le dieron razones y verdaderos dientes a la institución que luego, con algunos cambios básicamente con la creación de los Tribunales Constitucionales y la exclusión del impulso ciudadano, se irradiaría por toda Europa en el periodo de la posguerra con el título de “sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad”²⁰.

¹⁸ EL artículo 2 de la Ley 2 de 1904 dispone lo siguiente: “La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano, y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente, en Sala de Acuerdo, sobre la validez o nulidad de los Decretos Legislativos”.

¹⁹ Para no caer en imprecisiones, debe necesariamente distinguirse el control concentrado de constitucionalidad, control que requiere de un tribunal constitucional para su decisión, de la Acción Pública de Inconstitucionalidad, que es el mecanismo para activar dicho control y que tiene que ver con la legitimidad ciudadana; pues como ya se dijo anteriormente, el origen del control de constitucionalidad se encuentra en Estados Unidos: a nivel federal (concentrado) con el fallo *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en 1803; y a nivel territorial (control difuso) en las decisiones de los jueces de los Estados federados aun antes de esa fecha.

²⁰ Rodríguez, María, ob. cit., p. 20.

Sobre este punto hay que manifestar un desacuerdo con Rodríguez, pues no es el constitucionalismo venezolano sino el colombiano el que establece por primera vez la Acción Pública de Inconstitucionalidad, pues como se precisó líneas atrás, su origen se remonta a la Constitución de 1811, no al Acto Legislativo 03 de 1910, como lo afirman Rodríguez y en parte la Corte Constitucional. Sin embargo, debe reconocerse que con el Acto Legislativo 03 de 1910 se produce un cambio estructural positivo en el ámbito del control de constitucionalidad de activación pública: i) un carácter jurisdiccional, cuya facultad decisoria ya no está depositada en un cuerpo político sino en la Corte Suprema de Justicia, ii) el establecimiento de las formas jurídicas a ser controladas (actos legislativos, leyes, decretos) y, iii) la legitimación dual para activar el control: el Gobierno cuando objeta los Actos Legislativos y los ciudadanos²¹, cuando acusan la inconstitucionalidad de las leyes y decretos.

En resumen, la API que se origina en 1811 llega a 1910 con cambios importantes, y seguirá cambiando, tanto en su impulso –que podría abrirse a todas las personas y no solamente a ciudadanos²²–, como en su objeto y fin.

1.3 La fisonomía y el alcance de la Acción Pública de Inconstitucionalidad en el constitucionalismo colombiano contemporáneo

Después de una resumida presentación del debate sobre el origen de la API, donde se defendió la idea de que el origen se encuentra en la Constitución de 1811, continuamos con una breve presentación del estado actual de la API en Colombia.

²¹ Nótese que la participación ciudadana como una Acción Pública ya se había establecido desde la Constitución de 1811, y en el Acto Legislativo 03 de 1910 se mantiene, lo que cambia es la autoridad que tienen el poder de veto, que en este caso es el poder judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

²² Dicha restricción de la Acción Pública, legitimando de forma reducida a los ciudadanos permite afirmar, en la expresión de Danilo Rojas Betancourth, “el carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad”. Rojas Betancourth, Danilo, “El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 28, 2010, pp. 105-118.

El concepto que se identifica como el más adecuado y completo para definir la API, es el que propone el profesor Gregorio Mesa, miembro del Grupo de Investigaciones en Derechos Colectivos y Ambientales (GIDCA):

La acción de inconstitucionalidad puede definirse, en una aproximación, como aquel mecanismo o instrumento constitucional procesal por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos, cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos, pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica es o no conforme con la Constitución o norma superior en la jerarquía normativa de un Estado, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental y con las debidas garantías, a una sentencia en que dicho órgano de constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales si la norma impugnada es o no compatible con la norma o Carta Fundamental. Y, en la hipótesis de que no lo fuera, declarar la inconstitucionalidad y consiguiente exclusión del ordenamiento jurídico, si bien existe la posibilidad de que el órgano encargado del control constitucional dicte alguna de las sentencias intermedias [...] ²³.

Se pueden inferir del concepto dado por Mesa varias características de la API: i) es un instrumento constitucional procesal para la defensa en abstracto de la Constitución y en específico de los derechos, ii) la legitimación la tiene la ciudadanía, iii) el encargado de resolver la solicitud ciudadana es un órgano constitucional, iv) el órgano constitucional de decisión se pronuncia en abstracto y con efectos *erga omnes* y, v) la consecuencia frente a la declaración de inconstitucionalidad es la expulsión inmediata de la norma del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, haciendo una identificación y consecuente interpretación sistemática de algunas disposiciones de la Constitución de 1991, se puede lograr una comprensión completa de lo que representa el control de constitucionalidad de carácter público ²⁴. El artículo 4 consagra la supre-

²³ Mesa, Gregorio, "Derechos colectivos y ambientales y acción pública de inconstitucionalidad", en *Imperialismo constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Extensión y Educación Continua, 2012, p. 60.

²⁴ Por ejemplo, para diferenciarlo: i) del control oficioso y automático que hace la Corte Constitucional para los Decretos Legislativos expedidos en virtud de los estados de

macía constitucional diciendo que la “Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Por su parte, el artículo 40 establece la legitimación ciudadana para interponer acciones en defensa de la Constitución, en tal sentido, todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público. Para hacer efectivo este derecho puede “[...] 6) Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. Siguiendo ese tenor, el artículo 242, numeral 1, precisa que todo “ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública”. Y, finalmente, el artículo 241 establece la competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, así como el objeto (norma) a ser controlado. El mandato general de este artículo señala que a la “Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...]”.

En virtud de tal mandato, en lo que tiene que ver con la API, debe:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 150 numeral 10²⁵, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

excepción, ii) del control previo según los numerales 2 y 3 del artículo 241 y iii) del control vía objeciones presidenciales, según numeral 8 del artículo 241.

²⁵ “Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara”.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 341²⁶ de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
5. La convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente²⁷. La acción pública contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 2.

Otra fuente que debe ser citada e interpretada en armonía con las anteriores es el Decreto 2067 de 1991²⁸. Este decreto reitera la legitimación ciudadana en la API, así como los requisitos de la demanda, su procedimiento y trámite, decisión, efectos, entre otras cuestiones. En cuanto a los requisitos de la demanda, la mencionada norma exige que deberá presentarse por escrito, en duplicado y con el siguiente contenido:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas.
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas.
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados.
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

²⁶ “Si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley”.

²⁷ “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.
La acción pública contra estos actos solo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2”.

²⁸ Régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional.

Con el lleno de esos requisitos de forma y contenido, la Corte Constitucional después de agotar el procedimiento y trámite previsto en las anteriores disposiciones y en su reglamento²⁹ procederá a decidir de fondo sobre el reclamo de inconstitucionalidad que el ciudadano ha presentado. La decisión se adopta en “nombre del pueblo y por mandato de la Constitución” y “tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y serán de obligatorio cumplimiento” (artículos 20 y 21). Por regla general, los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional son *erga omnes*.

2. La Acción Pública de Inconstitucionalidad y los derechos colectivos fundamentales

La actividad de la ciudadanía en la defensa de los derechos colectivos ha sido bastante ardua, sobre todo porque la emanación de la voluntad del poder legislativo –ley– y su ejecución ha representado una amenaza, y en muchas oportunidades una vulneración de los derechos constitucionales fundamentales.

En seguida i) se abordarán ciertas corrientes teóricas de la justicia con la pretensión de comprender los fundamentos epistemológicos de los derechos colectivos fundamentales, ii) se realizará una aproximación al concepto de derechos colectivos fundamentales, y iii) describirá la manera como la API ha sido un mecanismo racionalizador en la protección de los mencionados derechos.

2.1 Fundamento y concepto de derechos colectivos fundamentales

La construcción del concepto de derechos colectivos puede tener contexto en el debate que se genera entre divergentes corrientes de pensamiento ligadas a la teoría de la justicia, como pueden ser el liberalismo, el comunitarismo, el multiculturalismo y el interculturalismo³⁰.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Acuerdo 05 de 1992.

³⁰ Ver al respecto a Zeballosf, Adrian, *La eficacia del derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en Colombia 1991-2011*. Trabajo de grado presentado para optar al título de magíster en Derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2014, pp. 9-33.

Desde el liberalismo se predica que el sujeto individual es el único sujeto de derechos; se niega en ese contexto la existencia de una categoría denominada derechos colectivos. El liberalismo en esa medida considera que el individuo es ajeno en su esencia y realización a cualquier construcción de formas colectivas (morales) de existencia. La esfera privada excluye pretensiones de intromisión de agentes externos en la vida personal del individuo autónomo, individuo que se guía por su juicio y por su razón.

Reaccionando frente a esas posiciones, por demás absolutas y radicales, el comunitarismo argumenta diciendo que lo que señala el liberalismo es simplemente un sofisma, ya que el individuo históricamente ha estado condicionado por el contexto en el que se desarrolla. Si el liberalismo tuviera absoluta razón, dice Camilo Enciso, la primacía de la esfera de vida privada llevaría a una nefasta consecuencia: “la constitución de un “ser” irresponsable política y moralmente con su comunidad, así como una tendencia a la ausencia de solidaridad entre los miembros de la comunidad”³¹. En efecto, el individuo no puede realizarse solamente desde los aspectos biológicos y racionales, sino que se circunscribe a elementos sociales indispensables que definen la identidad y la personalidad, elementos que se encuentran dentro del lenguaje, la historia y la cultura³².

En su momento, el multiculturalismo también reacciona frente a los postulados inflexibles del liberalismo. Este enfoque resalta el debate sobre la suerte de las minorías culturales en las sociedades contemporáneas. Las minorías culturales necesitan de un “reconocimiento” como una primera medida para garantizar su identidad y existencia cultural. Morales explica la importancia del reconocimiento de la siguiente manera:

La importancia del reconocimiento es hoy universalmente reconocida en una u otra forma. En un plano íntimo, todos estamos conscientes de cómo la identidad puede ser bien o mal formada en el curso de las relaciones con los otros significantes. En el plano social, contamos con

³¹ Enciso, Camilo, *La igualdad compleja de Michael Walzer y los fallos económicos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 35.

³² Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

una política ininterrumpida de reconocimiento igualitario. Ambos planos se forman a partir del creciente ideal de autenticidad, y el reconocimiento desempeña un papel esencial en la cultura que surgió en torno a este ideal.³³

En la misma línea, Taylor afirma que “el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido”³⁴. En este sentido, el reconocimiento no es solamente una forma de percatarse de la existencia del “otro”, sino que es una necesidad humana vital, por lo que necesita de mecanismos para hacerlo exigible y justiciable. Y tratándose de grupos diversos, el reconocimiento no puede apelar a una igualdad universal, hecho que anularía los principios de pluralismo y diversidad, por esa razón necesitan de un reconocimiento dentro del marco de la diferencia. Estos grupos, dice Kymlicka, “exigen el reconocimiento de su identidad y la acomodación de sus diferencias culturales, algo que a menudo se denomina el reto del multiculturalismo”³⁵.

Finalmente, el interculturalismo “destaca la pluralidad de culturas existentes y la libertad de cada individuo de elegir la cultura en la que quiere desarrollarse. Este es un principio vigente en las democracias contemporáneas, el cual permite, con autonomía, forjar la identidad en la pertenencia a uno o más sistemas culturales”³⁶. A partir de esta afirmación se niega el postulado del multiculturalismo en relación con que la identidad se forja en una sola cultura, en cambio se reafirma la idea de que el diálogo intercultural puede contribuir a deconstruir realidades e identidades. Ese encuentro cultural, dinamizado en un diálogo horizontal, es la garantía del respeto y vigencia de los derechos de las colectividades diversas. Según Santos, el capitalismo y el colonialismo han desconocido históricamente la existencia de dicha situación cultural, por ello estas colectividades reclaman “nuevos procesos de producción y de valoración

³³ Morales, Francisco, *Reconocimiento e identidad: Un dilema entre el sí mismo y lo otro*, Bogotá, Guadalupe, 2010, p. 52.

³⁴ Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 44.

³⁵ Kymlicka, Will, *La ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 25.

³⁶ Zeballosf, Adrian, ob. cit., p. 21.

de conocimientos científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento”³⁷.

2.2 El concepto de derechos colectivos y derechos colectivos fundamentales

Hasta aquí se ha presentado una breve aproximación a la fundamentación de los derechos colectivos, pero ¿qué son los derechos colectivos?, ¿qué debe entenderse por derechos colectivos fundamentales?, ¿Cuáles son esos derechos? En seguida se tratará de dar respuesta a estos interrogantes.

En primer lugar, hay que recordar que el liberalismo es reticente a reconocer derechos distintos a los adjudicados individualmente, y por lo tanto niega que exista una entidad anterior y superior al individuo que sea titular de derechos. En cambio, para las teorías colectivistas los derechos colectivos son, en un estricto sentido, derechos “tras individuales” e “indivisibles”, que trascienden la órbita de la simple individualidad para ubicarse en la “indeterminación”³⁸. Un derecho colectivo no es la sumatoria o superposición de derechos individuales; un derecho como aquel trasciende la singularidad para buscar un lugar en una subjetividad tras individual. Bajo esa connotación, los derechos colectivos se presentan como entidades autónomas respecto a los sujetos, independientes de lo individual y autosuficientes en cuanto a su contenido y alcance. En esta línea, un derecho colectivo lo es, dice López citando a Raz, cuando se presentan las siguientes condiciones:

Primera, existe porque un aspecto del interés de los seres humanos justifica que alguna(s) persona(s) esté(n) sujeta(s) a un deber. Segunda, los intereses en cuestión son los intereses de individuos como miembros de un grupo en relación con un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve sus intereses como miembros

³⁷ De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*; Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 45.

³⁸ Zanetti, Hermes, *Derechos difusos Lato Sensu*, VV.AA.: *la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, p. 104.

de un grupo. Y tercera, ningún interés de un solo miembro de ese grupo respecto a ese bien público es suficiente por sí mismo para justificar que a otra persona tenga que someterse a un deber.³⁹

No obstante, no deben confundirse los derechos colectivos de los que son titulares individuos que se encuentran en condiciones y posiciones similares en cuanto a su goce con los derechos colectivos de los que son titulares ciertas colectividades que por su misma naturaleza se ubican en una dimensión diferente. Y más aún, dentro de estas mismas colectividades pueden existir derechos colectivos que se gozan y protegen como los primeros (acciones populares) y otros que se gozan y protegen como fundamentales. No cabe la menor duda de que estos derechos colectivos trascienden el entendimiento simple de los derechos.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-380 de 1993, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz señaló:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

En otra oportunidad manifestó que las poblaciones y comunidades indígenas no son solamente un conglomerado de individuos cuyo reconocimiento constitucional legitima para exigir su protección, sino que deben considerarse como un ente colectivo susceptible de ser titular de derechos fundamentales:

“La Corte (ha) considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales;

³⁹ López, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los Derechos*, España, Ariel, 2004, p. 104.

es decir, que estos no solo se predicán de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que 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”⁴⁰.

Específicamente, haciendo referencia al derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional reitera que este derecho se proyecta en dos dimensiones: “una colectiva y otra individual. Se ampara, de un lado, a la comunidad indígena como sujeto de derecho y se protege, de otro lado, a los individuos pertenecientes a esa comunidad, pues sin esa protección –ha dicho la Corte– sería impensable la materialización de la protección del derecho colectivo en cabeza de la comunidad indígena en cuanto tal”⁴¹.

