



DeJuSticia

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad



ETNORREPARACIONES:



*la justicia colectiva étnica
y la reparación
a pueblos indígenas
y comunidades
afrodescendientes
en Colombia*

**César Rodríguez Garavito
Yukyan Lam**



Reino de los Países Bajos

Documentos

Documentos

ETNORREPARACIONES:

*la justicia colectiva étnica
y la reparación
a pueblos indígenas
y comunidades
afrodescendientes
en Colombia*

CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO Profesor de la Universidad de los Andes
y miembro fundador de Dejusticia.

YUKYAN LAM Investigadora de Dejusticia.

César Rodríguez Garavito
Yukyan Lam

Nota: Las primeras tres secciones de este documento son tomadas de Rodríguez Garavito (2010), originado parcialmente en una exposición con Tatiana Alfonso en el congreso que dio lugar a Bergsmo, Rodríguez Garavito, Kalmanovitz y Saffon (2010).

Documentos Dejusticia

ETNORREPARACIONES:

la justicia étnica colectiva y la reparación a pueblos indígenas
y comunidades afrodescendientes en Colombia

Este trabajo se desarrolló gracias al apoyo del Reino de los Países Bajos.

ISBN: 978-958-99142-3-6

© Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá, D.C.
Teléfono: (57 1) 608 3605
Correo electrónico: info@dejusticia.org
<http://www.dejusticia.org>

Este texto puede ser descargado gratuitamente en <http://www.dejusticia.org>

Revisión de textos: María José Díaz Granados

Preprensa: Marta Rojas

Fotografías de cubierta: Nat Nat Ipuana Fajardo, Marta Rojas

Impreso por Ediciones Antropos

Bogotá, marzo de 2011

El problema: el punto ciego de la justicia étnica colectiva en las discusiones sobre justicia transicional

El despojo masivo de tierras en Colombia —que se calcula en más de 5,5 millones de hectáreas (cerca del 11% del área agrícola nacional)¹— presenta desafíos complejos para la justicia transicional. A los formidables problemas de *implementación* de las políticas de restitución —que van desde la inexistencia de información catastral sistemática hasta la falta de títulos de propiedad por parte de campesinos poseedores que fueron desplazados de sus parcelas, pasando por la amenaza contra la vida de quienes reclaman la restitución—, se suman los dilemas de *concepción* de los programas centrados en devolverles las tierras a quienes fueron despojadas de ellas.

Como lo han mostrado Saffon y Uprimny (2010) y Uprimny y Sánchez (2010), este énfasis en la restitución, propio de la lógica restaurativa de la justicia transicional, puede reñir con principios éticos, políticos y jurídicos igualmente importantes. En particular dado que, desde una perspectiva de justicia conmutativa, dicha lógica se concentra en devolver las cosas al estado anterior al despojo, los programas inspirados exclusivamente en ella pueden dejar de lado consideraciones de justicia distributiva. Por sí solos, por ejemplo, podrían reforzar la distribución altamente inequitativa de la tierra que ya existía en Colombia antes del despojo masivo de las últimas décadas, o limitarse a devolver tierras precarias a pequeños campesinos.² De ahí el esfuerzo de este artículo por ampliar el panorama conceptual y empírico sobre la justicia transicional en Colombia mediante la inclusión de otros criterios

¹ Véase Comisión de Seguimiento (2009).

² Para una discusión detallada acerca del contraste entre la lógica conmutativa de la justicia transicional y la lógica distributiva de la justicia social, véanse Saffon y Uprimny (2010) y Kalmanovitz (2010).

que deben tenerse en cuenta para diseñar políticas agrarias incluyentes y equitativas.

Contra este telón de fondo, este texto busca dar un paso adicional en esta tarea de expansión analítica mediante la incorporación de otro criterio de justicia que —a pesar de tener profundas repercusiones sociales, económicas y jurídicas en Colombia— no ha sido incluido sistemáticamente a la discusión y las políticas sobre reparaciones a las víctimas. Se trata de un criterio de *justicia étnica colectiva* (JEC), que es analíticamente distinto a los dos ya referenciados de justicia transicional y justicia social.

Consagrado constitucionalmente en la Carta de 1991, este criterio ya había inspirado políticas públicas antes de ese año, incluyendo las relacionadas con el tema de la distribución de tierras. En efecto, dicho criterio sirvió de base para la titulación de importantes territorios a los pueblos indígenas antes de 1991, y ha respaldado titulaciones colectivas a comunidades negras (así como nuevas titulaciones a pueblos indígenas) desde la expedición de la Constitución.

Para tener una idea de la importancia práctica de este criterio, basta comparar las cifras sobre la extensión de tierra que sería objeto de políticas de restitución (es decir, las 5,5 millones de hectáreas que se calcula han sido despojadas), y las cifras sobre extensiones que han sido tituladas colectivamente a grupos étnicos. Esta comparación ofrece una primera aproximación al peso relativo de la justicia transicional y la justicia étnica colectiva como fuentes de distribución y redistribución de tierra en Colombia.

En relación con los pueblos indígenas, los datos muestran que los territorios colectivos que les han sido titulados equivalen a casi seis veces la extensión de las tierras individuales despojadas, en las que se concentra la justicia transicional. En efecto, el cuadro 1 muestra que más de 31 millones de hectáreas han sido adjudicadas como resguardos indígenas, esto es, como territorios colectivos que no pueden ser enajenados. Es interesante notar que la mayor parte de esta extensión fue titulada antes de la Constitución de 1991 y que, de hecho, más de la mitad fue titulada bajo un solo gobierno, el de Virgilio Barco (1986-1990).

En cuanto a las comunidades afrodescendientes, la titulación colectiva fue establecida por mandato de la Constitución de 1991 (artículo transitorio 55). La legislación principal derivada de este mandato es la Ley 70 de 1993, la cual es considerada una de las reformas agrarias recientes más importantes en América Latina (Offen 2003; Hoffman 2007; Oslender 2008), y una forma novedosa de reparación colectiva dirigida al le-

CUADRO 1.
Titulación de resguardos indígenas en Colombia

Año	Área (hectáreas)	Títulos otorgados por año (%)	Títulos otorgados acumulados por año (%)	Títulos otorgados por mandato presidencial (%)
1967	5.115	0,02	0,02	Lleras Restrepo 0,21
1968	61.605	0,20	0,22	
1973	2.000	0,01	0,23	Pastrana Borrero 0,64
1974	195.900	0,63	0,86	
1975	2.500	0,01	0,87	López Michelsen 1,56
1976	50.767	0,16	1,03	
1977	10.600	0,03	1,06	
1978	423.234	1,36	2,42	
1979	53.252	0,17	2,59	Turbay Ayala 13,90
1980	435.991	1,40	3,99	
1981	164.920	0,53	4,52	
1982	3.674.659	11,80	16,32	
1983	761.026	2,44	18,76	Belisario Betancur 11,11
1984	1.420.932	4,56	23,32	
1985	337.063	1,08	24,40	
1986	940.749	3,02	27,42	
1987	360.966	1,16	28,58	Virgilio Barco 50,84
1988	1.302.007	4,18	32,77	
1989	13.879.117	44,58	77,35	
1990	285.350	0,92	78,27	
1991	100.708	0,32	78,59	César Gaviria 8,22
1992	514.779	1,65	80,24	
1993	1.668.451	5,36	85,60	
1994	274.099	0,88	86,48	
1995	314.525	1,01	87,49	Ernesto Samper 7,90
1996	143.810	0,46	87,95	
1997	355.171	1,14	89,09	
1998	1.645.960	5,29	94,38	
1999	308.199	0,99	95,37	Andrés Pastrana 1,96
2000	185.097	0,59	95,96	
2001	51.207	0,16	96,12	
2002	67.137	0,22	96,34	
2003	1.125.792	3,62	99,96	Álvaro Uribe 3,62
Total	31.133.773			