En suma, como lo afirma Natalia Uribe, la Corte Constitucional colombiana “ha ligado los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas con el catálogo de derechos fundamentales del país, de tal forma que ahora detentan un rango jerárquico más alto, y son susceptibles de protección mediante la acción de tutela”⁴². Con ese alcance, los derechos colectivos de las colectividades indígenas se diferencian de los derechos colectivos (en abstracto) tanto en su contenido como en los mecanismos de protección constitucional⁴³.

Con el influjo de esa conceptualización, ¿qué debe entenderse por derechos colectivos fundamentales? En este contexto los derechos colectivos fundamentales podrían definirse como aquellos derechos que le pertenecen a un *ente consustancial de derechos*, que están localizados fuera de la órbita de lo meramente individual para arraigarse en una *subjeti-*

⁴⁰ Sentencia SU-039 de 1999.

⁴¹ Sentencia T-236 de 2012.

⁴² Uribe, Natalia, “Derechos humanos colectivos y multiculturalismo: respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia”, en *Revista Precedente*, vol. 4, 2014, p. 17.

⁴³ Así, los derechos colectivos indígenas pueden ser susceptibles de protección a través de diversos mecanismos (tutela, API, acciones populares, etc.), dependiendo del alcance de la vulneración.

vidad colectiva connatural, aspecto que hace que dicha colectividad tenga sentido y funcionalidad en cuanto a su existencia. En consecuencia, no son derechos que se suman al tiempo que se suman individuos; son algo más, tienen una *esencia que se localiza en el espíritu de un ser que no es un ser particularmente considerado, sino un ser muchas veces intangible e incomprendible*, pero que por su misma naturaleza *requiere de una protección constitucional especial*.

Finalmente, dando respuesta a la pregunta: ¿Cuáles son esos derechos?, la Corte Constitucional colombiana, en una variada jurisprudencia ha desarrollado los derechos colectivos fundamentales de las colectividades indígenas. Entre estos derechos se pueden mencionar, por ejemplo: el territorio y propiedad colectiva⁴⁴; autonomía⁴⁵ (a configurar sus propias instituciones jurídicas⁴⁶, a administrar justicia en su territorio, a regirse por sus propias normas y procedimientos⁴⁷ y a acudir a la justicia como comunidad⁴⁸); ambiente sano⁴⁹; identidad étnica y cultural; integridad y

⁴⁴ Sentencias: T-652 de 1998; C-180 del 2005.

⁴⁵ “El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas. El derecho fundamental de petición es aquí un medio o presupuesto indispensable para la realización de aquellos derechos. Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-188 de 1993. “Los territorios indígenas son entidades territoriales, las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Sentencia T-601 de 2011.

⁴⁶ Sentencia T-1127 del 2001.

⁴⁷ Sentencias: T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 del 2001; T-782 del 2002; T-811 del 2004.

⁴⁸ Sentencias: T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU- 510 de 1998; T-652 de 1998.

⁴⁹ “El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de

subsistencia⁵⁰; preservación del hábitat natural de los pueblos indígenas⁵¹; participación y consulta previa⁵²; debido proceso⁵³; educación⁵⁴; alimentación y soberanía alimentaria⁵⁵; cosmovisión religiosa⁵⁶, etc.

los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental”. Sentencia T-851 del 2010. “Conforme a las normas de la Carta el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para todos los individuos de la especie humana y el Estado está obligado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación”. Sentencia C-671 del 2001.

⁵⁰ Sentencias: T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 del 2001; C-620 del 2003; SU-383 del 2003; C-401 del 2005.

⁵¹ Sentencias: T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 del 2001; T-1117 del 2002; C-620 del 2003; SU-383 del 2003; C-401 del 2005.

⁵² “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”. Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1993. Otras: C-418 del 2001; C-891 del 2002; C-620 del 2003 y SU-383 del 2003.

⁵³ Sentencia T-665 del 2011.

⁵⁴ “El derecho a una educación especial reconocido a las comunidades tradicionales es un derecho fundamental de doble vía. Lo es, por tratarse de un derecho connatural a todos los hombres entre los que se cuentan los indígenas, y también, por cuanto hace parte integral del derecho a la identidad cultural que, como se ha dicho, tiene dimensión *ius fundamental*”. Sentencia C-208 del 2007.

⁵⁵ “A pesar de que las fronteras no son siempre claras, los derechos reconocidos jurisprudencialmente relacionados con la subsistencia de esta población son los derechos fundamentales al mínimo vital, a la alimentación y al trabajo” Sentencia C-077 del 2017.

⁵⁶ Sentencias: T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998.

2.3 La justiciabilidad de los derechos colectivos fundamentales

Según el profesor Gregorio Mesa, la acción pública de inconstitucionalidad, tratándose de los derechos de las minorías étnicas, tiene dos pretensiones fundamentales: i) la defensa de la supremacía constitucional y ii) la eficacia de los derechos.

Así pues, [...] podemos identificar los dos pilares sobre los cuales se cimienta y se justifica la acción pública de inconstitucionalidad; por un lado, como mecanismo que garantiza la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y, por otro, como mecanismo de garantía de los derechos de los ciudadanos y freno a los abusos del poder, en general, y, en especial, podemos plantear la cuestión de cómo la acción pública de constitucionalidad también se ha convertido en el mecanismo mediante el cual las minorías pueden defender los derechos que la Constitución les reconoce⁵⁷.

Y tiene plena razón el profesor Gregorio Mesa, teniendo en cuenta que, como se presentará en seguida, la API ha sido un instrumento efectivo para lograr la eficacia de los derechos de las minorías étnicas.

A continuación se presentan de forma estructurada y cronológica algunos fallos de la Corte Constitucional colombiana, en los que resuelve las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad presentadas por diversos actores en defensa de los derechos colectivos fundamentales indígenas.

⁵⁷ Mesa, Gregorio, “Derechos colectivos y ambientales y acción pública de inconstitucionalidad”, en *Imperialismo constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Extensión y Educación Continua, 2012, pp. 59-90.

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-418/02	Inciso primero de Artículo 122 de la Ley 685 de 2001. (Código de Minas).	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación y consulta previa. 2. Integridad étnica, cultural y económica. 3. Subsistencia. 4. Territorio. 	“Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 122 de la Ley 685 de 2001, bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del artículo 330 de la Constitución y al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991”.
C-891/02	Demanda de inconstitucionalidad contra artículos varios de la Ley 685 de 2001. (Código de Minas).	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación y consulta previa. 2. Integridad étnica, cultural y económica. 3. Subsistencia. 4. Autonomía. 5. Debido proceso. 	Declarar exequibles las normas demandadas [...]. “El Gobierno debe explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, [...], con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Por tanto, solo bajo este condicionamiento la Corte encuentra constitucional el precepto acusado”.
C-208/07	Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Educación. 2. Identidad cultural. 	“Declarar EXEQUIBLE el Decreto-Ley 1278 de 2002, [...], siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena”.

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-030/08	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 (Ley General Forestal).	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación y consulta previa. 2. Integridad étnica, cultural y económica. 3. Subsistencia. 	“Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”.
C-461/08	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación y consulta previa. 2. Integridad étnica, cultural y económica. 3. - Subsistencia 	“Declarar EXEQUIBLE la Ley 1151 de 2007, en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa.
C-175/09	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural”.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Consulta previa. 	“Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1152 de 2007, “Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones.”
C-702/10	Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2009.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Consulta previa. 	“Declarar INEXEQUIBLE inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2009, “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”. (Circunscripción especial de minorías étnicas)”.

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-366/11	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001" (Código de Minas).	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación y consulta previa. 2. Integridad étnica, cultural y económica. 3. Subsistencia. 	<p>"Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas".</p> <p>Igualmente La Corte otorga efecto diferido a su sentencia de inexequibilidad, por un lapso de dos años.</p>
C-882/11	<p>Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 02 de 2009. "Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política".</p> <p>-Porte y consumo de sustancias estupefacientes-.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Identidad étnica y cultural. 2. Integridad cultural. 3. Subsistencia. 4. Autonomía y libre determinación. 5. Participación y consulta previa. 6. Administración de justicia. 7. Jurisdicción. 8. Fuero. 	<p>"Declarar EXEQUIBLE el Acto Legislativo 02 de 2009, únicamente frente al cargo examinado y de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia".</p> <p>El Acto Legislativo 02 de 2009 prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes –incluida la hoja de coca- y sustancias psicoactivas con el propósito exclusivo de atacar la drogadicción como un problema de salud pública. Por tanto, esta prohibición, desde el punto de vista teleológico y sistemático, no es aplicable a las comunidades indígenas, pues el uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en estas comunidades no está asociado a la drogadicción ni conlleva problemas de salud para sus miembros.</p>

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-317/12	<p>Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 05 de 2011, “Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones”.</p>	<ol style="list-style-type: none"> Participación y consulta previa. Autonomía 	<p>“Declarar EXEQUIBLE el Acto Legislativo 05 de 2011, por el cargo relativo a la falta de consulta previa con los grupos étnicos del país”.</p> <p>Sin embargo, el Acto Legislativo 05 de 2011 no es una medida legislativa que en sí misma conlleve una afectación directa, específica y particular de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, en atención a los razones fundamentales: i) el nivel de generalidad de las regulaciones que allí se consagran, que no constituyen un régimen constitucional integral del sistema de regalías; y – especialmente– ii) la remisión a una ley de desarrollo que habrá de precisar en detalle los distintos aspectos constitutivos del régimen nacional de regalías. Esta ley de desarrollo, en criterio de la Corte, necesaria y obligatoriamente tendrá que ser objeto de consulta previa.</p>
C-395/12	<p>Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (parcial), 35, 37, 41, 48, 59, 78, 79, 122 (parcial) y 131 de la Ley 685 de 2001 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993.</p>	<ol style="list-style-type: none"> Participación y consulta previa. Territorio. 	<p>“Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados [...]”.</p> <p>Sin embargo, aclara la Corte que: “En relación con el artículo 122, cabe señalar que en el inciso acusado, de manera expresa se establece la obligación de que toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades</p>

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-641/12	Demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1438 de 2011. "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones")	<ol style="list-style-type: none"> 1. Consulta previa. 2. Subsistencia 3. Identidad étnica, cultural y la integridad. 	<p>indígenas, mandato que claramente se inscribe dentro de las previsiones constitucionales sobre la consulta previa.</p> <p>"Declarar EXEQUIBLE la Ley 1438 de 2011, por el cargo analizado en esta sentencia".</p> <p>Acorde con lo consignado, la norma demandada no requería de la consulta previa de comunidades afrodescendientes, raizales, palenqueras, y/o población rom, dado su carácter general y abstracto, máxime cuando se expedirá una normatividad especial acerca de la participación y prestación de la salud a los diferentes grupos poblacionales.</p>
C-068/13	Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1530 de 2012. "Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías" y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley".	<ol style="list-style-type: none"> 1. Subsistencia y preservación de la integridad étnica y cultural de dichos pueblos. 2. Identidad e integridad cultural, a conservar sus usos, costumbres e instituciones propias. 3. A la tierra y al territorio, y a decidir 	<p>"Declarar EXEQUIBLE la Ley 1530 de 2012, por el cargo relativo a la falta de consulta previa con las comunidades indígenas".</p> <p>"Sin embargo, si no se llega a un acuerdo o el mismo se frustra por la decisión autónoma de dichos pueblos, no existe razón para frenar el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre con las regalías, y en las que se dispuso por el constituyente obligaciones concretas de actuación con el fin de realizar precisos objetivos constitucionales. No sobra recordar que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que tampoco las comunidades tradicionales tienen un poder de veto".</p>

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-359/13	<p>Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13 y 28, parciales, de la Ley 1537 de 2012. “Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda”.</p>	<p>sus prioridades y estrategias para el desarrollo.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Igualdad. 2. Integridad. 3. Subsistencia. 4. Vivienda digna. 5. Dignidad humana. 	<p>“Declarar EXEQUIBLES los artículos 13 y 28 parciales de la Ley 1537 de 2012, en el entendido de que los criterios de priorización para acceder a los proyectos de vivienda de interés social y de interés prioritario, también deberán tener en cuenta al pueblo rom o gitano y a las comunidades raizales, como grupos étnicos y culturales de la nación”.</p>
C-371/14	<p>Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la ley 160 de 1994. “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural”.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Territorios ancestrales como derecho fundamental de titularidad colectiva. 2. Identidad e integridad cultural. 3. Subsistencia. 4. Consulta previa. 	<p>“Declarar EXEQUIBLES los artículos 79, 80, 81 y 84 de la ley 160 de 1994, en el entendido que para la creación de una zona de reserva campesina debe examinarse si en el área en la que se pretende constituir, existen territorios de pueblos indígenas y tribales o presencia de dichos pueblos, caso en el cual deberá garantizarse el derecho a la consulta previa”.</p>

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-501/14	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 306 (parcial) de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 4° de la Ley 1032 de 2006	<ol style="list-style-type: none"> 1. Consulta previa. 2. Participación. 3. Identidad cultural. 	<p>“Declarar la EXEQUIBILIDAD Frente al cargo vinculado con el presunto desconocimiento del derecho a la consulta previa, se concluyó que el mismo no está llamado a prosperar toda vez que, conforme lo definió recientemente la Corporación en la Sentencia C-253 de 2013, tal requisito solo es exigible respecto de leyes expedidas con posterioridad a la Sentencia C-030 de 2008, presupuesto que no se cumple en el caso de la norma acusada por ser esta anterior a dicho fallo”.</p>
C-389/16	Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 53, 122, 124, 128, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 279 de la Ley 685 de 2001. “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación y consulta previa. 2. Subsistencia. 3. Dignidad. 4. Autonomía y autodeterminación. 5. Identidad étnica y cultural. 	<p>“Declarar EXEQUIBLES los artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001, “[...]”, por los cargos analizados y bajo el entendido de que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.</p>

Sentencia	Norma demandada	Derechos colectivos presuntamente vulnerados	Decisión
C-077/17	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21; y el artículo 29, todos de la Ley 1776 de 2016. “Por la cual se crean las [...] ZIDRES”.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Participación y consulta previa. 2. Integridad étnica, cultural y económica. 3. Subsistencia 	<p>“Declarar EXEQUIBLE la Ley 1776 de 2016, por el cargo de omisión de la consulta previa a las comunidades étnicas exigida por el Convenio 169 de la OIT.</p> <p>Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado el artículo 29 de la Ley 1776 de 2016, bajo el entendido que “la prohibición de constituir ZIDRES se extiende a los territorios indígenas que se encuentran en proceso de titulación como resguardos”.</p>

Conclusiones

La Acción Pública de Inconstitucionalidad se hace y se desarrolla dentro del contexto del control de constitucionalidad, establecido de forma magistral para la historia constitucional en el fallo *Marbury vs. Madison* de 1803 de la Corte Suprema de Estados Unidos. El Alto Tribunal ratifica la supremacía constitucional y la competencia suya para decir qué es y qué significa la Constitución. A pesar de las bondades de esta nueva institución, la legitimación para impulsar dicho control está restringida a ciertas autoridades, cerrando de ese modo la posibilidad de legitimar a los ciudadanos para activar el control de constitucionalidad.

En nuestra realidad constitucional, el control de constitucionalidad vía acción pública aparece consagrado desde la Constitución provincial de Cundinamarca de 1811, solo que la competencia para decidir no estaba depositada en un Tribunal constitucional puro, sino en cuerpo político, en este caso el Senado de Censura. El factor competencial frente al control de constitucionalidad sufre una alteración en la Constitución de 1853 al estilo del control de Estados Unidos, en el sentido que es la Jurisdicción (Corte Suprema de la Nación) y no un cuerpo político el que se encargará de llevarlo a cabo.

Nótese que tanto el control de constitucionalidad como la acción pública ya se encontraban en el constitucionalismo colombiano temprano. Sin embargo, para la Corte Constitucional, la Acción Pública de Inconstitucionalidad se consagró por primera vez en la Ley 2 de 1904 y en el Acto Legislativo 03 de 1910; pero lo cierto es, y aquí sí coincidimos, que dicha empresa llegó a su perfección en dicho acto, consolidándose a la vez como una invención del constitucionalismo colombiano que se ha trasplantado a otros sistemas de derecho. La anterior afirmación rompe con cualquier pretensión de adjudicar al constitucionalismo europeo su originalidad.

La Acción Pública de Inconstitucionalidad logra abrirse espacio casi que de la misma forma en la Constitución de 1991. Varias son las disposiciones que deben interpretarse sistemáticamente para lograr una mejor comprensión de su contenido y alcance (artículo 4, 40, 241, 242). Estas disposiciones dejan ver la competencia, legitimación, objeto de control y

supremacía constitucional. Otras normas, entre ellas el Decreto 2067 de 1991 y el Acuerdo 05 de 1992 establecen el procedimiento ante la Corte Constitucional, los requisitos de la demanda, el trámite, decisión, entre otros factores.

Actualmente, no hay duda de que, frente a la actividad negativa de los poderes del Estado, la API ha logrado de forma efectiva salvaguardar la Constitución y los derechos de los nacionales, gozando así de legitimidad y utilidad social. La misma legitimidad y utilidad podemos predicar frente a la vigencia de los derechos colectivos fundamentales de los cuales son titulares las colectividades indígenas. Estos derechos, diferentes por su naturaleza, contenido y alcance, inclusive diferentes a los derechos colectivos de los nacionales, requieren de una protección especial y ágil, encontrando en la API una respuesta adecuada y oportuna.

En esa medida, la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad (absoluta o parcial) de una variada gama de normas lesivas para los derechos de las colectividades indígenas. Cuando la respuesta de la Corte ha sido positiva frente a las normas objeto de juicio, ha procedido a condicionarlas, bajo el entendido de que deberán interpretarse o aplicarse de conformidad con los valores propios de la comunidad étnica. En resumen, la Acción Pública de Inconstitucionalidad ha sido, y seguirá siendo, el instrumento al cual pueden apelar dichas colectividades para proteger sus derechos de forma efectiva.

Bibliografía

Acuña, Francisco, *Imperialismo constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Extensión y Educación Continua, 2012.

Congreso de la República, Acto Legislativo 03 de 1910.

Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 1945.

Congreso de la República, Acto Legislativo 01 de 1968.

Constitución de Cundinamarca de 1811.

Constitución de Cundinamarca de 1812.

Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política de la Nueva Granada de 1853.

Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858.

Corte Constitucional de Colombia. Acuerdo 05 de 1992.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-093/1993. M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-188/1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380/1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254/1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-139/1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039/1997. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652/1998. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/2001. M. P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-418/2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-891/2002. M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-383/2003. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-873/2003. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-208/2007. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030/2008. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-461/2008. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-175/2009. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769/2009. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-702/2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-366/2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-601/2011. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-882/2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-317/2012. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-395/2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-641/2012. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-236/2012. M. P. Humberto Antonio Sierra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-068/2013. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-359/2013. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/2014. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-501/2014. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389/2016. M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

Enciso, Camilo, *La igualdad compleja de Michael Walzer y los fallos económicos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.

García, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1997.

Kymlicka, Will, *La ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

López, Nicolás, ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos, España, Ariel, 2004.

Malagón, Miguel, “La acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario”, en *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 2007, pp. 207-231.

Mesa, Gregorio, “Derechos colectivos y ambientales y acción pública de inconstitucionalidad”, en *Imperialismo constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Extensión y Educación Continua, 2012, pp. 59-90.

Morales, Francisco, *Reconocimiento e identidad: un dilema entre el sí mismo y lo otro*, Bogotá, Guadalupe, 2010.

Rodríguez, María, “Acción Pública de Inconstitucionalidad en su centenario y los orígenes del control abstracto y concentrado de constitucionalidad”, en *Imperialismo constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Extensión y Educación Continua, 2012, pp. 17-40.

Rojas Betancourth, Danilo, “El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 28, 2010, pp. 105-118.

Taylor, Charles, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Uribe, Natalia, “Derechos humanos colectivos y multiculturalismo: respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia”, en *Revista Precedente*, vol. 4, Cali, 2014, pp. 7-56.

Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Zanetti, Hermes, *Derechos difusos lato sensu, VV.AA.: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004.

Zeballosf, Adrian, *La eficacia del derecho a la consulta previa a pueblos indígenas en Colombia 1991-2011*. Trabajo de grado presentado para optar al título de magíster en Derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2014.

Los movimientos sociales y la reestructuración capitalista de América Latina a finales del siglo XX*

*Eduardo Rodríguez Martínez***

*Oduber Alexis Ramírez Arenas****

* Este capítulo es una producción académica del Proyecto de Investigación: “Las esferas de la globalización”, en el marco del Grupo de Investigación: “Estado, Derecho y Territorio”, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Libre, sede Bogotá, Colombia.

** Abogado, magíster en Sociología y doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Director del Grupo de Investigación: “Estado, Derecho y Territorio” de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: jrodriguez2@hotmail.com

*** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Magíster de investigación en Ciencias Jurídicas, Políticas, Económicas y de Gestión, mención: Derecho Público, especialidad Derecho Público, Derecho del Medio Ambiente, Derecho Económico Internacional y Europeo por la Universidad de Nantes, Francia. Doctor en Derecho Público por la Universidad de Nantes, Francia. Docente Investigador de la Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: alexisramirezarenas@hotmail.com

Resumen

Este capítulo hace un examen de la situación de América Latina, con especial énfasis para Colombia, a finales del siglo xx, con el propósito de entender el contexto que caracterizó la transición de la fase de acumulación fordista hacia su desplazamiento a un proceso de reestructuración de las organizaciones sociales productivas, más propias al toyotismo. Aquí se defiende la tesis de que fueron los movimientos sociales y su enorme capacidad de producción subjetiva los que hicieron entrar en crisis al Estado de bienestar y dieron origen a una transformación sin precedentes de una nueva configuración del trabajo vivo, el trabajo cognitivo e inmaterial.

Palabras clave: sociología jurídica, teoría del Estado, movimientos sociales, crisis del capitalismo.

Introducción

Sin duda las transformaciones que ha venido soportando la organización social y, particularmente, el aparato de Estado desde la década de los ochenta son de tal orden que la reflexión sobre el Estado ha tenido que modificarse en el sentido de encontrar nuevas y renovadas estructuras discursivas, que puedan dar cuenta de las nuevas funciones del Estado, de su renovada significación social y política, y de los cambios, como Forma Social, que se entroniza en las nuevas relaciones sociales de producción. Aun así hemos podido visualizar que dentro de la vida de existencia del capitalismo no ha existido una sola forma de Estado de derecho. Por el contrario las relaciones sociales de producción que le han dado vida se han correspondido con formas o modalidades más o menos diferenciadas de Estado y de Derecho. El trabajo que a continuación se presenta pretende dar cuenta de las últimas etapas del Estado de derecho, o sea, desde la década de los ochenta del siglo pasado, como el momento en que parece la forma estatal denominada de benefactora. Se quiere mostrar los dilemas por los que atravesó la crisis del Estado dentro del período mencionado, asociado a la dinámica de los nuevos movimientos sociales, que de manera creativa vienen incidiendo en el replanteamiento acelerado de la institucionalidad contemporánea.

El Estado de derecho de la modernidad parece abrir paso a nuevas y renovadas formas de la política, ampliando el concepto de la democracia, especialmente en lo concerniente a los nuevos movimientos sociales. Esta comunicación pretende ser una reflexión sobre América Latina en este período de transición al nuevo orden mundial. Especialmente, nos enfrentamos no solo a las posibilidades de marginamiento y exclusión social, que pueden profundizarse en épocas de globalización, sino del mismo modo, a las posibilidades y temores de una homogeneización cultural que descalabre toda la riqueza histórica y cultural de la región.

Metodología

El método de investigación se aproxima al de la investigación-acción-participación por tratar de describir una manera particular de apropiación del conocimiento. A pesar de ello, este trabajo se presenta desde una perspectiva esencialmente teórica, académica y política dentro del proceso de construcción de lo que hoy se viene considerando en los círculos universitarios como sociología jurídica.

I. Notas para una contextualización del período

El Estado benefactor se constituye, para efectos del proceso de acumulación ampliada de capital, en un verdadero problema¹. La crisis parece exigir una reordenación del Estado con el propósito de colocar en el circuito privado de la economía el capital social destinado a estas funciones. Se espera que gracias a la competencia privada, estas actividades logren ser producidas y ofrecidas de manera más económica (gracias al proceso de desarrollo tecnológico apropiado por la industria), contribuyendo al abaratamiento de los costos de producción de las mercancías.

La descentralización institucional promovida en este período debe ser vista igualmente como una ruptura paulatina del Estado benefactor². Esta ruptura es explicada como un efecto necesario de la crisis general por la que

¹ Seguramente la discusión sobre la naturaleza, potencialidades y límites del Estado de bienestar aportará nuevos elementos para el entendimiento del Estado dentro de la sociedad moderna. Es necesario indagar mejor las causas que han propiciado su agotamiento, pues no parece que deben ser distintas a aquellas que dieron origen a su emergencia. En principio, se puede recordar que las discusiones sobre su emergencia se entendieron (dentro del campo marxista) como una respuesta capitalista para solucionar los problemas que la valorización presentaba en la fase del capitalismo de libre competencia. El diagnóstico se centró en los efectos perversos que producía el descenso de la tasa de ganancia. El Estado benefactor se presentaba como una contratendencia que permitía actualizar la explotación del trabajo a las necesidades del proceso de acumulación ampliada del capital. Sobre la emergencia del Estado benefactor ver, por ejemplo, Archila Mauricio (compilador). *La crítica del Estado capitalista. Del Estado instrumento a la forma Estado*, CINEP, Bogotá, 1980. Sonntag Rudolf y Valencillos Héctor, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1977.

² Gutiérrez Garza, Esthela (coord.), *La crisis del Estado de bienestar* (vol. 2), México, Siglo XXI, 1988.

atraviesa la economía mundial. Si el Estado benefactor asumió durante mucho tiempo, parte de las condiciones generales de la producción del capital constante como las relacionadas con la reproducción de la fuerza de trabajo, estas normas de provisión de dichas condiciones parecen haber entrado en crisis.

Sin embargo, la descentralización política administrativa y la transición de la democracia representativa hacia una de naturaleza participativa, que parcialmente hemos señalado, parece participar de una concepción específica de agenciamiento del modelo de desarrollo económico. Si la concepción que hasta ahora animaba el avance e implementación del Estado benefactor, de manera general, se inspira en las doctrinas de corte keynesiano, ahora parece comenzar a desarrollar una retomada de los principios de inspiración neoliberal de economía de mercado.

Esto quiere decir que se espera volver a la nivelación de los precios de las mercancías a través de la competencia intercapitalista, sin que para ello medie el Estado como nivelador y redistribuidor del producto social, a través de los múltiples mecanismos de que se ha servido como interventor. En este caso, se podría pensar que el control de precios de algunas de las mercancías, de la determinación de los niveles que debe alcanzar el salario mínimo (necesidades básicas) de las tarifas subsidiadas de algunos servicios públicos, del sistema de transferencia, del crédito barato y dirigido a ciertos sectores de la producción, etc., tienden a modificarse en el sentido de que su nivelación pasa a ser un *proceso regulado por el mercado*.

La ampliación del mercado, que en otro sentido corresponde a la mercantilización de los derechos prestados por el Estado benefactor, en estas circunstancias significa un proceso que contiene un doble movimiento. Por un lado, el incremento de la producción de mercancías desvalorizadas hacia el consumo, lo que trae como correlato, la necesidad de aumentar la capacidad de consumo tanto de las empresas como la relacionada con la fuerza de trabajo; por otro lado, la necesidad de promover la ampliación de la frontera capitalista que se expresa en el proceso de integración del mercado (nacional o internacional), construyendo, aumentando y ensanchando la columna vertebral de la industria.

Sin embargo, este proceso de alguna manera fue común en algunos países de América Latina. Por ejemplo, el Brasil que soportó un acelerado proceso de incorporación de capital fijo, gracias al enorme excedente invertido desde la posguerra y administrado por la empresa extranjera, la empresa oligopólica y el capital estatal, produjo efectos colaterales que influyeron en la expansión del ciclo económico. La excesiva concentración y centralización del capital y la exacerbación de los procesos migratorios que conllevaron a una aguda aglomeración de la población, condujeron a un modelo de desarrollo urbano de características macrocefálicas. Este tipo de organización espacial parece haber encontrado rápidamente sus límites³.

La expresión más viable de los límites de este proceso de urbanización es la aparición de deseconomías tanto a nivel de la firma (deseconomías de escala), como a nivel de la estructura productiva en su conjunto (deseconomías de aglomeración). Estas deseconomías en parte se encuentran asociadas al crecimiento del terciario y particularmente, al desarrollo del sector informal. De forma simultánea, el desarrollo desordenado de la ocupación del espacio, gracias al proceso migratorio dirigido hacia las grandes ciudades ha traído como correlato serias dificultades en los aspectos relacionados con el disciplinamiento del territorio. El desarrollo de los movimientos sociales urbanos constituyen los gérmenes de lo que se ha venido denominando convencionalmente *desobediencia civil*.

Brasil sirvió de laboratorio social para la implementación de modelos de organización espacial. Este proceso parece haberse desarrollado a través de la incorporación de un parque industrial, basado en estructuras tecnológicas que constituían el soporte industrial de los países centrales que estaban en proceso de reciclaje. La incorporación de las nuevas tecnologías, especialmente de la teleinformática, fue un proceso lento e inacabado.

En Colombia, el contexto del desarrollo industrial es algo diferente en la medida que la incorporación tecnológica parece mostrar un atraso relativo-significativo. Aun cuando el dinamismo del nivel de actividad ha sido

³ Schmidt, Benicio Viero, *O Estado e a Política urbana no Brasil*, Universidad de Porto Alegre, Difel, 1983. Véase también, Rodríguez Martínez, José Eduardo. *Procesos de trabajo, valorización y reestructuración del espacio*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002. También, Lessa, Carlos y otros, *Desenvolvimento capitalista no Brasil* (vol. I), São Paulo, Brasiliense, 1998.

representativo y sostenido, parece ser que la formación bruta de capital fijo transita más por el desarrollo de ciertos sectores distintos al de bienes de capital (sector I). Piénsese, por ejemplo, en el sector eléctrico, en la actividad de la construcción civil, etc. Los gastos generales que financian las denominadas condiciones generales de la producción han tenido en parte que ser obtenidos por la vía de endeudamiento externo. De la misma manera, el desarrollo de algunos bienes de consumo colectivo parece ser un esfuerzo de capital privado productivo, que también ha tenido que recurrir al endeudamiento tanto interno como externo.

Sin entrar en detalle se puede decir que el margen de la nueva inversión recorre dos caminos: el primero, presentado por quienes se esfuerzan en encauzar el crecimiento económico dentro de una concepción interna del desarrollo muy inspirado en las tesis para algunos ya caducas, del crecimiento autosostenido y de fortalecimiento del mercado interno propio del pensamiento cepalino de los años sesenta. El segundo dilema es el que presentaron los apologistas de la apertura de la economía al mercado mundial, quienes ven la exacerbación de la especialización por productos como una estrategia visible para fijar los polos de la acumulación. Si bien, cualquiera de las dos encrucijadas puede partir de la constatación de que la coyuntura de la época se caracterizó por un franco desarrollo del proceso de internacionalización del capital, los neokeynesianos encuentran en la protección del mercado interno el punto para la defensa del Estado-nacional⁴.