Fuente: Juan Houghton. 2005. “Los territorios indígenas colombianos: teorías y prácticas”, con base en datos suministrados por el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural. Disponible en: www.constituyentesoberana.org

CUADRO 2.
Distribución de los títulos colectivos
a comunidades negras, por departamento

Departamento	Número de títulos	Hectáreas	Familias
Antioquia	13	241.640	2.448
Valle del Cauca	26	339.483	6.053
Nariño	36	1.023.370	15.713
Chocó	56	2.944.919	29.071
Cauca	17	574.615	6.935
Risaralda	1	4.803	198
Total	149	5.128.830	60.418

Fuente: Libia Grueso, “El Territorio como estrategia: construcción socio-cultural, natural y económica de los pueblos afro”, en *Informe de Gestión* 2006. Bogotá: PCN. Citando a: Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (2006).

gado de esclavitud (Mosquera Rosero-Labbé 2007). El resultado ha sido la adjudicación de territorios cuya extensión es muy cercana a la cifra de tierras en las que se concentra la justicia transicional. En efecto, desde 1993, más de 5 millones de hectáreas han sido tituladas a comunidades negras del Pacífico que cumplen con las condiciones de identidad sociocultural y explotación económica comunitaria exigidas por la Ley 70 de 1993.³ Así, a diferencia de la mayoría de los otros regímenes jurídicos latinoamericanos, la Constitución de 1991 —y la posterior legislación y jurisprudencia constitucional— reconoció a los afrodescendientes como un grupo étnico con derecho colectivos similares a los de los pueblos indígenas (véase Rodríguez Garavito, Alfonso y Cavelier, 2009). El cuadro 2 detalla, por departamento, el número de títulos y las áreas otorgadas, así como el número de familias beneficiadas.

Por supuesto, estas cifras nominales no dan una idea cierta de la extensión de los territorios en los que efectivamente pueden ejercer sus derechos colectivos los pueblos indígenas y las comunidades negras. De hecho, estos dos grupos étnicos son las poblaciones más afectadas por el desplazamiento forzado y, por tanto, por el despojo violento de las tierras de las que son titulares. En efecto, según cifras del Censo de 2005, los afrocolombianos son el grupo poblacional más afectado por el desplazamiento (un 14,4% de ellos ha

³ Sobre este proceso, véanse Escobar (2008) y Grueso, Rosero y Escobar (1998).

sido desplazado), seguido por los miembros de pueblos indígenas (1,27%) y el resto de la población (0,68%). Además, parte de estas tierras colectivas se sobrepone a áreas de conservación ambiental que no pueden ser explotadas económicamente.

Sin embargo, las cifras resultan útiles como sustento de la incorporación de la JEC en discusiones sobre justicia transicional y del punto de partida de este texto, por dos razones. Primero, muestran que la cuestión agraria en Colombia no puede ser analizada ni resuelta sin tener en cuenta que, en la práctica, un criterio importante de asignación de tierra ha sido la atención a reclamaciones de justicia colectiva étnica, que están protegidas constitucionalmente.

Segundo, los datos resaltan que, en relación con estos territorios y estas poblaciones, los dilemas de la justicia transicional —esto es, los desafíos de la reparación a las víctimas del conflicto—, se superponen a dilemas propios de la JEC. En otras palabras, el desafío de restituir las tierras y los territorios despojados y de reparar a las víctimas adquiere características especiales cuando los primeros son territorios colectivos y las segundas son comunidades cuya supervivencia cultural depende del goce efectivo de dichos territorios.

Esta combinación de dilemas ha sido reconocida por la intervención estatal más importante en el tema del desplazamiento: la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, y el proceso de seguimiento que, mediante nuevas decisiones (Autos) y audiencias, ha venido impulsando la Corte desde entonces.⁴ Específicamente, en dos decisiones fundamentales expedidas en 2009 (los Autos 04 y 05), la Corte exigió que las políticas públicas sobre desplazamiento tuvieran un “enfoque diferencial” para grupos étnicos (pueblos indígenas y población afrocolombiana, respectivamente). El enfoque diferencial, según la Corte, debe garantizar que la atención humanitaria, los programas sociales y las políticas de verdad, justicia, reparación y no repetición para los grupos étnicos protejan su identidad cultural y la relación colectiva con el territorio que ella comprende.

El concepto de enfoque diferencial, sin embargo, continúa siendo vago tanto en la jurisprudencia de la Corte como en los documentos de política pública del Gobierno colombiano. Además, más allá de reconocer la necesidad de combinar criterios de justicia transicional con criterios de justicia

⁴ De hecho, durante los primeros seis años de seguimiento (de enero de 2004 a enero de 2010), el proceso consistió en 84 Autos y 14 audiencias públicas. Para un análisis detallado del impacto de esta sentencia y del proceso de seguimiento, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010).

étnica colectiva, el Estado no ha traducido este reconocimiento en lineamientos jurídicos o de políticas públicas concretos. Por tanto, la elucidación conceptual y la aplicación práctica del cruce entre estos criterios de reparación siguen siendo tareas pendientes.

Para ayudar a llenar este vacío conceptual y práctico, en este artículo nos concentramos en la justicia étnica colectiva como criterio de reparación en general, y de asignación de tierras en particular. El objetivo del texto tiene dos dimensiones. En su dimensión analítica, se trata de esclarecer conceptualmente el criterio, explicar su relación con otros parámetros de justicia relevantes para políticas de reparación, y esbozar sus implicaciones jurídicas y de políticas públicas. Por otro lado, desde una perspectiva jurídica y de política pública, el texto busca explorar las implicaciones para programas de justicia transicional que se derivan de los estándares, establecidos en el derecho internacional y en la normatividad interna, sobre reparaciones a grupos étnicos víctimas de violencia, desplazamiento forzado y despojo territorial.