Esta postura exige medidas que transcurren desde la renegociación de la deuda externa, la negociación entre el capital internacional, la empresa privada y el Gobierno para administrar la nueva inversión productiva en forma de *joint venture*, la incorporación de nuevas tecnologías, el ensanchamiento del mapa nacional, la regulación y control del capital especulativo, el destino del excedente socialmente producido de suerte, que el capital internacional se adecue a la modalidad de capital nacionalizado, la integración de la industria de capital nacionalizado, la integración regional de la industria a través de bloques de países que por participar de condiciones

⁴ CLACSO (coord.), *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina. Veinte tesis sociopolíticas y un corolario*, Chile, Fondo de Cultura Económica, 1991.

similares de industrialización pueden ofrecer seguridad al fortalecimiento del modelo keynesiano de economía internacionalizada, etc.

Para los defensores de las tesis neoliberales, que de alguna manera expresaban la ideología del capital financiero internacionalizado (en los términos de Hilferding), es necesario pensar en el montaje de una industria en donde las distintas áreas o regiones sirvan tan solo como momentos del proceso general de industrialización. En este sentido lo nacional es visto como un momento transitorio aunque necesario del proceso de valorización a escala mundial. Esto sin duda impone profundizar y superar la vieja división social del trabajo⁵, redefinir la escala de la producción, disminuir la presencia del Estado-nacional, (de la misma manera que lo hizo en 1992 la reestructuración europea a través de la creación de la Comunidad Europea), reestructurar la centralidad de la valorización y fortalecer los polos de la concentración del capital. Este proyecto, sin duda, requiere redefinir parte de la industrialización, que por ejemplo, se viene dando en algunos países del Tercer Mundo y, acelerar la inversión productiva hacia algunos ramos o sectores estratégicos para la organización del modelo de desarrollo gerenciado por el capital de alta tecnología, y ubicado preferencialmente en los centros tradicionales del circuito mundial de la acumulación. En este sentido, la especialización a la industria de punta (algunos minerales, por ejemplo), o a la producción tecnificada y de alto rendimiento de bienes provenientes del sector primario, constituyeron parte de la arquitectura necesaria, que el nuevo modelo neoliberal de regulación económica requería promover y acentuar.

En países como Colombia, en donde la industrialización mantuvo, de manera general, una maduración lenta y, con un retraso significativo en lo que se refiere al montaje tanto de un departamento I y II, aun cuando sobre bases tradicionales, la situación de los noventa, no permitía ver un panorama halagador en ninguna de las dos versiones (la neokeynesiana o la neoliberal). Sin embargo, es a partir de los cimientos existentes que se intenta reestructurar la valorización capitalista.

⁵ Frobel, F.; Heinrichs, J.; Kreye, O., "La nueva División Internacional del Trabajo. Sobre las bases de la nueva y aún no definida División Internacional del Trabajo, véase por ejemplo, ¿El fin de la División del Trabajo? El debate actual en la psicología alemana", en *Revista de Sociología del Trabajo*, (1981).

II. Los movimientos sociales y la crisis del estado benefactor

Para poder entender la situación de América Latina a finales del siglo xx y, en particular, la de Colombia durante este período, vemos necesario remitirnos a un tiempo histórico que comienza en la década de los años setenta. Los cambios operados en diversos países, no pueden ser suficientemente comprendidos por sí solos, sino asociados a la dinámica interna y contradictoria del Estado de bienestar⁶, y al tipo de dinamismo de los movimientos sociales. Entender el agotamiento del fordismo y el advenimiento de la fase posfordista de acumulación⁷, que se encuentra hoy en día materializándose en las distintas organizaciones sociales productivas del capitalismo periférico, requiere de una lectura crítica que señale las condiciones de posibilidad de la aparición y la presencia del nuevo sujeto productivo y, la nueva materialidad que ha permitido la reestructuración del trabajo vivo dentro de nuestras formaciones sociales⁸.

Este ejercicio no puede realizarse sino de manera descriptiva y, soslayando la argumentación analítica, que presupone el pensar los determinantes de fondo que han dado lugar a la materialización de una nueva fase de acumulación capitalista. De hecho, se refiere a las contradicciones que paulatinamente se vieron obligadas a participar las personas que vienen constituyéndose en el nuevo trabajador cognitivo. Condiciones que deben ser descifradas por los nuevos productores, para emprender el camino de la nueva confrontación que impone el mundo productivo del capitalismo contemporáneo.

1. Movimientos sociales y crisis del orden social

Tomando la conceptualización de Negri⁹, se podría decir que los procesos de revalorización obrera constituyen los puntos de partida de los procesos

⁶ Rodríguez M, Eduardo, *La agonía del Estado de derecho positivo*, Bogotá, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2008.

⁷ Jessop, Bob, *Crisis del Estado de bienestar: hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999.

⁸ Virno, Paolo, *Gramática de la multitud*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

⁹ Negri, Toni, *Dominio y sabotaje*, Barcelona, El Viejo Topo, 1979.

de valorización capitalista. *La diferenciación y modalidades de la valorización obrera constituye la variable que le concede a las formaciones sociales sus diferenciaciones respecto de otras pero ya no como capitalismo diferenciados sino como estrategias diferenciadas de expresión de la dominación y control, de mecanismos y dispositivos particulares que dibujan modelos de reproducción controlada de la fuerza de trabajo según las particulares y contingentes formas históricas de ser del propio contingente laboral. Estas contingencias y modalidades varían no solo de formación a formación, de cultura a cultura sino, igualmente, de período a período.*

En principio se podrían señalar algunas características del trabajo vivo, como producción de nuevas subjetividades en América Latina y como derivación del modelo de acumulación fordista, a saber, de la manera siguiente:

- a) En el desarrollo de un sistema de economía informal, no institucional, que en parte se encuentra integrado al sistema económico moderno, pero que en parte viene promoviendo formas de integración económica, social, política y jurídica paralelas. Ellas, paulatinamente han venido dando origen a una red de relaciones intermitentes y en ocasiones poco integradas, pero que pretenden construir o vienen produciendo, *de un lado*, un sistema de producción de sus relaciones sociales, basado sobre su precaria propiedad familiar o colectiva, que intenta regularse a partir de imágenes del mundo no “racionales”, *de otro lado*, viene generando de forma progresiva una ampliación de su radio de influencia que parece debilitar las estructuras racionales de los servicios que presta el Estado benefactor. En ese sentido, se podría pensar que el mercado pierde relativamente su función de territorio de socialización y, paralelamente, que las formas alternativas relativamente robustecidas en el campo del saber médico, de la religiosidad, de las estructuras normativas, de la autoridad, etc., pueden tendencialmente producir, como de hecho producen, la pérdida relativa de la eficiencia y eficacia práctica tanto de las formas de producción racional de esos valores de uso, como de las instituciones, públicas o privadas, encargadas de la provisión de los mismos.
- b) A su turno, se aduce que frente a ese sentido común que poco a poco ha venido adquiriendo cuerpo y expresión en la conceptualización,

aún imprecisa de «cultura popular», y que paulatinamente tiende a adquirir cierta organicidad y consistencia (a través de un buen sentido, para emplear la expresión de Gramsci), en forma de una resistencia silenciosa frente a los aparatos regulares e institucionales de la organización social, se viene transformando el imaginario colectivo señalado o producido por las necesidades de la producción industrial¹⁰. En este sentido, es necesario advertir un resquebrajamiento del sistema de sociabilidad basado en la solidaridad orgánica, abriendo paso a una proliferación de horizontes de sentido, por lo general interpretados como expresiones o nuevas manifestaciones culturales. La sociabilidad del mundo fabril, generalmente basada en un rígido cuerpo disciplinario, parece reinvertirse hacia la construcción de nuevas formas de producción de identidades colectivas. Inversión que señala un agotamiento de la ética del trabajo, de la productividad (como por ejemplo, la ideología fordista), por otra, basada más en lo que podría ser la esfera del consumo, en las actividades destinadas más a la producción del consumo que tiende a convertirse en un espacio de producción. Si se aceptan estas tendencias, se observará que la esfera de la producción (antes tenida como fin de la acción social y, por tanto, como estructurante de la sociabilidad), tiende a ser transformada en un medio o instrumento para la generación de otro tipo de actividades. *Esta tendencia de inversión del horizonte de sentido del imaginario colectivo se presenta como un movimiento de ruptura, de resistencia e insubordinación, frente a la lógica de la acción racional que busca o pretende la organización científica del trabajo.*

- c) Concomitantemente, se observa la proliferación de un sinnúmero de manifestaciones provenientes de sectores de la población que hasta el momento no habían logrado tener una expresión más amplia de sus demandas y reivindicaciones. Se trata en esencia de las expresiones e intentos de articulación del movimiento de mujeres de bases de preferencia urbanas, del movimiento de pobladores, del movimiento indígena, del movimiento de afrodescendientes, del movimiento ecologista, de los

¹⁰ El texto de Baudrillard, podría sugerir alguna similitud entre el comportamiento ambiguo de las mayorías (masas) y el de la resistencia silenciosa. Baudrillard, Jean. *A la sombra de las mayorías silenciosas*, Barcelona, Kairós, 1978.

movimientos regionales y, finalmente, de los movimientos de defensa de los derechos humanos. Dependiendo de su contexto particular, algunas de estas manifestaciones se desarrollan o tienen asiento territorial propio, que defienden como parte constitutiva de su existencia.

2. Transformaciones del trabajo vivo: la multitud de América Latina a finales del siglo xx

El proceso de valorización capitalista, dentro del fordismo, se sustentó en la provisión de los bienes sociales asociados con los derechos humanos de segunda generación (Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)), que le otorgaron al Estado una función misional. Bien es sabido que para América Latina la matriz productiva de los DESC no pudo tener una naturaleza universal sino limitada. El pacto social del fordismo (empresas-trabajadores-Estado), tuvo su principal auge en el centro capitalista, motivado por la dinámica productiva, entre centro y periferia. Es necesario advertir, como señala Wallerstein con su conceptualización de la economía mundo, que el éxito del Estado de bienestar en el centro capitalista estuvo asociado con los pocos logros que este mismo modelo tuvo para la periferia de la economía del mundo. La década de los setenta para Colombia mostró un resurgir importante del movimiento social. Pero este dinamismo se basó más en la participación de los movimientos sociales, asociados con la esfera de la reproducción social, que del seno de aquellos conflictos propios del obrero-masa vinculado a la industria fordista.

En Colombia el conflicto social se expresó en los llamados paros cívicos, con un profundo carácter regional o local. Las luchas por el salario indirecto de los pobladores urbanos menguaron profundamente las finanzas públicas, en particular las destinadas al gasto social de los trabajadores formalizados. Si bien sus experiencias espontáneas no les permitieron en ese período lograr un cuerpo social organizado, estos supusieron para Colombia un período de transición (los años setenta), hacia la explosión de subjetividades llenas de necesidades y, productoras de organizaciones populares, en principio con altos perfiles de autonomía organizacional frente a la institucionalidad del Estado. Por el contrario, ya para la década de los ochenta, se asiste a una inflexión de luchas sociales, en el sentido

en que se advierte un proceso de organización más institucional, con la aparición del movimiento de las ONG, en toda América Latina. Inserción y articulación que provocó las posibilidades de un diálogo institucional con el Estado y sus instituciones, apareciendo como un proceso de cooptación de las luchas sociales respecto a la autonomía relativa que habían presentado en la década anterior.

Aquí se habla de movimientos sociales como el de los pobladores urbanos, del movimiento de mujeres, de juventudes, del movimiento de los derechos humanos, de los ambientalistas, etc.¹¹, que frente a la inexistencia de una política pública estatal hacia estos sectores, se dieron a la tarea de diseñar procesos de construcción de demandas sociales, para obligar al Estado a un rediseño institucional que les proporcionara una atención concreta de sus diversas aspiraciones y demandas.

La dispersión que caracterizó a los movimientos sociales en los setenta, se transformó en procesos de unidad política (alianza obrero-popular), que provocó confrontar el comando capitalista en sus instancias más altas y centralizadas. Frente a la unidad política del comando capitalista encarnada en el Estado de bienestar y en la forma de Gobierno centralista, en los ochenta, el movimiento social buscó afanosamente negociar sus derechos con el Gobierno central.

Sin duda el poder judicial, como lo describe Farías¹², para Brasil, no estaba preparado para resolver problemas de carácter colectivo sino de naturaleza individual. La nueva reivindicación de los derechos, que no se encontraban reconocidos por los ordenamientos legales positivos, sino que emanaban del poder constituyente de las organizaciones sociales, obligó al Estado a la negociación política y legislativa y al trámite ordinario de los conflictos dentro de la justicia ordinaria. Nacía una época de producción subjetiva, que reclamando nuevos derechos y/o ampliando los ya existentes, confrontaban de cierta manera el proyecto fordista de inspiración keynesiana.

¹¹ Evers, Tilman, "Movimientos barriales y Estado: luchas en la esfera de la reproducción en América Latina", en *Teoría y Sociedad*, núm. 11 (1983).

¹² Faria, José Eduardo, *Direito e Justiça: A Função Social Do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989.

En América Latina el movimiento social construido, no solo por el obrero-masa, sino también por productores no insertados plenamente dentro de la subsunción real, como fueron las poblaciones de indígenas, los afrodescendientes, los sectores campesinos, los raizales, es decir, la población que constituía una enorme heterogeneidad, no solo de carácter cultural sino, en mayoría, por tratarse de sectores que producían y producen bajo relaciones sociales productivas no capitalistas, participaron activamente en la racionalización de sus derechos y en el reconocimiento estatal-constitucional de los mismos, superando por mucho la relación salarial construida en la ecuación de desdoblamiento del salario directo y del salario indirecto.

A esta altura, es oportuno señalar que si bien la década de los años ochenta se caracterizó como: *la década perdida*, por la crisis de la deuda contraída por los Estados nacionales con los organismos multilaterales de crédito, también hoy en día podemos entender que fue una década de transición hacia los procesos de reconfiguración del Estado y de los procesos de reconversión industrial, basados preferencialmente en la utilización de los procesos de automatización y el uso de las tecnologías de la información¹³.

Del mismo modo, se asiste al período de la crisis de las dictaduras en el Cono Sur y Brasil y, a procesos de cambio institucional, que permitieron acomodar la institucionalidad estatal hacia las demandas que requería la democratización de América Latina. Esta democratización del Estado y su nuevo diseño institucional debía adaptarse a la implementación de un nuevo modelo económico. Modelo económico primeramente probado en Chile y, después, implementado de manera viral en casi todos los países del continente, con las diferencias particulares propias del régimen político de cada país. Con ello se refiere a lo que ya es común entre nosotros, hablar de la “receta” neoliberal y del denominado consenso de Washington¹⁴. “Un fantasma recorría el mundo”: el neoliberalismo.

La dinámica de los movimientos sociales en América Latina aceleró el derrumbe del Estado de bienestar en el sentido que transformó la matriz productiva de este, con respecto al capital privado. Si el Estado de bienestar se comportó como un desvalorizador universal de una cuota parte

¹³ Castells, Manuel, *La era de la información*, Madrid, Siglo XXI, 1999.

¹⁴ Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, España, Akal, 2007.

de la riqueza socialmente producida¹⁵ y, al mismo tiempo se comportó como un capitalista colectivo ideal, naturaleza económica y política que generó su origen y emergencia, con la institucionalización de las luchas de los movimientos sociales durante la década de los ochenta, el Estado fue “capturado” por el movimiento social en la medida en que este constituyó el terreno para la obtención de reivindicaciones, que superaron los límites máximos para que este pudiera cumplir con los fines de la relación salarial. En este sentido, se observa cómo el Estado de bienestar terminó siendo el canal para crear las condiciones materiales para la obtención de un salario social, a escala nacional que compensara no solo a través del salario directo y el salario indirecto, de los productores fordistas, sino de la población que se encontraba articulada desde afuera, a las relaciones sociales capitalistas.

Es cierto que los remanentes poblacionales, distintos del obrero-masa, constituyen en América Latina un importante segmento poblacional. Como ejemplo, se puede señalar el peso de la población indígena en muchos de los países de la región, como es el caso de México, Ecuador, Perú y Bolivia, también es necesario ilustrar el peso del denominado “trabajo informal”¹⁶, que para esa época constituía aproximadamente para el caso colombiano el 56% de la población económicamente activa. En este sentido, si bien el Estado de bienestar en América Latina fue limitado, las presiones por la obtención de derechos de estas poblaciones que componían los movimientos sociales de la década, construyeron un cuerpo político fundadas sobre subjetividades heterogéneas, que confrontaron al Estado de bienestar más allá de sus propios límites. Es decir, el cuerpo subjetivo de las luchas sociales trascendió las promesas, incumplidas o no, del proyecto del Estado de bienestar en América Latina. Los nuevos movimientos sociales de América Latina, durante las dos últimas décadas, superaron la función esencial del Estado de bienestar, más allá de sus límites, hacia la formación de un Estado social que debía ser pensado como una especie de “comunismo del capital”, de tal suerte que este necesariamente tendería que abandonar la inspiración keynesiana del Estado, hacia una política que

¹⁵ Rodríguez M., Eduardo, *Procesos de trabajo, valorización y reestructuración del espacio*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

¹⁶ Rodríguez M., Eduardo, *La ambigua naturaleza del derecho y la informalidad jurídica. Estudio de caso desde la sociología jurídica*, España, Editorial Académica Española, 2012.

permitiera el acceso a la riqueza social, no ya del obrero fordista, sino de la sociedad como un todo.

Así, en los ochenta para Colombia la dinámica de parte del movimiento social confrontó y superó el propio modelo del fordismo, que aunque modesto y restringido, estaba pensado para los trabajadores formales, cobijados por el derecho laboral, fuera este de naturaleza individual y/o colectiva. Las reivindicaciones sociales en sus procesos de negociación con el Estado superaron al propio Estado, proceso que constituyó una variable importantísima para pensar en un proceso de transición hacia la superación del Estado de bienestar, y con ello romper con la fuerza de las nuevas subjetividades.

En este sentido, es necesario insistir que el derrumbe del Estado de bienestar en América Latina no puede entenderse tan solo como un problema de la “crisis fiscal” tal como lo plantea O’connors¹⁷, sino como un proceso de auge de las luchas populares que conllevó a la denominada crisis fiscal. La respuesta capitalista frente a las nuevas condiciones impuestas por el movimiento social, conllevó necesariamente al desmonte de esa fase específica de reconfiguración estatal y, de hecho, al proceso de un diseño institucional basado en la transformación de las relaciones salariales sobre bases más flexibles y una desregulación del mercado laboral tendiente a la precarización del trabajo y la deslaborización del empleo.

Se debe insistir, que por lo menos para Colombia el proceso descentralizador del Estado en la década de los ochenta, está íntimamente relacionado con la confrontación social al comando capitalista encarnado en el Estado central. Se necesitaba desactivar la bomba de la unidad del obrero-masa y permitir que la fuerza social fuera atomizada. La Constitución del 91 en Colombia, al tener un claro sabor descentralista que otorgaba al municipio la interlocución de las demandas sociales. Fue el camino propuesto para reducir y mitigar la fuerza del obrero-masa y de afrontar el conflicto en el terreno de la municipalización, como principal célula organizacional del Estado-nación. Se preparaba el camino para desintegrar y atomizar la protesta social y desmantelar el peligro de la negociación directa contra el Estado unitario.

¹⁷ O’Connor, James, *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Península, 1994.

El ataque frontal al Estado benefactor se dio entonces con mayor fuerza desde la institucionalidad estatal, que requería dismantelar las funciones esenciales que se le habían otorgado al Estado keynesiano para dar paso, como ya se advirtió, a una nueva reconfiguración institucional del Estado de derecho, que permitiera la plena instauración del modelo económico neoliberal. Muchos fueron los argumentos que se dieron para la justificación de la crítica y superación del Estado de bienestar. Entre las lecturas más recurrentes estaban las de orden económico que proclamaban los perjuicios de la burocratización del Estado y la ineficiencia de la actividad estatal, en parte relacionada con las conquistas de los empleados públicos. Esta interpretación se llenó de motivos eficientista que reclamaban un Estado guiado bajo la misma racionalidad de la empresa privada. Un Estado fuerte pero mínimo.

III. América Latina y la reestructuración capitalista

En los años noventa comenzó un proceso de abandono de la fase de acumulación fordista, período que debe interpretarse como un interregno de transición, entre este y lo que la literatura ha denominado el posfordismo. La reestructuración capitalista ha venido sufriendo de dos obstáculos insoslayables: de un lado, el nivel de desarrollo de las luchas sociales y, de otro lado, la posibilidad de transitar hacia la reconversión industrial propia del toyotismo. La primera barrera la ha venido superando mediante la aplicación de medidas neoliberales, que se han caracterizado por el impulso de políticas como la apertura económica, la privatización de los servicios públicos, la flexibilización laboral, etc.; la segunda, mediante la construcción de ambientes propicios para la inversión extranjera directa, facilitando la ubicación de la empresa transnacional, el proceso de cambio tecnológico sobre las bases de la automatización y la robótica dentro de los procesos industriales, la generalización de las tecnologías basadas en la revolución de las comunicaciones y el internet, el desarrollo de la investigación científica y tecnológica, dando prioridad a las aplicaciones y los desarrollos en biotecnología, etc.

Hoy por hoy se asiste a un proceso de superación de la industria fordista, lleno de tensiones y confrontaciones que no dejan de suceder. La Constitu-

ción Política neoliberal permitió el desmonte del pacto social inaugurado por el fordismo, acelerando una nueva reconfiguración de la estatalidad y del ordenamiento jurídico. El Estado abandona las viejas tesis duguitianas sobre la función social de la propiedad y del interés general, por un Estado que desatiende su otrora función esencial en la provisión de las condiciones materiales generales de la producción, especialmente, en los campos de la salud, la educación, la vivienda, etc. Si bien el nuevo constitucionalismo ha pretendido avanzar hacia el llamado Estado social de derecho, el Estado de derecho aparece como un jugador más, dentro del mercado. Su devenir ya no se expresa como esencial en la provisión de los bienes sociales sino que aparece como un actor supletorio o subsidiario en la provisión del gasto social. El Estado-red de Castells sufre una reconfiguración hacia una tendencia que pretende abandonar la vieja tensión entre Estado y mercado. Se presencia un rumbo hacia una superación de la esfera pública y de la esfera privada.

Aquí es necesario, de manera sintética, presentar las nuevas características de la empresa transnacional propia de la reingeniería toyotista. Los principios básicos en que se funda la nueva realidad institucional de la empresa transnacional de bases toyotista, se pueden resumir de la siguiente manera, a saber: 1. Cero inventarios. 2. Cero errores. 3. Calidad total. 4. *Just in time*.

La empresa-red, con su ejército de proveedores, ha permitido una tendencia hacia la desaparición del antiguo derecho laboral, dando espacio a la configuración de un productor-proveedor sin vínculos laborales, un trabajador por cuenta propia, el desarrollo de lo que en Colombia se denominan las pequeñas y medianas empresas-PYMES-, figuras regidas más por relaciones propias del derecho privado o del derecho comercial, en donde la figura de la subordinación laboral se desvanece. En este sentido, la consolidación relativa de la empresa transnacional viene propiciando un proceso de desterritorialización de la producción, de predominio de la *lex mercatoria*, de una tendencia hacia la privatización de la administración de justicia y de un decaimiento del papel tanto de la soberanía jurídica del Estado como un debilitamiento del propio Estado-nación, basado en el *locus standi* que le proporcionaba la producción de bases territoriales nacionales.

Durante el transcurso del siglo XXI América Latina ha sufrido un proceso permanente de transformación del obrero-masa hacia una nueva recomposición del trabajo vivo, caracterizado principalmente por una población flexible, móvil, en donde el trabajo intelectual es tendencialmente dominante¹⁸. Esta dominancia del trabajo intelectual, como resultado del toyotismo y del uso de las tecnologías de la información, es ante todo inmaterial, cognitivo, lingüístico y tiene como condición de posibilidad el sistema de cooperación desterritorializada. El nuevo capital fijo de la producción posfordista es el mismo cerebro social del trabajador cognitivo. En tal sentido, con lentitud se asiste a una profunda mutación de la antigua ley del valor-trabajo. La nueva valorización del capital se nutre de las posibilidades que hoy abre al mundo obrero la cooperación del trabajo social, de naturaleza innovativa y de creación de nuevos valores de uso. La unidad abstracta que requería el capitalismo viene siendo sustituida por la presencia de singularidades que, dentro del proceso de trabajo, tienen en común sus capacidades lingüísticas, comunicativas y afectivas. Lo común de estas singularidades rompe con la vieja dicotomía entre lo público y lo privado, abriendo paso a la diferenciación como condición de posibilidad del nuevo tipo de trabajo vivo que requiere los procesos de trabajo y la producción de plusvalor. Es el tiempo de una reorganización productiva que impone una plena subsunción real, pero ahora fundada no en el proceso inmediato de producción. Hoy la subsunción real compromete a la sociedad en su conjunto, en donde toda actividad propia de la vida es susceptible de producción de excedencia. La producción de subjetividad es la condición contemporánea para el proceso de producción de nuevo valor y del proceso de acumulación capitalista.

Aún la población informal, campesina, afrodescendiente, es decir, aquella que habíamos señalado como regida bajo condiciones no capitalistas de producción, tiende a ser incorporada a esta producción biopolítica. Los saberes “populares” en todas sus dimensiones entran a ser incorporados al circuito de la producción de subjetividades.

¹⁸ Negri, Antonio, *La fábrica de porcelana*, Barcelona, Paidós, 2008.

Bibliografía

Archila, Mauricio (comp.), *La crítica marxista del Estado capitalista: del Estado-instrumento a la forma-Estado*, Bogotá, Cinep, 1980.

Baudrillard, Jean, *A la sombra de las mayorías silenciosas*, Barcelona, Kairós, 1978.

Castells, Manuel, *La era de la información*, Madrid, Siglo XXI, 1999.

Clasco (coord.), *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina. Veinte tesis sociopolíticas y un corolario*, Chile, Fondo de Cultura Económica, 1991.

Evers, Tilman, “Movimientos barriales y Estado: luchas en la esfera de la reproducción en América Latina”, En *Teoría y Sociedad*, núm. 11 (1983).

Faria, José Eduardo, *Direito e Justiça: A Função Social Do Judiciário*, São Paulo, Ática, 1989.

Frobel, F.; Heinrichs, J. y Kreye, O, *La nueva División Internacional del Trabajo*, Bogotá, Siglo XXI, 1981.

Gutiérrez, Garza Esthela, (coord.), *La crisis del Estado de bienestar* (vol. 2), México, Siglo XXI, 1988.

Jessop, Bob, *Crisis del Estado de bienestar: hacia una nueva teoría del Estado y su consecuencias sociales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999.

Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, España, Akal, 2007.

Lessa, Carlos y otros, *Desenvolvimento capitalista no Brasil* (vol. I), São Paulo, Brasiliense, 1998.

Negri, Antonio, *La fábrica de porcelana*, Barcelona, Paidós, 2008.

Negri, Toni, *Dominio y sabotaje*, Barcelona, El Viejo Topo, 1979.

O'Connor, James, *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Península, 1994.

Rodríguez M., Eduardo, *Procesos de trabajo, valorización y reestructuración del espacio*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

Rodríguez M., Eduardo, *La agonía del Estado de derecho positivo*, Bogotá, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, 2008.

Rodríguez M., Eduardo, *La ambigua naturaleza del derecho y la informalidad jurídica. Estudio de caso desde la sociología jurídica*, España, Editorial Académica Española, 2012.

Schmidt, Benicio Viero, *O Estado e a Política urbana no Brasil*, Brasil, Universidad de Porto Alegre, Difel, 1983.

Sonntag, Rudolf y Valencillos, Héctor, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1977.

Virno, Paolo, *Gramática de la multitud*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

Principales presupuestos de orden jurídico para que el Proceso Andino de Integración funcione en el marco de la descentralización territorial Colombiana*

*Carolina Blanco Alvarado***

* El presente capítulo es producción académica del Proyecto de Investigación: “Las esferas de la globalización”, en el marco del Grupo de Investigación: “Estado, Derecho y Territorio”, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Libre, sede Bogotá, Colombia.

** Ph.D. en Derecho, Universidad Santo Tomás (sede Bogotá, Colombia). Docente investigadora de la Universidad Libre, Bogotá. Dirección Postal: Calle 106 No. 22-75, apto. 205, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: carolinablancoalvarado@hotmail.com

Resumen

En el presente manuscrito establece las principales condiciones de orden jurídico para que el Proceso Andino de Integración se contextualice en la descentralización territorial. Para el efecto, se desarrollaron tres temáticas. En primer lugar, se analiza la naturaleza jurídica del Derecho Comunitario Andino o del Derecho Andino de la Integración; en segundo lugar, se desarrolla el papel de la Comunidad Andina (CAN) en la descentralización territorial, y para finalizar se establecen las principales condiciones jurídicas para que el Proceso Andino de Integración se pueda articular con la descentralización territorial. La hipótesis final de la investigación permitió concluir que en aras de lograr articular a la CAN con la descentralización territorial, es necesario el fortalecimiento del Derecho Comunitario Andino en los países miembros de la CAN, y como consecuencia de ello, superar algunos obstáculos que el citado Derecho ha evidenciado.

Palabras clave: Integración Andina, Comunidad Andina, Derecho Comunitario Andino.

Abstract:

This manuscript establishes the main legal conditions for the Andean integration process to be contextualized in territorial decentralization. For this purpose, three (3) themes were developed, firstly explaining the legal nature of the Andean Community Law or the Andean Law of Integration; Secondly, the role of the Andean Community (CAN) in territorial decentralization is developed and, finally, the main legal conditions are established so that the Andean integration process can be articulated with territorial decentralization. The final hypothesis of the study allowed us to conclude that in order to articulate the CAN with territorial decentralization, it is necessary to strengthen Andean Community Law in the member countries of the CAN and, as a consequence, to overcome some obstacles that the aforementioned law has shown.

Keywords: Andean Integration, Andean Community, Andean Community Law.

Introducción

Finalizada la legalización de los tratados internacionales, acuerdos y protocolos propios de un proceso de integración, por regla general los Estados inician las gestiones de determinar los beneficios de orden económico; olvidando que al momento de entrar en vigencia dicho marco normativo, no solamente inician los efectos de nuevas reglas de juego en el ámbito económico, sino que también, dicho marco normativo va a generar un impacto importante en el escenario jurídico de los países miembros. Lo dispuesto, resulta claramente aplicable en el Proceso de Integración Andino; en donde la entrada de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú a la CAN, no supone ingresar a una organización internacional más por intereses en estricto económicos, sino que comporta contextualizar jurídicamente a los Estados miembros frente a la vinculación a un órgano supranacional.