El concepto y los estándares jurídicos de JEC que postulamos son aplicables a todas las formas de reparación. Sin embargo, para darles arraigo fáctico, en las secciones en que presentamos el marco analítico sobre JEC, nos concentramos en una forma específica de reparación que es central para los grupos étnicos, esto es, la relacionada con la tierra y el territorio. De ahí que, en esas secciones del texto, nos referimos a materiales empíricos y jurídicos sobre los derechos territoriales colectivos de indígenas y afrocolombianos. En el caso de los pueblos indígenas tomamos como principal referente el pronunciamiento estatal más sistemático sobre el desplazamiento forzado y la reparación para esta población: el mencionado Auto 04 de 2009 de la Corte Constitucional, expedido como parte del seguimiento que este tribunal ha hecho sobre el problema general del desplazamiento desde el 2004, cuando expidió la sentencia estructural sobre el tema (la T-025). En particular, examinamos el contenido y destilamos las consecuencias de la exigencia que ha hecho la Corte para que las políticas de reparación a pueblos indígenas desplazados adopten un “enfoque diferencial” que tenga en cuenta las prácticas culturales y la naturaleza colectiva del territorio de dichos pueblos.

En el caso de las comunidades negras, utilizamos como referente las dos principales intervenciones estatales sobre derechos colectivos afrocolombianos. De un lado, la Ley 70 de 1993, que ha enfrentado serios desafíos de implementación por causa del despojo y desplazamiento forzado del que han sido víctimas las comunidades negras titulares de los territorios colectivos otorgados en virtud de la ley. De otro lado, examinamos el contenido y las con-

secuencias de la decisión específica de la Corte sobre los derechos de los afrocolombianos víctimas del desplazamiento forzado: el citado Auto 05 de 2009. De forma paralela a lo hecho en la decisión mencionada sobre desplazamiento indígena, en este auto la Corte hizo un diagnóstico sistemático de la situación de las comunidades negras desarraigadas y sugirió la adopción de un “enfoque diferencial” para las reparaciones y la atención a dichas comunidades.

Con estos fines y materiales en mente, dividimos el resto del texto en cuatro partes. En la siguiente, con base en la tipología formulada en Rodríguez Garavito (2010), proponemos insertar el debate sobre la justicia transicional en una discusión más amplia sobre diversos tipos de conflictos de tierra y desplazamiento forzado, incluyendo algunos que generan despojo y desarraigo pero que no son sistemáticamente incluidos en las políticas y los estudios sobre justicia transicional —p. ej, los desplazamientos forzados que implican el abandono de territorios colectivos, o los originados en actividades económicas legales (como la minería o los grandes monocultivos)—. Para ello, recogemos la tipología comprensiva de despojos de tierra elaborada en Rodríguez Garavito (2010), que incluye estos y otros casos.

Contra este telón de fondo, en la tercera parte caracterizamos los distintos criterios de justicia que subyacen a diferentes aproximaciones de solución de esos conflictos —desde la justicia transicional hasta la justicia social, pasando por la justicia como eficiencia económica y la justicia étnica colectiva—. Al hacer esta caracterización, desarrollamos con más detalle el contenido de la justicia étnica colectiva y señalamos sus similitudes y diferencias en relación con los otros criterios de justicia de tierras.

Posteriormente, emprendemos un análisis jurídico a fin de determinar las consecuencias prácticas que tiene la JEC para las políticas y el marco jurídico sobre reparaciones en Colombia. En la cuarta sección analizamos los criterios que han sido establecidos o exigidos en el derecho internacional, así como en el contexto colombiano. Concluimos el texto con precisar los estándares que, según la JEC, deben guiar la reparación a grupos étnicos que han sido víctimas de violencia, despojo y desplazamiento forzado.

Tipología de despojos de tierra

Para comprender el conjunto de dilemas involucrados en las políticas de asignación de tierras en momentos de justicia transicional, es necesario ampliar el campo de visión para apreciar los distintos criterios que están en juego. En otras palabras, es necesario insertar la discusión sobre las políticas de reparación en el conjunto de otras políticas posibles sobre distribución y redistribu-

CUADRO 3.
Tipología de despojos de tierras

		TERRITORIO	
		INDIVIDUAL	COLECTIVO
ORIGEN DEL DESPOJO	ILEGAL	Ventas forzadas de parcelas campesinas (Córdoba, Sucre)	Pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes desplazadas por grupos ilegales (Awás, Nariño)
	LEGAL	Campesinos desplazados por proyecto minero o construcción de represa (Urrá)	Comunidades afrodescendientes o pueblos indígenas desplazados por cultivo de palma (Jiguamiandó, Curvaradó)

ción de tierras, desde las políticas históricas de reforma agraria centradas en la justicia social hasta las políticas contemporáneas sobre la “modernización” del campo fundadas en parámetros de eficiencia económica, pasando por las políticas señaladas sobre justicia étnica colectiva.⁵

Un primer paso hacia este panorama más amplio consiste en elaborar una tipología comprensiva de los conflictos de tierra que son decididos en contextos violentos de transición. En otros términos, para entender las aproximaciones a conflictos de tierras que se debaten en momentos de transición como el colombiano, es necesario primero elucidar la gama de despojos que buscan atender.

El cuadro 3 propone una tipología de despojos de tierra que combina dos ejes. De un lado, el eje horizontal distingue entre despojos de tierras individuales y despojos de territorios colectivos. La variable aquí, entonces, es el *título* que existe sobre la tierra despojada: individual en el caso de los campesinos despojados, colectivo en el caso de los grupos étnicos.⁶

De otro lado, la variable del eje vertical es el *origen* del despojo, y distingue entre despojos ocasionados por actividades ilegales y despojos causados por actividades legales. Los primeros incluyen, por ejemplo, los causados por los grupos paramilitares y guerrilleros como parte de su estrategia de control territorial y su involucramiento en el negocio del narcotráfico. Los segundos son todos aquéllos provocados por proyectos económicos que, aunque cuentan con el aval jurídico del Estado, ocasionan el desplazamiento forzado de los propietarios o poseedores de tierras individuales (campesinos) o territorios colectivos (indígenas y afrocolombianos). Algunos casos bien documentados son los desplazamientos causados por explotaciones mineras o cultivos de palma (véase Procuraduría General de la Nación 2008), o los provocados por la construcción de represas en territorios indígenas y afrocolombianos (véase Kopas y Puentes 2009).

Por supuesto, la evidencia muestra que, con frecuencia, las causas legales e ilegales se combinan, como en los conocidos despojos de las comunidades de Jiguamiandó y Curvaradó (Chocó), en las que algunas empresas palmicultoras se han valido de grupos paramilitares para ocupar la zona, incluyendo los territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes.⁷ A pesar de la existencia de estas formas híbridas de despojos, para fines analíticos, las categorías legal / ilegal resultan útiles como tipos ideales.