En este orden de ideas, el presente manuscrito pretende desarrollar las principales condiciones de orden jurídico para que opere el Proceso de Integración Andino en el marco de la descentralización territorial colombiana. Lo anterior, entre otros aspectos, porque la investigación científica en la temática propia de la descentralización territorial colombiana y la integración andina, se han orientado hacia los temas de orden económico, dilucidándose el análisis jurídico. Es importante resaltar que parte de la Doctrina ha considerado que el mayor obstáculo de la descentralización territorial, es de carácter jurídico y por ello, dicha fuente del Derecho, ha considerado que identificando cuál es el origen de las fallas de orden jurídico será relativamente fácil identificar soluciones frente al citado sistema de organización administrativa¹. Lo dispuesto anterior-

¹ Lo afirmado es corroborado por Castro, Jaime, "Cómo salvar la descentralización", *Revista Jurídica*, 3-1 (2006), p. 30.

mente también resulta aplicable al Proceso Andino de Integración; y es por ello, que se considera que el núcleo esencial de la crisis de dicho proceso, no es de carácter económico, sino de orden jurídico². En concordancia con lo dispuesto en líneas arriba, y como un fundamento adicional a la temática de investigación que se propone, es pertinente anotar que el modo de inserción al fenómeno de la globalización de las entidades territoriales o de sus homólogos en gran parte de los países de América Latina, y particularmente en los Estados andinos, ha sido precario, incierto y frágil³.

Gran parte de la Doctrina, cuando desarrolla el fenómeno de la integración andina, lo hace desde la perspectiva económica. En este sentido, enmarcan su crisis desde la referenciada perspectiva. Al respecto, se considera que antes de afirmar que los obstáculos de la CAN obedecen a circunstancias de orden económico, es necesario analizar si los Estados andinos están preparados jurídicamente para asumir los beneficios de una integración económica, como quiera que en cualquier proceso de integración es nece-

² De conformidad con lo dispuesto por Wagner, Allan, “35 años de Integración Andina: logros y desafíos en la perspectiva de un nuevo diseño estratégico”, en *El futuro de la Integración Andina*, Centro de Estudios de la Realidad Colombiana (CEREC), 2004, pp. 8-9; es fácil concluir que la Doctrina de manera mayoritaria, ha considerado que la integración andina permite evitar la disparidad económica de los países miembros, y como consecuencia de ello, resulta procedente afirmar que las características particulares, orígenes y causas del Proceso Andino de Integración obedecen, fundamentalmente, a la centralización y concentración del potencial económico de los países industrializados y a una diferenciación y polarización económica creciente en los Estados andinos; aspecto que es explicado por el profesor Frambes, Aline, “Teorías sobre la integración aplicables a la unificación de los países latinoamericanos” en, *Revista Política y Cultura*, 2 (1993), p. 34. A pesar de lo dispuesto anteriormente Camargo, Andrea, “Fortalecimiento de la integración regional por medio de los acuerdos de asociación, un presupuesto para una adecuada inserción de los países en vía de desarrollo en el contexto de globalización, caso CAN y CE”, 2006. Consultado en <<http://vlex.com/vid/5394529>>. Fecha de consulta: 20 de enero de 2012, p. 15, ha considerado que a pesar de que los Estados en vía de desarrollo continúan dependiendo de los países desarrollados, la Comunidad Andina debe ser uno de los instrumentos necesarios para que los países andinos se contextualicen económicamente, de mejor manera, con los países industrializados.

³ Lo afirmado es corroborado, entre otros doctrinantes, por Barrera, Augusto, “El debate actual sobre descentralización y autonomías en la región andina”, en *Revista Nueva Sociedad*, 210 (2007), p. 32.

sario que los países miembros, estén preparados jurídicamente para asumir los beneficios y retos de la integración económica.

En este orden de ideas, y para efectos del objetivo que se pretende con las presentes páginas, se considera que los obstáculos de la integración andina en el marco de la descentralización administrativa territorial, en esencia, no son de carácter económico, sino que los mismos se circunscriben a aspectos de orden jurídico y que como consecuencia de ello, se ubican de forma antecedente al usufructo de los beneficios económicos del proceso de integración⁴.

No es la intención del presente manuscrito desarrollar de manera acuciosa todos y cada uno de los obstáculos de orden jurídico, que existen para que la integración andina pueda contextualizarse en la descentralización territorial, sin embargo, se considera que entre los principales obstáculos se encuentra la ausencia de interés de los Gobiernos nacionales de articular las competencias andinas y las competencias de las entidades territoriales descentralizadas, en razón a que los Estados han apartado de sus intereses las relevantes y significativas actividades, que en el marco internacional pueden ofrecer las entidades territoriales. Otro de los factores que obstaculizan la adecuada articulación entre descentralización territorial e integración andina, es la desinstitucionalización del proceso andino de integración. Para el efecto, es importante no olvidar que la mera pertenencia al Sistema Andino de Integración (SAI), impone la obligación de actuar de acuerdo al objetivo único de la consecución de los objetivos del Acuerdo de Cartagena. Ello quiere decir que el conjunto del SAI debe integrar una unidad de acción coherente que respete y dé cumplimiento al Acuerdo de Cartagena y, por extensión, al Ordenamiento Jurídico Andino. Por tanto, todos y cada uno de los órganos e instituciones andinas deben ajustar su

⁴ No son pocos los que se preguntan con cierta inquietud si es posible materializar el proceso de integración andina. No obstante, más allá de las dificultades, sostenemos que es factible y un imperativo en momentos en que fenómenos como la globalización se asientan en el mundo. Lograrlo será una labor compleja, demandará no solo un enorme esfuerzo y una gran capacidad de comprensión de los Gobiernos andinos en la que se ha de respetar las características e intenciones inherentes a cada uno. Lo dispuesto anteriormente es corroborado por Maldonado, Óscar y Kichwa, Omar, "Políticas públicas para una integración intercultural y participativa", en *Los pueblos indígenas y la Integración Andina*, Lima, Perú, Secretaría General de la CAN, 2008, p. 24.

funcionamiento a pautas de conducta que tiendan de forma unitaria a la consecución de los objetivos comunitarios⁵.

De conformidad con lo dispuesto en líneas anteriores, y en aras de lograr articular a la descentralización territorial con la CAN, es necesario superar algunas deficiencias que el Derecho Comunitario Andino ha evidenciado. Como consecuencia de lo anterior, en las presentes líneas se desarrollarán los principales presupuestos para que desde una perspectiva jurídica, funcione la descentralización territorial en el marco de la CAN.

El método de investigación empleado para el presente manuscrito es de carácter dogmático. Para el efecto, y atendiendo a la razón de ser de dicho método se ha pretendido explicar el orden jurídico propio del Derecho Comunitario Andino o del Derecho Andino de la Integración, tal como es, y a la vez se ha intentado complementarlo en aras de hacerlo más inteligible⁶. Adicionalmente, se utilizó la técnica del análisis-síntesis, lo cual permitió descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo en aras de lograr identificar las condiciones jurídicas necesarias, para que el Proceso Andino de Integración funcione en el marco de la descentralización territorial.

En razón a la ausencia de estudios en la temática propia del problema de investigación planteado, el diseño de la investigación o el abordaje general que se utilizó en el proceso de investigación, fue el de la teoría fundamentada⁷.

⁵ Lo anterior, no es más que uno de los principios orientadores de funcionamiento de la CAN denominado principio de unidad, el cual impone y permite garantizar un funcionamiento institucional coherente y centrífugo, en el que la actuación de los distintos órganos se oriente en una misma dirección, evitando la dispersión institucional. Para el efecto, ver la explicación del citado principio por Quindimil, Jorge, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 145.

⁶ Para el efecto, se ha entendido por el método de investigación dogmático, aquel que no se limita a explicar el orden jurídico, sino que pretende adicionalmente, fijar pautas que tengan por finalidad hacerlo más entendible y eficaz Báez, Catalina, *Los métodos particulares de la investigación jurídica*, Santiago, Editorial jurídica de Chile), 2010, p. 23.

⁷ Salgado, Alicia, *La investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*, Lima, Liberabit, 2007, ha analizado a la teoría fundamentada como un método de investigación cuyo planteamiento básico es que las proposiciones teóricas surgen de los datos obtenidos en la investigación, más que de los estudios previos. Dicho método es especialmente útil cuando las teorías disponibles no explican el fenómeno o planteamiento del problema.

1. El papel de la CAN en la descentralización territorial colombiana

El fenómeno de mayores repercusiones en todos los órdenes de la actualidad es la globalización. Dicho fenómeno penetra al interior de los Estados, los moldea para convertirlos en instrumentos inscritos en un orden del cual hacen parte, sin que puedan sustraerse, ni renunciar a él⁸.

El Estado, hoy como ayer, es hábil y sabe adaptarse; y en modo alguno ha ido asumiendo el desempeño de nuevos papeles y nuevas estrategias⁹; es en este sentido que resulta procedente aclarar que la globalización está determinando no la obsolescencia del Estado, sino la necesidad de transformarlo en una entidad capaz de conducir una inserción más discriminada y selectiva en la comunidad internacional¹⁰, actividad que supone en modo alguno, el fortalecimiento a los procesos de integración.

La globalización ha generado variedad de aristas para investigar; dentro de ellas se encuentra la relación entre globalización y descentralización territorial, atendiendo a que en ambos sistemas de organización se evidencia una familiaridad innata, como quiera que la globalización conduce a una nueva valorización de lo local¹¹.

Los países en vía de desarrollo, como el Estado colombiano, tienen diversas herramientas para adecuarse al fenómeno de la globalización. Entre dichas

⁸ Para efectos del Proceso Andino de Integración, se considera oportuno anotar que al analizar la tendencia mundial encontramos a la globalización como el laboratorio por excelencia y como consecuencia de ello, de análisis, de los procesos de integración, aspecto que evidencia la profesora Insignares, Silvana, *El Derecho Comunitario Andino. Una herramienta en la Integración Andina. Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 307.

⁹ Lo dispuesto es contextualizado por Núñez, Manuel, “Estado, Derecho y religión en Oriente y Occidente”, en *La crisis del Estado*, 2009. Consultado en <<http://vlex.com/vid/65576105>>. Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2012, p. 56, cuando explica el papel de la globalización en el ordenamiento jurídico nacional.

¹⁰ Al respecto ver a Moncayo, Edgar, *Las relaciones externas de la Comunidad Andina: entre la globalización y el regionalismo abierto*, Lima, Secretaría General de la CAN, 1999, p. 15, quien intenta contextualizar a la globalización en el marco de los procesos de integración.

¹¹ Lo afirmado es corroborado por Arango, Jairo, 2007, p. 5 y por Tapia, Jorge, “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 22, (2003), p. 101.

herramientas está el Proceso Andino de Integración, el cual debería ser entendido como una herramienta de gobernabilidad a disposición de los países miembros¹². Lo anterior supone modificar el papel y las funciones de las entidades territoriales, favoreciendo la flexibilidad, la autonomía y la cooperación; sin desconocer, el papel del Estado central como coordinador de políticas públicas.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, es importante resaltar que las relaciones internacionales no deben ser solamente de interés del poder central, sino también de entidades subnacionales o territoriales, en razón a que la globalización está propiciando la redefinición del papel de los Estados y de sus gobiernos en el ámbitos nacional y local¹³.

La actualidad ha evidenciado que los poderes centrales de los Gobiernos nacionales, han transferido funciones conexas con el desarrollo económico a organismos subnacionales o entidades territoriales. Es en este sentido en el que se debe resaltar a la descentralización territorial como herramienta fundamental que permite un nuevo rol a los citados organismos o entidades¹⁴. Lo anterior ha generado un enfoque inspirador de investigaciones

¹² La globalización es bendecida por los países desarrollados y grupos de poder, lo que obliga a las naciones en vía de desarrollo a adoptarla como el único modelo con posibilidades para permanecer en el escenario mundial. Aspecto que explica Cabrera, Lizandro, “América Latina y la globalización”, en *Revista Opinión Jurídica*, núm. 45, (2009), p. 37, y que es corroborado por la CAN, cuando a través de sus anuncios ha considerado que la integración andina se constituye no solo en un mandato histórico y un compromiso político- jurídico, sino una alternativa válida de los países andinos para ganar espacios de autonomía que favorecen el verdadero progreso de sus pueblos y que permite una mejor contextualización frente al fenómeno globalizante, Secretaría General de la Comunidad Andina, *La Comunidad Andina, una apuesta por nuestro futuro*, Lima, Secretaría General de la CAN, 2007, p. 24.

¹³ Lo afirmado es contextualizado por los profesores Rodríguez, Claudia y Guerrero, Hugo, “Gobernanza multinivel en la Unión Europea”, en *Revista Principia Iuris*, núm. 11 (2009), p. 46; Salgado, Alicia, *La investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*, Lima, Liberabit, 2007, p. 34; Gasol, Claudia e Iglesias, Eduardo, *El rol de los gobiernos subnacionales en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, CARI, 2010, p. 62.

¹⁴ Lo afirmado ha dado lugar a lo que se ha denominado como *paradiplomacia*, tal y como lo corrobora Gómez, Samuel y Luque, Gore, “La participación de la sociedad civil en los procesos internacionales-paradiplomacia”, en *Memorias: V Congreso de Relaciones Internacionales*, La Plata, Universidad Nacional de la Plata, 2010, p. 23; y que supone el conjunto de actividades desarrolladas por unidades subnacionales o entidades territoriales

en torno a lo que se ha llamado territorios competitivos. Es en este sentido que la descentralización territorial ha sido considerada como un medio para generar territorios competitivos, aprovechándose de manera eficiente de los recursos endógenos, de la creación de entornos locales innovadores y la cooperación estratégica. Lo dispuesto anteriormente, permite ingresos apropiados a las entidades territoriales, lo cual justifica los gastos de las mismas¹⁵. Para el efecto, es importante resaltar que parte de la doctrina ha planteado que si las entidades subnacionales o territoriales ejercen importantes funciones de gasto, también deberían tener mayores responsabilidades en la obtención de ingreso¹⁶; lo que permite afirmar que los Gobiernos subnacionales o locales desempeñan un mejor trabajo cuando la obtención de los ingresos y los gastos se encuentran estrechamente relacionados¹⁷.

De otro lado, la globalización ha ampliado el ámbito de responsabilidad política de la sociedad civil. Dicho fenómeno ha generado como consecuencia que la sociedad civil trascienda del ámbito nacional al entorno transnacional o global¹⁸. Lo anterior, en razón a que cada vez más agentes

que de una manera individual o conjunta, realizan una acción internacional de manera complementaria y compatible con la diplomacia conducida por el gobierno central, pero con un énfasis en lo local-regional.

¹⁵ Lo afirmado es corroborado por Perry, Gustave, "Macroeconomic management in decentralized democracies", en *Memorias: Seminario Globalización Territorial gestionado por el Parlamento Andino*, Bogotá, Parlamento Andino, 1999, p. 18, cuando analiza el fenómeno de la descentralización territorial desde la perspectiva económica.

¹⁶ Nickson, Andrew, "Tendencias actuales de las finanzas locales en América Latina", en *Revista Reforma y Democracia*, núm. 43 (1998), p. 4, desarrolla la temática referenciada cuando evidencia la importancia del escenario económico en el marco de las entidades subnacionales o entidades territoriales.

¹⁷ Bird, Robert, "Subnational revenues", en *Memorias: Congreso Globalización Territorial*, Bogotá, Parlamento Andino, 1999, p. 33, y Rojas, Ferney, "The political context of decentralization in Latin American: Accounting for the particular demands of decentralization in the region", en *Memorias Seminario Globalización Territorial gestionado por el Parlamento Andino*, Bogotá, Parlamento Andino, Bogotá, 1999, p. 77, contextualizan la esfera económica de la descentralización territorial, especificando los beneficios de orden económico de las entidades territoriales o sus homólogos.

¹⁸ Al respecto es importante anotar, que lo afirmado es el fundamento de Sánchez, Alberto y Carswell, Bernardo, "Caracteres del Derecho comunitario; fuentes y relaciones con los ordenamientos nacionales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 575 (1986), p. 27, para justificar el fortalecimiento de la integración andina.

no elegidos directamente por el pueblo, emitan decisiones que afectan a la ciudadanía. Es en este sentido en el que se considera que el Proceso Andino de Integración permite fortalecer el ejercicio de derechos políticos¹⁹, y como consecuencia de ello, la participación ciudadana de la población local; lo cual permite superar en modo alguno, las limitaciones de la democracia preexistente²⁰ en los espacios nacional y local de los países andinos²¹. En este sentido, es necesario resaltar que el Proceso Andino de Integración está en proceso de reconocimiento de diálogos abiertos en los que se entretengan múltiples interacciones de diversa naturaleza cultural, económica y social²².

Por lo anterior, resulta procedente afirmar que la CAN permite promover la democracia en los Estados miembros, y como consecuencia de ello, en las entidades territoriales o sus homólogos. De hecho, resulta oportuno anotar que en los últimos años el debate en torno a la consolidación de la democracia en América del Sur, pasó a ser asociado directamente con la ampliación de los procesos de integración regional²³.

¹⁹ Al respecto es importante anotar que lo afirmado es el fundamento de Montero, Alfred; Samuels, David, "The political determinants of decentralization in Latin American: Causes and consequences", en Montero, Alfred y Samuels, David (comps.), *Decentralization and democracy in Latin America*, Indiana, University of Notre Dame Press, 2004, p. 22, para justificar el fortalecimiento de la Integración Andina.

²⁰ Huntington, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 16, ha considerado que en los Estados andinos se ha evidenciado un deterioro de legitimidad gubernamental, lo cual se acentúa por la imposibilidad de desarrollar instituciones políticas capaces de orientar y dar sentido al interés público, sobre todo en lo que respecta a los ámbitos locales; y que en las sociedades latinoamericanas se observa que los ritmos de movilización social y el auge de la participación política son elevados y los de organización e institucionalización políticas bajos. Al respecto, se considera procedente afirmar que el Proceso Andino de Integración podría ser un mecanismo para asegurar la participación ciudadana en el marco de las entidades territoriales que conforman el Estado colombiano, en la medida en que se remuevan los obstáculos que no han permitido consolidar la legitimidad de dicho proceso.

²¹ Al respecto es importante anotar que lo afirmado es el fundamento de Prieto, Germán, "Integración y democracia: aspectos sociopolíticos del regionalismo en Suramérica", en *Colección Gerardo Molina*, 17 (2008), p. 40, para justificar el fortalecimiento de la Integración Andina.

²² Al respecto es importante anotar que lo afirmado es el fundamento de Arce, Katia, "La integración andina a partir de la sociedad civil: visiones en pugna en un escenario globalizado", en *Revista Diálogos de la Comunicación*, 79 (2010), p. 34, para justificar el fortalecimiento de la Integración Andina.

²³ Ver al respecto a Onuki, Janina, "Democracia e Integración Regional: perspectivas del Parlasur", en *Memorias: V Congreso de Relaciones Internacionales*, La Plata, Universidad

2. Núcleo esencial del Derecho Comunitario Andino

El Acuerdo de Cartagena de 1969 fue el Tratado de Derecho Internacional que dio origen a la Organización de Integración Internacional, que en el texto original se denominó Pacto Andino. Posterior a ello, a través del Protocolo de Trujillo del 10 de marzo de 1996 y que entró en vigencia el 3 de junio de 1997, se dio nacimiento a una nueva estructura orgánica y funcional para la Integración Andina conformada por la CAN y el SAI. Esta norma básica y originaria, y sus protocolos e instrumentos adicionales, consisten en el instrumento jurídico internacional que origina un cuerpo sistémico y autónomo de normas supranacionales que los Estados andinos crean para la fundación de un área que pretende ser de integración social, jurídica, política y económica. En este sentido, expresamente, el artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dispone cuáles son los componentes del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina, así: el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos Modificatorios; las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General de la CAN; y los Convenios de Complementación Industrial, y otros que adopten los países miembros entre sí, y dentro del marco del proceso de la Integración Subregional Andina.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en afirmar que las normas del Derecho Comunitario suelen dividirse en normas de derecho primario u originario, y normas de derecho secundario o derivado, y este parecer se ha plasmado inclusive, en la normatividad de la CAN. Las primeras refieren a los tratados suscritos y ratificados por los países miembros en materia de integración comunitaria andina, así como por sus protocolos adicionales y modificatorios, que se constituyen en las normas y que para su adopción cumplen todas las formalidades propias

Nacional de la Plata, 2010, p. 42 y a Dreyzin, Adriana, *La integración como instrumento para la paz y el desarrollo: el modelo Mercosur en Integración Regional: una condición para la paz y el desarrollo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 27, quienes analizan los procesos de integración desde el escenario de la democracia.

de los tratados internacionales²⁴, son las normas fundacionales de la organización comunitaria y por tanto tienen los rasgos propios de un Tratado Marco. Las segundas, están conformadas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión Andina, Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios de Complementación industrial, y otros que adopten los países miembros entre sí.

El exmagistrado Kaune Arteaga del Tribunal de Justicia Andino, ha explicado las características del Ordenamiento Jurídico de la CAN, las cuales a continuación se proceden a desarrollar con algunos comentarios personales²⁵:

Autonomía: significa que el ordenamiento jurídico andino, no depende de ningún otro ordenamiento, aunque tenga conexiones necesarias con otros sistemas normativos, como el Derecho Internacional Público, del que se origina, y como los ordenamientos jurídicos nacionales de los países Miembros, de cuyas administraciones y organizaciones judiciales requiere para sus desarrollos normativos y para la aplicación de su normatividad. En este sentido, el Derecho Comunitario no es derecho internacional, ni derecho interno de los Estados miembros²⁶, sino un derecho autónomo

²⁴ Al respecto ver a Tangarife, Marcel, *Derecho de la Integración de la Comunidad Andina*, Medellín, Mckenziel, 2002, p. 175, quien analiza el Derecho Andino de la Integración en el marco de los países miembros de la CAN.

²⁵ Ver al respecto a Kaune, Andrés, “La acción de incumplimiento ante los jueces nacionales en el contexto del Derecho Comunitario”, en *Memorias XI Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 51.

²⁶ Aunque ciertamente existen estrechas relaciones entre el Derecho Comunitario, el Derecho Internacional y los derechos internos de los países, se considera que el Derecho Comunitario es un derecho especial y diferente, que surge del conjunto de normas jurídicas contenidas en los tratados o convenios firmados por los Estados para la conformación de una comunidad y en las decisiones proferidas por las autoridades comunitarias, aspecto que es corroborado por Rodríguez, Libardo, *El Derecho Administrativo frente a la internacionalización del Derecho y en particular frente al Derecho Comunitario*, 2010, p. 13. Consultado en <<http://vlex.com/vid/77329889>>. Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2010. También por Higuera, Julián, “Aproximaciones al Sistema de Derecho Comunitario de la Unión Europea”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (27) 2009, p. 34. Es así como la Doctrina ha definido al Derecho Comunitario como un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone de: a) fuentes propias, b) órganos de producción normativa propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados, y c) un sistema judicial de garantía de interpretación y aplicación uniforme.

supranacional creado fundamentalmente por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y por la Comisión Andina.

En consecuencia, el Derecho Comunitario es una rama del derecho, cuyas normas se basan en la idea de integración de los Estados y que no corresponde, estrictamente a una categoría del derecho internacional público o privado, en la medida en que esta clase de derecho se construye a partir del concepto de cooperación y no de integración. Tampoco constituye una subespecie del derecho interno, puesto que si bien los ordenamientos comunitarios constituyen fuentes del derecho interno, su ámbito de aplicación rebasa las simples relaciones jurídicas al interior de un Estado y se extiende a situaciones que afectan a diversos Estados, o a ciudadanos de diversos Estados.

Aplicación inmediata: expresa que tan pronto la norma andina nace, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico de los países Miembros, sin necesidad de introducción, recepción, transformación, o cualquier otra formalidad especial; obligando, por este solo hecho, a los sujetos de la Comunidad. La referenciada característica se evidencia en el artículo 3 del Tratado del Tribunal de Justicia, el cual prevé que las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General, son directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior²⁷.

En consecuencia, por aplicabilidad inmediata²⁸ se entiende la aptitud de la norma comunitaria para desplegar sus efectos *per se*, sin necesidad de un

²⁷ Al respecto consultar a Rosell, Molle, *Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999, p. 67, quien analiza la eficacia del Derecho Comunitario en el marco de los procesos de integración, y específicamente en el marco del ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

²⁸ Por lo que respecta a la aplicabilidad directa, se trata de destacar el fenómeno que consiste en que las normas del Derecho Comunitario, en principio, son susceptibles de ser aplicadas desde su publicación en el *Boletín Oficial de la Comunidad* (no en el *Boletín Oficial* de cada Estado miembro) y, por consiguiente, de ser invocadas por los particulares en sus relaciones con otros particulares o con sus Estados respectivos. Al respecto ver a Sánchez, Alberto y Carswell, Bernardo, "Caracteres del Derecho comunitario; fuentes y relaciones con los ordenamientos nacionales", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 575, 1986, p. 25 y al doctrinante Bulnes, José, "La aplicación

posterior desarrollo en el Derecho Comunitario ni tampoco adaptación en el Derecho Interno.

Primacía: consecuencia del efecto directo y de la aplicabilidad inmediata, es el principio de primacía, preeminencia o prevalencia, con el que alcanza el ordenamiento jurídico comunitario su máxima perfección; principio además congruente con la calificación que se hace de la CAN como «organización supranacional o supraestatal». Dicha característica supone que la normativa propia del Derecho Comunitario Andino está en un nivel de jerarquía superior a la normativa del Derecho Interno de los países miembros, circunstancia que obedece por la cesión del ejercicio de competencias que los Estados andinos han hecho a través del Acuerdo de Cartagena a la CAN.

3. Principales condiciones de orden jurídico para que opere el Proceso de Integración Andino en el marco de la descentralización territorial colombiana

La integración jurídica americana constituye uno de los temas más sugerentes y fecundos para los juristas del continente suramericano. Todo parece indicar que el Derecho de la Integración o Derecho Comunitario será el nuevo paradigma jurídico del siglo XXI. El Derecho Comunitario se perfila, hacia el futuro próximo, como la disciplina jurídica especializada de naturaleza transversal o rama del derecho vertebradora, en torno a la cual habrán de articularse las demás materias jurídicas. No se trata de afirmaciones gratuitas; ellas están basadas en el estado actual de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la globalización, que han venido promoviendo un mayor acercamiento regional a través de bloques continentales²⁹.

del Derecho Comunitario. Los principios de efecto directo y primacía”, en *La cuestión prejudicial*, núm. 36 (1996), p. 23. Consultado en <<http://vlex.com/vid/290646>>.

²⁹ Ver al respecto a Pampillo, Juan, “Derecho Comunitario y *ius commune* americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente”, en *Revista de Derecho*, 8 (2012), p. 45, quien aborda el fenómeno de lo que es y debe ser la integración jurídica.

En concordancia con lo dispuesto en el párrafo anterior, es pertinente anotar que siempre se ha considerado como un dogma el monopolio de la creación del Derecho por parte del Estado, dicho dogma se encuentra en quiebra desde el inicio mismo del proceso de integración andina. El Derecho ya no es creado sólo por los Estados andinos, sino que además de este, y de modo cada vez más intenso y extenso, lo es por parte de entes supranacionales, como la Comunidad Andina. Este Derecho, ajeno al Estado, es aplicado directamente en los Estados miembros, sin necesidad de acto alguno de recepción, lo que produce pérdida de la capacidad reguladora de la ley³⁰.

En el marco de la relación integración andina y descentralización territorial, es importante la existencia de elementos de orden jurídico que se deben configurar como absolutamente necesarios, para lograr que el Proceso Andino de Integración se contextualice en la descentralización territorial.

Establecer las condiciones de orden jurídico para lograr contextualizar el Derecho Andino de la Integración en la descentralización territorial colombiana, implica no olvidar, en primer lugar, que la internalización de las normas emanadas de los órganos de la CAN por parte de los Estados miembros, plantea problemas decisivos a la hora de determinar la naturaleza jurídica del Derecho Comunitario Andino³¹. En segundo lugar, las competencias atribuidas a la CAN que evidencien conexión con las competencias asignadas a las entidades descentralizadas territorialmente deben tener carácter funcional, esto es, que deben perseguir la consecución de unos fines y objetivos determinados, los cuales se hacen evidentes en el preámbulo del Acuerdo de Cartagena, así como sus artículos 1º y 2º de dicho Acuerdo. Este marco normativo contiene lo que se podría denominar: la superestructura axiológica que debe regir el funcionamiento y

³⁰ Blanco, Carolina, "Aproximación a la perspectiva jurídica de las decisiones del Parlamento Andino en los Ordenamientos Jurídicos de los Estados Andinos, en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 6, núm. 2, (2011,) p. 109, ha planteado la necesidad de comprender que de conformidad con el principio de legalidad, el Derecho está conformado, adicionalmente, por las decisiones y resoluciones emitidas por la CAN.

³¹ Ver al respecto a Mata Diz, Jamile, "El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea", en *Revista Ius et Praxis*, 11-2 (2005), p. 67.

la evolución de la CAN. En este orden de ideas, la actividad de los países miembros y la del conjunto del sistema institucional deben someterse estrictamente al cumplimiento y a la consecución de estos valores fundamentales, que constituyen en buena medida el núcleo fuerte del Acuerdo de Cartagena³².

Para que el Proceso Andino de Integración funcione en la descentralización territorial, es indispensable la configuración de una Comunidad de Derecho en el marco de la CAN. En otras palabras, es necesario que la CAN sea una verdadera Comunidad de Derecho, como expresión paralela a la de Estado de derecho, ya que es perentorio que la Comunidad sea tributaria del principio de legalidad en igual o superior medida a la de los Estados miembros. Este planteamiento conlleva el cumplimiento de los siguientes aspectos:

En primer lugar, es indispensable el reconocimiento de la supranacionalidad del Derecho Andino de la Integración. El concepto de supranacionalidad en el marco del Acuerdo de Cartagena supone que los países miembros se desprenden de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por la CAN, quien adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los Estados miembros las precisas materias que le han sido transferidas. Para el efecto, es pertinente aclarar que las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre el Derecho Interno de los países miembros, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional.

³² Así, entre otros principios y objetivos, el preámbulo del Acuerdo de Cartagena prevé: *“Los Gobiernos [...] resueltos a fortalecer la unión de sus pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina [...] fundados en los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia [...] decididos a alcanzar tales fines mediante la conformación de un sistema de integración y de cooperación que propenda al desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de sus países [...]”* A la vez los artículos 1° y 2° del Acuerdo de Cartagena establecen: Artículo 1: *“El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros [...] propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los países miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los países miembros”*. Artículo 2: *“El desarrollo equilibrado y armónico debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los países miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos”*.

El Acuerdo de Cartagena evidencia en el sistema jurídico nacional una transformación del concepto de soberanía, al introducir la supranacionalidad de las normas del tratado originario del Acuerdo. Al respecto, se ha considerado que la supranacionalidad es el núcleo del Derecho de la Integración, pues es el rasgo que lo distingue del Derecho Internacional común. Esta supone la creación de una organización con mecanismos más amplios, directos y expeditos, de los que regulaban las relaciones políticas, sociales, jurídicas o económicas antiguas; y, que adicionalmente, suponen independencia de los Estados que integran al proceso de integración, con poderes para emitir decisiones autónomas y obligatorias por los países miembros³³.