La principal ventaja de una tipología amplia como la que proponemos es que comprende las distintas formas de despojo que están en juego en las discusiones y las políticas sobre desplazamiento y reparaciones. En efecto, como lo han mostrado informes de entidades estatales (Procuraduría de General de la Nación 2008), estudios académicos (Reyes 2009) y decisiones judiciales,⁸ el abandono forzoso de las cerca de 5,5 millones de hectáreas mencionadas no resulta sólo de acciones de grupos ilegales, sino de un conjunto de híbridos complejos que incluyen, igualmente, actividades que cuentan con el respaldo jurídico estatal (o que incluso, en ocasiones, son emprendidas por el mismo Estado, como sucede con la construcción de macroproyectos de infraestructura en territorios indígenas o la fumigación de cultivos ilícitos que tienen efectos secundarios perjudiciales para las economías campesinas legales).

Igualmente, la tipología permite incluir tanto los casos de despojos individuales (en los que se suelen concentrar la bibliografía y las políticas sobre

5 Para un análisis de los puntos focales históricos de la reforma agraria y su contraste con políticas centradas en el mercado, véase Gutiérrez Sanín (2010).

6 Usamos la palabra “título” más como un término sociológico que un término jurídico, para incluir no solamente los casos de despojos en los cuales las personas despojadas son dueñas de la propiedad, sino también los casos —que son comunes en las zonas rurales del país— en los cuales las personas despojadas ocupaban o poseían la propiedad.

7 *El Espectador*, “El dossier de los palmeros”, 21 de mayo de 2010.

8 Corte Constitucional, Auto 08 de 2009 (sobre la usurpación de tierras pertenecientes a la población desplazada); Corte Constitucional, Auto 04 de 2009.

justicia transicional y reforma agraria), como los casos de desplazamiento y usurpación de las que son víctimas los pueblos y las comunidades étnicas que ocupan un territorio colectivo.

El cruce de las dos variables da lugar a cuatro tipos ideales que representan situaciones diversas de despojo que, a su vez, suscitan exigencias de reparación distintas. Las categorías de la columna izquierda del cuadro involucran a campesinos desplazados. El desplazamiento puede tener lugar por efecto de acciones de grupos ilegales, como lo ilustra la venta forzada y masiva de tierras en Córdoba y Sucre en los años noventa, hecha bajo la intimidación de los grupos paramilitares que controlaban la zona (Reyes 2009). Pero el desplazamiento campesino puede estar originado también en actividades legales, como un proyecto minero o hidroeléctrico. Un caso conocido es la construcción de la represa de Urrá, en Córdoba, cuyos efectos sobre los patrones tradicionales de riego obligaron al desplazamiento de habitantes rurales que ejercían propiedad o posesión sobre tierras individuales (Rodríguez Garavito y Orduz 2011).

En la columna derecha del cuadro encontramos las situaciones resaladas en este texto, esto es, aquéllas cuyas víctimas son colectividades étnicas que ejercen propiedad o posesión sobre territorios comunales. Mientras que en algunos casos (como el desplazamiento masivo del pueblo Awa en el suroccidente colombiano, víctima de las violencias guerrillera, paramilitar y mafiosa) el abandono forzado de territorios tiene sus raíces en disputas por el control de actividades ilegales, como el narcotráfico, en otros (como el mencionado de Jiguamiandó y Curvaradó, en Chocó), el desplazamiento tiene su origen en actividades económicas que, por sí solas, son legales.

Cuatro criterios de justicia de tierras

El mapa de conflictos de tierra es, a la vez, un mapa de los énfasis que hacen diferentes aproximaciones a la cuestión agraria. Así se muestra en el cuadro 4, que reproduce la tipología del cuadro anterior y resalta cuáles conflictos son privilegiados por cuatro criterios de justicia distintos sobre la asignación de tierras: la justicia transicional, la justicia social, la justicia como eficiencia y la justicia étnica colectiva.

En la fila superior del cuadro se destaca el énfasis de la *justicia transicional* en las víctimas de despojos ilegales en contextos de conflicto armado. Como lo muestran Saffon y Uprimny (2010), así como el trabajo de Uprimny y Sánchez (2010), el enfoque tradicional de justicia transicional se concentra en la reparación de graves ofensas a los derechos humanos y al derecho inter-

CUADRO 4.
Criterios de justicia sobre distribución de tierras

		TERRITORIO	
		INDIVIDUAL	COLECTIVO
ORIGEN DEL DESPOJO	ILEGAL	Ventas forzadas de parcelas campesinas (Córdoba, Sucre)	Pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes desplazadas por grupos ilegales (Awas, Nariño)
	LEGAL	Campesinos desplazados por proyecto minero o construcción de represa (Urrá)	Comunidades afrodescendientes o pueblos indígenas desplazados por cultivo de palma (Jiguamiandó, Curvaradó)

Justicia transicional

Justicia social

Justicia como eficiencia

Justicia étnica colectiva

nacional humanitario, como las usurpaciones de tierras y los desplazamientos forzosos masivos. En este sentido, el sujeto privilegiado en este enfoque son las víctimas de dichas ofensas.

Además, tiene una mirada centrada en el pasado y es guiado por la justicia conmutativa, con su énfasis en la restauración de la situación anterior al daño. Aunque en el cuadro incluimos tanto los despojos de tierras individuales como los que tienen lugar sobre tierras colectivas, hasta el momento la discusión sobre justicia transicional en Colombia ha tendido a centrarse en los primeros, como lo han mostrado varios autores y la mención recurrente a las 5,5 millones de hectáreas de campesinos desplazados de parcelas individuales (Bergsmo et ál. 2010).

En la columna izquierda se ubican dos enfoques sobre la cuestión agraria: la *justicia social* y la *justicia como eficiencia*, que tienen en común el énfasis en las tierras individuales pero sostienen visiones contrastantes sobre el criterio para asignarlas. En tanto que la justicia social enfatiza la redistribución de tierras a pequeños campesinos como mecanismo de inclusión y equidad social, la justicia como eficiencia privilegia criterios de mercado para promover la productividad rural a través de inversión privada a gran escala. En ese sentido, mientras que el sujeto central de la primera es el campesino pobre, el del segundo es el inversionista. Y, a diferencia de la justicia transicional,

la mirada de ambos enfoques se encuentra puesta en el futuro, esto es, en la transformación de la estructura agraria.

Según lo documenta Gutiérrez Sanín (2010), se trata de dos aproximaciones que han informado las políticas agrarias colombianas en momentos distintos. Mientras que la justicia social inspiró los programas de reforma agraria de los años treinta y sesenta, la justicia como eficiencia ha marcado las políticas de comienzos de siglo emprendidas por los gobiernos de Álvaro Uribe.

Más allá de los detalles de estas aproximaciones a la cuestión agraria, lo que interesa aquí es mostrar su ubicación en relación con el enfoque que resaltamos en este texto y que no ha recibido una atención equivalente en los estudios sobre tierras y reparaciones: *la justicia étnica colectiva*. En el cuadro se destaca lo que hemos anotado a lo largo del artículo, esto es, que su nota característica es que recae sobre territorios comunales que sirven como espacio de ejercicio y afirmación de la cultura de una colectividad (en el caso colombiano, los pueblos indígenas y las comunidades negras).

En relación con los demás enfoques de justicia, por tanto, la JEC tiene diferencias importantes que justifican su tratamiento analítico separado y que explican sus efectos prácticos propios. En contraste con la justicia social y la justicia como eficiencia, además de referirse a territorios colectivos, la JEC hace énfasis en la identidad cultural como criterio de asignación de tierras.

En comparación con la justicia social, en términos de la conocida distinción de Nancy Fraser sobre criterios de justicia, mientras que la justicia social se centra en la *redistribución* como mecanismo para contrarrestar inequidades materiales, la justicia étnica gira alrededor del *reconocimiento* cultural como forma de corregir inequidades de estatus (Fraser 2003).

Una muestra paradigmática de este enfoque es la mencionada Ley 70 de 1993, sobre derechos de las comunidades negras. Al definir su finalidad, el artículo 1 de la ley establece que:

La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

[...] Esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley.

Como se puede ver, entonces, la principal regulación sobre derechos territoriales afrocolombianos supedita la protección jurídica a la existencia de patrones culturales como las “prácticas tradicionales de producción”, con el fin de proteger la identidad de las comunidades negras como “grupo étnico”. El reconocimiento de la diferencia cultural, por tanto, es la condición para promover la redistribución de oportunidades materiales mediante “el fomento [del] desarrollo económico y social [de las comunidades].”

Por este énfasis, además, la justicia étnica se distancia claramente de la justicia como eficiencia, cuyo criterio de asignación de tierras es la maximización de la utilidad social, medida no como una relación entre colectividades, sino entre agentes individuales del mercado.

Para efectos del tema específico de este artículo —las etnorreparaciones en contextos de conflicto armado como el colombiano— resulta especialmente importante examinar la relación entre la justicia étnica y la justicia transicional. La comparación arroja dos diferencias y una coincidencia centrales.

En cuanto a las diferencias, la justicia colectiva, al contrario de la justicia transicional, busca resarcir los daños causados por violaciones históricas y masivas de derechos que dieron lugar a las relaciones desiguales entre grupos étnicos (p. ej. la esclavización de la población afrodescendiente y el genocidio contra los pueblos indígenas en tiempos de la colonización). Esta justicia histórica intergeneracional subyace, en Colombia y otras partes del mundo, a los reclamos de restitución de territorios ancestrales usurpados a los pueblos indígenas durante la colonización y las exigencias de reparaciones a la población afrodescendiente por el legado de la esclavitud (Torres 2008).

Una diferencia adicional entre la JEC y la justicia transicional es que la primera no sólo mira hacia el pasado, sino también hacia el futuro. Esto es así porque busca transformar, en lugar de restaurar, las relaciones históricas entre grupos étnico-raciales. De aquí que un mecanismo típico en el que se concreta el enfoque de la JEC son las acciones afirmativas, que otorgan condiciones especiales a grupos étnico-raciales discriminados para acceder a bienes y servicios de la ciudadanía de la que han sido excluidos (p. ej., cupos de educación superior o empleos de calidad). La JEC también mira hacia el futuro en la medida en que busca promover una sociedad multiétnica y pluricultural,

como la contemplada por la Constitución Política colombiana (art. 7), en la cual se reafirme la identidad cultural de dichas colectividades.

No obstante estas diferencias, la JEC y la justicia transicional coinciden en un aspecto fundamental: el interés por reparar los daños del desplazamiento forzado y el despojo de territorios colectivos, ocasionados en el pasado más reciente (el del conflicto armado aún vigente). Esta intersección entre los dos criterios (representada por la casilla superior derecha del cuadro 4) es justamente en la que se centra la discusión sobre las etnorreparaciones, incluyendo la idea del “enfoque diferencial” formulada por la Corte Constitucional.

Contra el telón de fondo de la caracterización de la JEC y de otros criterios de justicia esbozados en esta sección, en lo que viene pasamos del análisis conceptual al estudio de las consecuencias prácticas de este enfoque, como ha sido concretado en el derecho internacional y la normatividad colombiana.

La justicia étnica colectiva en la práctica: las pautas del derecho nacional e internacional

Contra el telón de fondo conceptual de las secciones anteriores, en esta giramos nuestra atención hacia la pregunta de cómo llevar la JEC a la práctica. Derivamos estas pautas de un estudio de estándares internacionales y nacionales. Al hacerlo mostramos que, aunque la JEC no ha recibido un tratamiento conceptual sistemático, está basada en principios jurídicos ya existentes en el derecho internacional y, en menor medida, en el ordenamiento jurídico nacional.

En cuanto a la normatividad nacional, es necesario comenzar por precisar que la cuestión de cómo reparar a grupos étnicos con un enfoque diferencial se ha debatido poco. Esto se hace evidente, por ejemplo, en el ámbito del desplazamiento forzado: los documentos y las políticas producidos por el gobierno e incluso, hasta cierto punto, por la Corte Constitucional, emplean un lenguaje asistencialista, de ayuda, atención o protección —en vez de un lenguaje centrado en reparaciones— al referirse al desplazamiento forzado de comunidades indígenas y afrocolombianas. Dada la escasez de una discusión sobre verdaderas reparaciones con enfoque diferencial,⁹ muchas de las nor-

⁹ Sin embargo, debe resaltarse una laudable excepción a la inexistencia general de políticas en cuanto a reparaciones para grupos étnicos: el proyecto “Primero las víctimas”, liderado por la Procuraduría General de la Nación (PGN), dirigido a desarrollar criterios sobre reparaciones para grupos étnicos. La iniciativa recoge ampliamente la experiencia de los grupos étnicos en Colombia, así como la jurisprudencia de la Corte

mas internas citadas en este capítulo han sido producidas en el contexto de establecer guías de ayuda, asistencia, atención o protección para grupos desplazados o, en el caso de la Ley 70 de 1993, en el contexto del fortalecimiento de los derechos al territorio en general. Sin embargo, estas normas deben ser tenidas en cuenta en el contexto de reparaciones también, especialmente si el gobierno colombiano aspira a tener una política coherente y consistente frente a los grupos étnicos.¹⁰

Con esta aclaración, y con el propósito de impulsar las iniciativas incipientes de reparación a grupos étnicos en Colombia, ofrecemos a continuación nuestro resumen de los criterios específicos que se deberían aplicar al momento de diseñar e implementar medidas para la JEC a favor de los grupos étnicos del país.

¿Cuándo y qué reparar?

Aspectos generales de reparaciones especialmente importantes para la JEC

Ciertos conceptos y características generales sobre reparaciones tienen especial relevancia cuando los beneficiarios de las mismas son grupos étnicos. Uno, en particular, es el principio de que el derecho a la reparación puede surgir tanto de acciones como de omisiones. Siempre que la conducta implique la transgresión de una responsabilidad internacional o interna, es necesaria la reparación, sea la conducta (o su consecuencia) intencional o no. Este concepto es particularmente pertinente para los grupos étnicos que, frecuentemente, son víctimas de circunstancias discriminatorias no intencionadas —por ejemplo, obstáculos en acceder a la justicia o una mala distribución de recursos socioeconómicos que perjudica a la población afrodescendiente de forma desproporcionada.