En segundo lugar, es indispensable el reconocimiento del Derecho Andino de la Integración. Siempre se ha considerado como un dogma, el monopolio de la creación del Derecho por parte del Estado. Este principio fundamental, se encuentra en quiebra desde el inicio mismo del Proceso de Integración Andina. El Derecho ya no es creado solo por los Estados andinos, sino que además de este, y de modo cada vez más intenso y extenso, lo es por parte de entes supranacionales, como la CAN. El referenciado reconocimiento obedece jurídicamente a la legalización del Proceso de Integración Andino en los Estados miembros, a través del Derecho Comunitario Originario y Derivado.

En tercer lugar, es necesario el establecimiento de una jerarquía normativa en el marco de la CAN. La CAN es una Comunidad de Derecho como expresión paralela a la de Estado de derecho, lo que permite afirmar que la Comunidad es tributaria del principio de legalidad en igual o superior medida que los Estados miembros³⁴. Este planteamiento conlleva a la consecuencia de que en dicha Comunidad deba existir una jerarquía normativa entre los Reglamentos, Directivas, Decisiones y Recomendaciones que emite la CAN.

³³ Ver al respecto la explicación de García, Nolberto, *Soberanía y Unión Europea. Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución* (2.ª ed.), Barcelona, Atelier, 2004, p. 59; y la del profesor Sáchica, Luis, *Introducción al Derecho Comunitario Andino* (2.ª ed.), Bogotá, Temis, 1990, p. 89.

³⁴ Lo afirmado es corroborado por Maside, Juan, "Características del Derecho Comunitario europeo", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 610 (1992), p. 15.

En cuarto lugar, es perentoria la existencia de control jurisdiccional de la propia actividad de la CAN. En este orden de ideas y en aras de lograr la efectividad del Ordenamiento Jurídico Andino, los ciudadanos y los Estados miembros, deben tener acceso directo a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la CAN para reivindicar los derechos derivados de dicho ordenamiento. Dicho Tribunal ostenta competencias muy similares a las que en el Derecho interno ejercen las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa.

En concordancia con las ideas anteriores, y como presupuesto adicional, es necesaria la legalización de propuestas de armonización legislativa al interior de la CAN. La citada armonización puede entenderse como el conjunto de estudios y actividades tendientes a agrupar una normatividad con fines de su unificación, modificación o integración legal o el método que coordina y asimila políticas para conseguir un paralelismo de disposiciones legales y administrativas, dirigidas a un objetivo común, normalmente de cooperación o integración supranacional. Todo lo anterior, con la finalidad de lograr un acercamiento entre los sistemas jurídicos de los países miembros de la CAN, con el propósito de incorporar normas comunes sobre la temática de la descentralización territorial, en aras de otorgar soluciones prontas a las diferencias que se puedan suscitar entre países, dar seguridad jurídica a las partes, establecer criterios homogéneos y principios rectores a los Estados; y en últimas, para lograr la adecuada coordinación de competencias descentralizadas territorialmente con las competencias del Proceso Andino de Integración, que sean concurrentes.

Para finalizar, y como último postulado, es indispensable la claridad de competencias asignadas a la CAN en el marco de la descentralización territorial. En este sentido, se considera que para que el Proceso Andino de Integración produzca efectos en la descentralización territorial, es necesario que el Derecho Primario Comunitario evidencie de manera acuciosa, clara y expresa las competencias que asumirá la CAN, y a la vez, que otorgue claridad de cuáles competencias son las compartidas entre dicha Organización Internacional y las entidades territoriales descentralizadas, y como consecuencia de ello, las condiciones en que serán ejercidas dichas competencias.

Conclusiones

Es de interés preguntarse si para la CAN es de importancia la descentralización territorial colombiana. Al respecto, la descentralización territorial y el Proceso Andino de Integración, son fenómenos que deberían funcionar de manera coordinada.

La relación jurídica entre descentralización territorial y el Proceso de Integración Andino, supone la cesión de ejercicio de soberanía por parte del Estado colombiano de forma voluntaria y permanente a la CAN.

La descentralización territorial y la integración andina son fenómenos, en los que más allá del anhelo y la retórica, requieren de caminos que conduzcan a su concreción, atendiendo la crisis que han evidenciado. Dentro de los diferentes caminos que pueden ayudar a concretar la descentralización territorial colombiana y la integración andina, es de relevancia evidenciar la necesidad de contextualizar a la integración andina en el marco de la descentralización territorial colombiana.

Las entidades subnacionales o sus homólogos están cargadas de nuevas y cruciales responsabilidades, ya que el orden mundial está requiriendo la participación de las entidades territoriales, es por ello que resulta necesario resaltar la importancia de la paradiplomacia, como la posibilidad que tienen las entidades territoriales de actuar en la esfera internacional.

La descentralización territorial colombiana y la integración andina son conceptos que se complementan y como consecuencia de ello, deben funcionar de manera coordinada. La integración andina y la descentralización territorial, son dos fenómenos que se requieren de manera complementaria. Como consecuencia de ello, ambas figuras deben aunar esfuerzos y vincularse en un proceso de articulación.

La articulación de lo local y lo global, en la actualidad se constituye en una nueva oportunidad para el desarrollo de las entidades territoriales o sus homólogos, para lo cual, dichas entidades pueden ejercer competencias en el marco internacional. Lo anterior permite que las relaciones internacionales de los gobiernos territoriales estén enmarcadas en lo que comúnmente se conoce como paradiplomacia, esto es, en un proceso de internacionalización de los gobiernos territoriales que se fundamentan en

un ejercicio paradiplomático, cuyo fin último es la promoción del desarrollo local.

La dimensión internacional se ha convertido en una alternativa válida para que las entidades territoriales o sus homólogos puedan encontrar soluciones a sus problemas de desarrollo, como respuesta a los nuevos desafíos de la globalización.

Uno de los elementos por tener en cuenta en el debate de la descentralización territorial colombiana, es que este se acompañe del Proceso de Integración Andino; lo que se traduce en la consideración de que el desarrollo del sistema de organización administrativo descentralizado territorial, se gestione de manera paralela al desarrollo del Proceso Andino de Integración.

La relación jurídica de los fenómenos de la integración andina y la descentralización territorial es de interdependencia ya que la descentralización territorial colombiana supone no solamente el cumplimiento de las normas propias del Derecho Interno, sino también de aquellas relacionadas con el Derecho Andino de la Integración. En este orden de ideas, el bloque de legalidad o conjunto de normas a las cuales se encuentran sometidas las decisiones y actuaciones de las autoridades internas, se amplía en el sentido de incluir reglas y principios provenientes de la normativa comunitaria.

Bibliografía

Arce, Katia, “La integración andina a partir de la sociedad civil: visiones en pugna en un escenario globalizado”, en *Revista Diálogos de la Comunicación*, núm. 79 (2010), pp. 23-53.

Báez, Catalina, *Los métodos particulares de la investigación jurídica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

Barrera, Augusto, “El debate actual sobre descentralización y autonomías en la región andina”, en *Revista Nueva Sociedad*, núm. 210 (2007), pp. 30-67.

Bird, Robert, “Subnational revenues”, en *Memorias: Congreso Globalización Territorial*, Bogotá, Parlamento Andino, 1999, pp. 30-65.

Blanco, Carolina, “Aproximación a la perspectiva jurídica de las decisiones del Parlamento Andino en los Ordenamientos Jurídicos de los Estados Andinos”, en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 6, núm. 2 (2011), p. 109.

Blanco, Carolina, “La Integración Andina en el marco constitucional de los países miembros de la Comunidad Andina”, en *Revista IUSTA*, núm. 34 (2011), pp. 100-125.

Bulnes, José, “La aplicación del Derecho Comunitario. Los principios de efecto directo y primacía”, en *La cuestión prejudicial*, 1996. Consultado en <<http://vlex.com/vid/290646>>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2013.

Cabrera, Lizandro, “América Latina y la globalización”, en *Revista Opinión Jurídica*, núm. 16 (2009), pp. 33-46.

Camargo, Andrea, “Fortalecimiento de la integración regional por medio de los acuerdos de asociación, un presupuesto para una adecuada inserción de los países en vía de desarrollo en el contexto de globalización, caso CAN y CE”, 2006. Consultado en <<http://vlex.com/vid/53945299>>. Fecha de consulta: 20 de enero de 2012.

Castro, Jaime, “Cómo salvar la descentralización”, en *Revista Jurídica*, núm. 3-1 (2006), pp. 25-35.

Dreyzin, Adriana, *La integración como instrumento para la paz y el desarrollo: el modelo Mercosur en Integración Regional: una condición para la paz y el desarrollo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Frambes, Aline, “Teorías sobre la Integración aplicables a la unificación de los países latinoamericanos” en *Revista Política y Cultura*, núm. 2 (1993), pp. 30-50.

Gasol, Claudia; Iglesias, Eduardo, *El rol de los Gobiernos subnacionales en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, CARI, 2010.

García, Nolberto, *Soberanía y Unión Europea. Algunas cuestiones críticas desde la Teoría de la Constitución* (2.^a ed.), (Barcelona, Atelier, 2004).

Gómez, Samuel; Luque, Gore, “La participación de la sociedad civil en los procesos internacionales-paradiplomacia”, en *Memorias: V Congreso*

de Relaciones Internacionales, La Plata, Universidad Nacional de la Plata, 2010, pp. 20-32.

Higuera, Julián, “Aproximaciones al Sistema de Derecho Comunitario de la Unión Europea”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 27 (2009), pp. 27-45.

Huntington, Samuel, *El orden político en las sociedades en cambio*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

Insignares, Silvana, *El Derecho Comunitario Andino. Una Herramienta en la integración andina. Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Quindimil, Jorge, *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

Kaune, Andrés, “La acción de incumplimiento ante los jueces nacionales en el contexto del Derecho Comunitario”, en *Memorias XI Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, pp. 30-55.

Maside, Juan, “Características del Derecho Comunitario europeo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, (1992), pp. 10-25.

Maldonado, Óscar; Kichwa, Omar, “Políticas públicas para una integración intercultural y participativa”, en *Los pueblos indígenas y la Integración Andina*. Lima, Perú, Secretaría General de la CAN, 2008, p. 24.

Mata Diz, Jamile, “El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea”, en *Revista Ius et Praxis*, núm. 11-2, (2005), pp. 50-74.

Moncayo, Edgar, *Las relaciones externas de la Comunidad Andina: entre la globalización y el regionalismo abierto*, Lima, Secretaría General de la CAN, 1999.

Montero, Alfred; Samuels, David, “The political determinants of decentralization in Latin American: Causes and consequences”, en Montero, Alfred; Samuels, David (comps.), *Decentralization and democracy in Latin America*, Indiana, University of Notre Dame Press, 2004, pp. 15-35.

Nickson, Andrew, “Tendencias actuales de las finanzas locales en América Latina”, en *Revista Reforma y Democracia*, núm. 43 (1998), p. 4.

Núñez, Manuel, “Estado, Derecho y religión en Oriente y Occidente”, en *La crisis del Estado*, 2009. Consultado en <<http://vlex.com/vid/65576105>>. Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2012.

Onuki, Janina, “Democracia e Integración Regional: perspectivas del Parlasur”, en *Memorias: V Congreso de Relaciones Internacionales*, La Plata, Universidad Nacional de la Plata, 2010, pp. 37-67.

Pampillo, Juan, “Derecho Comunitario y *ius commune* americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente”, en *Revista de Derecho*, núm. 18 (2012), pp. 40-64.

Perry, Gustave, “Macroeconomic management in decentralized democracies”, en *Memorias: Seminario Globalización Territorial gestionado por el Parlamento Andino*, Bogotá, Parlamento Andino, 1999, pp. 15-28.

Prieto, Germán, “Integración y democracia: aspectos sociopolíticos del regionalismo en Suramérica”, en *Colección Gerardo Molina*, núm. 17 (2008), pp. 35-67.

Rodríguez, Libardo, *El Derecho Administrativo frente a la internacionalización del Derecho y en particular frente al Derecho Comunitario*, 2010. Consultado en <<http://vlex.com/vid/77329889>>. Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2010.

Rodríguez, Claudia; Guerrero, Hugo, “Gobernanza multinivel en la Unión Europea”, en *Revista Principia Iuris*, núm. 11 (2009), pp. 30-67.

Rojas, Ferney, “The political context of decentralization in Latin American: Accounting for the particular demands of decentralization in the region”, en *Memorias Seminario Globalización Territorial gestionado por el Parlamento Andino*, Bogotá, Parlamento Andino, Bogotá, pp. 64-04.

Salgado, Alicia, *La investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*, Lima, Liberabit, 2007.

Rosell, Molle, Marco institucional y seguridad jurídica en la Comunidad Andina, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

Sáchica, Luis, *Introducción al Derecho Comunitario Andino* (2.^a ed.), Bogotá, Temis, 1990.

Salvador, Miguel, *El impacto de los referentes internacionales en la transformación de las administraciones públicas latinoamericanas: agentes*

y dinámicas institucionales, 2003. Documento disponible en <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047304.pdf>>. Fecha de consulta: 2 de mayo de 2016.

Sánchez, Alberto; Carswell, Bernardo, “Caracteres del Derecho comunitario; fuentes y relaciones con los ordenamientos nacionales”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 575 (1986), pp. 20-42.

Secretaría General de la Comunidad Andina, *La Comunidad Andina, una apuesta por nuestro futuro*, Lima, Secretaría General de la CAN, 2007.

Tangarife, Marcel, *Derecho de la Integración de la Comunidad Andina*, Medellín, Mckenziel, 2002.

Tapia, Jorge (2003): “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (2003), pp. 95-120.

Wagner, Allan, “35 años de Integración Andina: logros y desafíos en la perspectiva de un nuevo diseño estratégico”, en *El futuro de la Integración Andina*, Centro de Estudios de la Realidad Colombiana (CEREC), 2004, pp. 8-9.

Normas citadas

Acuerdo de Cartagena (26/05/1969), Instrumento jurídico internacional con el que inicia el Proceso Andino de Integración.

Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena “Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia” (10/06/2000), Protocolo compromiso de la Comunidad Andina por la democracia, suscrito por los países miembros de la CAN.

Protocolo de Trujillo (10/03/1996), Protocolo modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena.

Tratado Constitutivo del Tribunal Andino de Justicia (10/03/1996), Instrumento por el cual se da la creación del Tribunal Andino de Justicia.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de
Panamericana Formas e impresos, S.A, en enero de 2019.
Para su elaboración se utilizó en páginas interiores papel offset
de 70 grs y la carátula y contracarátula en pasta dura.
La fuente tipográfica empleada es Warnock Pro pro en 11 puntos en
texto corrido y 14 puntos en títulos.

La pregunta por la identidad y la cultura jurídica latinoamericana, que se remonta a la colonización española y su influencia en la práctica decimonónica del derecho y la justicia en esta región; el esfuerzo de los pueblos originarios por el acceso a una justicia asociada a la preservación de su cultura, la toma de conciencia de grupos específicos de la población respecto a la oportunidad de concebir y promover derechos colectivos fundamentales, la tensión entre las fuentes del derecho, el trabajo y el capital en una época de transición, como un conflicto que –desde la revolución industrial– está aún muy lejos de avizorar una solución; o las complejas relaciones, prácticas y teóricas, que experimenta la continua reacomodación de los procesos complementarios de la integración regional y la descentralización territorial; estos son algunos de los problemas que suscitan el interés investigativo de los autores que colaboran en esta publicación, la cual manifiesta la confluencia de esfuerzos y la mutua colaboración en un proyecto de investigación planeado a largo plazo.

ISBN: 978-958-5466-77-7



9 789585 466777