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para formular sus recomendaciones concretas (Procuraduría General de la Nación 2008: 21-23).

¹⁰ Cabe resaltar que este paso —de una perspectiva asistencialista a una perspectiva de reparación— es absolutamente necesario ya que, como varias organizaciones afrocolombianas han advertido, las reparaciones deben dirigirse hacia el fortalecimiento de la autonomía de las comunidades afrocolombianas. No deben ser iniciadas desde la perspectiva asistencialista, ya que esto sólo ayudará a generar dependencia (Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas, Asociación de Afrocolombianos Desplazados, y Organización de Comunidades Negras 2008: 32, 34).

De hecho, la conducta puede no solo ser no intencionada, sino también sus consecuencias tal vez no son consideradas dañinas según la perspectiva de la corriente dominante de la sociedad. Así, otro principio sobre reparaciones que es especialmente relevante para la JEC es que el análisis de la conducta que da lugar al derecho de reparación debe tener en cuenta la perspectiva de las víctimas afectadas. Como observa Lenzerini, los grupos étnicos, por sus características, pueden sufrir los efectos de la conducta de manera desproporcional o pueden verse afectados de maneras distintas, y como consecuencia la perspectiva de los grupos étnicos afectados de hecho debe tener *mayor* peso:

Al considerar el momento “patológico” que lleva a la producción de la situación de la cual surge el derecho a la reparación, así como los efectos producidos por prejuicios frente a las víctima(s), la naturaleza y el contenido de los términos “daño”, “responsabilidad”, “pérdida” u otras expresiones similares deben ser evaluadas primordialmente a través del lente subjetivo de percepción de las personas y/o grupos involucrados, y no sobre otros criterios estereotipados. En otras palabras, estos términos no deben ser interpretados como generadores necesarios de un detrimento económico, daño físico o cualquier otro tipo de efecto predeterminado, especialmente con respecto a personas indígenas cuya filosofía comunitaria de la existencia es drásticamente distinta a la visión materialista de la vida del mundo occidental (Lenzerini 2008: 15).¹¹

Esta perspectiva de enfoque diferencial adquiere relevancia no sólo al decidir cuándo son necesarias las reparaciones sino también a la hora de determinar la forma y el objetivo que deben tener dichas medidas de reparación. En otras palabras, una vez se ha establecido que una violación ha sido cometida y, por tanto, se requiere reparación, el significado de la violación y las medidas de reparación correspondientes deben ser determinados usando el lente del grupo étnico.

Adoptando este criterio en el caso de violaciones cometidas contra ciertos miembros del grupo étnico, por ejemplo, las reparaciones deben tomar en cuenta el rol que desempeñan o desempeñaron dentro de la comunidad.

¹¹ Traducción de los autores. De modo similar, Ana Vrdoljak observa que “una evaluación clara de la naturaleza y el alcance de las pérdidas sufridas por los pueblos indígenas solamente puede ser realizada al reconocer el entendimiento que tiene el grupo indígena de su propia cultura como holística, simbólica, comunitaria e intergeneracional” (2008: 227) (traducción de los autores).

En este sentido, violaciones como el desplazamiento forzado y los ataques dirigidos a líderes específicos tienen un impacto enorme sobre la estructura comunitaria tradicional. En el *Caso de la Masacre Plan de Sánchez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó esta dinámica y encontró:

En la aldea de Plan de Sánchez la estructura comunitaria tradicional fue sustituida por una estructura militarista y vertical; las autoridades tradicionales mayas fueron reemplazadas por los comisionados militares y los jefes de las PAC. Los líderes que sobrevivieron a la masacre no pudieron continuar desempeñando su rol dentro de su comunidad por la represión a la que fueron sujetos por parte del ejército. La voluntad de la comunidad, basada en el consenso entre sus miembros, así como en las normas y valores mayas de respeto y servicio fue eliminada y, en su lugar, fueron introducidas prácticas de autoritarismo y uso arbitrario del poder. La imposición de la estructura militar ha afectado la vida comunitaria en Plan de Sánchez, ya que generó la desarticulación del grupo y la pérdida de referentes a su interior.¹²

Otro ejemplo concreto es el *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, en el cual la Corte Interamericana “consideró que el daño inmaterial causado al pueblo Saramaka por ‘alteraciones [...] en el tejido de la sociedad misma’ —inclusive el impacto del daño ambiental en su vínculo espiritual al territorio, así como el sufrimiento y angustia padecidos como resultado de la larga lucha por reconocimiento legal— le dio al pueblo el derecho a una justa compensación”.¹³

A nivel interno, la PGN también enfatiza que las reparaciones deben tomar en consideración la gravedad de las violaciones y el daño ocasionado, especialmente desde el punto de vista del grupo étnico (Procuraduría General de la Nación 2008: 107).

Por su lado, el hecho de que la Corte Constitucional profirió los Autos 04 y 05 refleja que la Corte ya está realizando el análisis del impacto de desplazamiento forzado sobre grupos indígenas y afrocolombianos desde su perspectiva. En particular, el Auto 05 destaca “[e]l riesgo acentuado de des-

¹² Corte IDH, *Caso de la Masacre Plan de Sánchez* (Reparaciones), sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, No. 116, párrafo 49.16.

¹³ Orellana (2008: 845-46), comentando sobre el *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172, párrafo 200.

trucción cultural de las comunidades afrocolombianas por el desplazamiento forzado interno, el confinamiento y la Resistencia”.¹⁴

Tomando en cuenta el rol de la víctima, tal como recomienda la PGN, la Corte Constitucional, en el Auto 04 de 2009, observa: “El rol cultural central que juegan las autoridades y líderes hace que su desplazamiento sea especialmente nocivo para la preservación de las estructuras sociales y étnicas de sus respectivos pueblos”.¹⁵ Así, la Corte ordena que los Planes de Salvaguarda Étnica incluyan un “componente básico de protección de los líderes, autoridades tradicionales y personas en riesgo por sus posturas de activismo o de liderazgo”.¹⁶

La importancia de evaluar la situación desde la perspectiva de los grupos étnicos también se evidencia en la sentencia T-769 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia. En este caso, la Corte Constitucional citó el concepto del Relator Especial sobre la situación de Derechos Humanos y Libertades Básicas de los Pueblos Indígenas: “Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que *las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar*”¹⁷ (énfasis agregado).

¿Etnorreparaciones para qué? Una mirada integral al pasado, al presente y al futuro

Como se demostró en los apartes anteriores, la JEC se distingue de los otros tipos de justicia justamente por su preocupación no sólo por la situación del pasado sino también por cómo transformar esta situación hacia el futuro. A nivel práctico, esto requiere reconocer el pasado, analizar las necesidades del presente, y formular medidas para garantizar los derechos en el futuro.

Empezando por el reconocimiento del pasado, dos aspectos centrales de las etnorreparaciones son la rendición de cuentas por daños o agravios que no han sido reparados, y la responsabilidad de la sociedad de formular medidas para responder a los daños no reparados, como lo anota Charles Ogleetree (2003), director del Comité Coordinador de Reparaciones del TransAfrica Forum. De hecho, la reparación de agravios históricos cometidos contra gru-

pos étnicos ha sido impulsada a nivel internacional tanto por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas como por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR).¹⁸ Asimismo, en su “Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas”, el Relator Especial Miguel Alfonso Martínez capta bien el desafío y la necesidad de reparar las injusticias históricas sufridas por los pueblos indígenas:

[L]a humanidad ha contraído una deuda hacia las poblaciones indígenas por los daños que históricamente les ha causado. Por consiguiente, por razones de equidad y de justicia histórica es preciso compensarles por esos daños. Se da perfecta cuenta de la imposibilidad práctica de retrotraer el mundo a la situación que existía cuando se produjeron los primeros encuentros entre pueblos indígenas y no indígenas, hace cinco siglos. No es posible deshacer todo lo que se ha hecho (positivo o negativo) durante ese tiempo, pero tampoco puede rechazarse el imperativo ético de compensar los daños causados, tanto espiritual como materialmente, a los pueblos indígenas, incluso si ello ha de hacerse a expensas de forzar la rigidez impuesta por el respeto al “imperio de la ley” (no indígena).¹⁹

Sin embargo, las medidas de reparación para injusticias históricas no se enfocan solamente en lo ocurrido en el pasado. Su determinación también implica analizar las necesidades presentes y futuras de los grupos étnicos,²⁰

¹⁴ Corte Constitucional, Auto 05 de 2009 (34).

¹⁵ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (13).

¹⁶ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (34).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009 (34).

¹⁸ Por ejemplo, el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas urgió al gobierno de Sudáfrica a no limitar la restitución de reclamos territoriales de las comunidades indígenas a una fecha específica. Charters (2008: 190), comentando sobre el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen: Misión a Sudáfrica, E/CN.4/2006/78/Add.2, 15 de diciembre de 2005, párrafo 87. Por su lado, el CEDR “parece exigir compensación por sufrimientos padecidos en el pasado [...] Recomendó a Australia ‘seguir una política enérgica de reconocimiento de derechos Aborígenes así como el establecimiento de compensación adecuada por discriminación e injusticia en el pasado’”. Charters (2008: 183), citando las Observaciones Concluyentes del CEDR: Australia, A/49/18, 19 de septiembre de 1994.

¹⁹ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas, E/CN.4/Sub.2/1999/20, 22 de junio de 1999, párrafo 255.

²⁰ El análisis de estas necesidades, como se explicará infra, tiene que ser realizado con la participación y retroalimentación de los grupos étnicos

tal como lo exige la JEC. En este sentido, el profesor Ogletree resalta que es fundamental estudiar el pasado para entender y tener una explicación para el presente, y analizar el presente para revelar la existencia persistente de la discriminación racial (Ogletree 2003). De esta forma, se pueden tomar en consideración los agravios históricos y su impacto superviviente a la hora de formular medidas de reparación efectivas y transformadoras.

De hecho, en Colombia, la PGN ha avanzado en esta dirección, recomendando que las medidas de reparación deben

[r]econocer la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, derivada de la exclusión, el racismo y la marginación histórica a los que han sido sometidos, elementos que deben ser tenidos en cuenta en la formulación y adopción de los programas judiciales, administrativos o mixtos para la reparación de las víctimas (Procuraduría General de la Nación 2008: 32).

Asimismo, la Corte Constitucional, en el Auto 05 de 2009, “ha insistido en que *dada la situación de histórica marginalidad y segregación que han afrontado los afrocolombianos*, éstos deben gozar de una especial protección por parte del Estado”²¹ (énfasis agregado). Resaltando su fallo en un caso anterior la Corte señaló:

[E]n relación con el tratamiento especial que se debe brindar a los afrocolombianos, la Corte expresó: “[...] Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional”.²²

Consecuentemente, como parte de la JEC, es totalmente legítimo y, de hecho, crucial que las medidas de reparación en beneficio de grupos étnicos incluyan iniciativas de acción afirmativa que busquen restaurar y promover su acceso a oportunidades y recursos para el desarrollo cultural, social y económico, los cuales les fueron negados históricamente. En el contexto colombiano, en el cual la negación histórica ha ocurrido en múltiples frentes, las políticas especiales deberían emprenderse en varios ámbitos —tanto en los

afectados, tanto por razones prácticas como por obligaciones jurídicas (p. ej., las normas que exigen la consulta previa).

²¹ Corte Constitucional, Auto 05 de 2009 (párrafo 19).

²² *Ibidem*.

ámbitos laboral y educativo, como en la protección de los derechos al territorio y en materia de justicia y verdad—. ²³

¿Cómo debe ser el procedimiento de etnorreparaciones? El reconocimiento y la reivindicación del grupo étnico

En vista de la naturaleza y el espíritu de la justicia étnica colectiva, debe resaltarse la inmensa importancia de las especificidades locales al momento de determinar las medidas de reparación para grupos étnicos, dado que la generalización puede llevar a la adopción de medidas que no sean conducentes para reparar el daño cometido, o peor aún, puedan causar un mayor daño al grupo. En este sentido, el grado de idoneidad y efectividad de las reparaciones se mide

no solamente sobre la base de criterios objetivos y/o materiales (consistentes en determinar si dichas medidas son proporcionales a la gravedad de la violación y al daño subsiguiente), sino también se mide por medio de la evaluación del grado de idoneidad y efectividad efectuado por los individuos y/o pueblos afectados (criterio subjetivo) (Lenzerini 2008: 15).²⁴

Por tanto, el proceso de JEC —la cuestión de cómo debe ser el procedimiento para determinar e implementar las medidas de reparación— tiene

²³ En cuanto a esta última área, la Procuraduría General de la Nación, por ejemplo, resalta que “[l]a reparación integral de los grupos étnicos implica el derecho a la verdad judicial y a la verdad política e histórica, así como el derecho a que se identifiquen, juzguen y sancionen los autores intelectuales y materiales” (2008: 103). La jurisprudencia constitucional colombiana también respalda la necesidad de esfuerzos especiales para hacer efectivos los derechos de los grupos étnicos a la justicia y a la verdad. Por ejemplo, el Auto 04 específicamente ordena al fiscal general de la Nación emprender acciones para evitar que los crímenes cometidos contra los pueblos indígenas queden impunes. Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (resolución 4). Este criterio complementa perfectamente el principio explicado arriba, de analizar el significado de la violación desde la perspectiva de los grupos étnicos. Sin pretender generalizar, observamos que en muchos casos el establecimiento de la verdad acerca de las violaciones y la obtención de justicia poseen un significado espiritual y cultural para el grupo étnico afectado, incluso pueden afectar la supervivencia del grupo como tal, y por tanto son componentes esenciales de una reparación integral.

²⁴ Traducción de los autores.

que ser guiado por los principios de reconocimiento y reivindicación del grupo étnico como colectividad. A nivel práctico, esto comprende al menos los siguientes cuatro criterios, los cuales están estrechamente interrelacionados: 1) A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación; 2) las medidas de reparación tienen que respetar la identidad cultural particular del grupo étnico; 3) las etnorreparaciones siempre deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y las medidas de reparación; 4) para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico. A continuación, exploramos brevemente cada criterio y cómo ha sido consolidado en el derecho internacional y en la normatividad colombiana.

- 1) *A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación.*

Las medidas de reparación, como todas las medidas que pueden afectar a los grupos étnicos,²⁵ tienen que ser consultadas con ellos. A nivel internacional existen muchos casos de reparación que ilustran este principio.

En el Sistema Universal, entre otros ejemplos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado de manera reiterada discusiones entre los pueblos aborígenes de Australia y el Estado australiano con el propósito de encontrar soluciones que los pueblos aceptarían y que cumplirían con las obligaciones estatales surgidas de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.²⁶ De

²⁵ Sobre la obligación general internacional que tienen los Estados de consultar con los grupos étnicos interesados antes de adoptar medidas que los pueden afectar, véanse, *inter alia*, Convenio 169 de la OIT, artículo 6; Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículos 15(2), 19 y 23; y Rodríguez Garavito, Morris, Orduz y Buriticá (2010). A nivel interno, el Convenio 169 fue ratificado e incorporado a la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991. Entre otras disposiciones a nivel nacional, la Ley 70 de 1993 demuestra la aplicación de obligación de consulta en su artículo 60: “La reglamentación de la presente ley se hará teniendo en cuenta las recomendaciones de las comunidades negras beneficiarias de ella”.

²⁶ Charters (2008: 184), comentando sobre la Decisión 2(54) del CEDR: Australia, A/54/18, 18 de marzo de 1999.

manera importante, el Relator Especial sobre los pueblos indígenas ha urgido al Gobierno de Canadá *negociar* la compensación debida al grupo étnico Métis por injusticias históricas.²⁷

La importancia de la consulta en el contexto de reparaciones ha sido enfatizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios casos también. Por ejemplo, en un caso presentado por parte de comunidades mayas en contra de Belice, la CIDH exhortó a Belice a adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos sobre el territorio de los pueblos mayas a través de amplias consultas plenamente informadas con ellos.²⁸

Por su parte, la Corte IDH, en los casos de *la Comunidad Moiwana v. Surinam*, *la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* y *la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, como medida de reparación, ordenó a los Estados demandados crear fondos de desarrollo comunitario para ser administrados por comités de implementación compuestos de tres miembros: uno elegido por las víctimas, otro elegido por el Estado, y el tercero elegido de mutuo acuerdo por ambos.²⁹ Incluso, en el caso contra Surinam, la Corte ordenó al Estado adoptar medidas para asegurar los derechos de dominio de la comunidad, exigiendo a su vez que garantizara la participación y el consentimiento informado de las víctimas y de las comunidades indígenas, incluyendo, de hecho, a las comunidades indígenas vecinas.³⁰

²⁷ Charters (2008: 191), comentando sobre el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen: Misión a Canadá, E/CN.4/2005/88/Add.3, 2 de diciembre de 2004.

²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso No. 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belice*, Informe No. 40/04 de 12 de octubre de 2004, párrafo 197.1.

²⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124, párrafos 214-15; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafos 224-25; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 6 de febrero de 2006, Serie C, No. 142, párrafos 205-206.

³⁰ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124, párrafo 210.

En el marco jurídico colombiano, de modo similar, la PGN exige precisamente que las medidas de reparación sean establecidas con la participación del grupo étnico (Procuraduría General de la Nación 2008: 29). Por tanto, dispone que “[e]n la definición de las medidas de reparación así como en su ejecución se debe contar con la participación de las comunidades a través de sus autoridades” (p. 105).

Adicionalmente, aunque no usa el término “reparación”, la Ley 70 de 1993 también demuestra la relevancia de este requerimiento en varias de sus disposiciones. El artículo 38, por ejemplo, señala que:

Los miembros de las comunidades negras deben disponer de medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos [...] Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con las comunidades negras las cuales serán consultadas sobre la organización y funcionamiento de tales programas. Estas comunidades asumirán progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación.³¹

En relación con las poblaciones indígenas desplazadas o en riesgo de ser desplazadas, la Corte Constitucional, en el Auto 04, ordenó: “En el diseño [del Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectedos por el Desplazamiento] se aplicarán los parámetros constitucionales de participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas, así como de líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento”.³² Respecto a los Planes de Salvaguarda Étnica, la Corte Constitucional dispuso: “Ha de ser debidamente consultado en forma previa con las autoridades de cada una de las etnias beneficiarias, de conformidad con los parámetros que ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional para que la participación sea efectiva y respetuosa de la diversidad etnocultural”.³³

³¹ De manera similar, el artículo 44 dice: “Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.

³² Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (33).

³³ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (34).

En cuanto a la población afrocolombiana desplazada, la Corte Constitucional, en el Auto 05 de 2009, exigió en igual sentido que:

el gobierno nacional [...] y las autoridades territoriales de las respectivas jurisdicciones, deberán en relación con cada una de estas comunidades, diseñar y poner en marcha un plan específico de protección y atención, con la participación efectiva de estas y el respeto por sus autoridades constituidas. Para el diseño e implementación de los planes específicos, las autoridades deberán: [...] Promover la participación efectiva de estas comunidades, siguiendo las reglas jurisprudenciales sobre participación de los grupos étnicos, respetando las autoridades legítimamente constituidas, y garantizando espacio suficiente para que los líderes presenten a las comunidades las medidas que serían adoptadas y para que éstas presenten sugerencias u observaciones que deberán ser valoradas específicamente por las autoridades gubernamentales nacionales y territoriales correspondientes.³⁴

De modo similar, para el plan nacional de prevención, protección y atención, la Corte Constitucional ordenó “al gobierno nacional [...] diseñar un plan integral de prevención, protección y atención a la población afrocolombiana, con la participación efectiva de las comunidades afro y el pleno respeto por sus autoridades constituidas, y de las autoridades territoriales concernidas”.³⁵

En efecto, como estos ejemplos demuestran, la consulta continua con el grupo étnico beneficiario y el control posterior de éste son elementos importantes que ayudan a que las medidas de reparación atiendan a las especificidades del grupo y que éste, en últimas, se apropie de las mismas. Solamente con el cumplimiento de estas condiciones será posible asegurar la idoneidad y efectividad de las medidas de JEC.

2) *Las medidas de reparación deben respetar la identidad cultural particular del grupo étnico*

La identidad cultural del grupo étnico debe guiar la determinación de las medidas de reparación así como su forma de implementación (Citroni y Quintana 2008: 320). Múltiples instrumentos internacionales respaldan este principio. Por ejemplo, el artículo 5 del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) señala que, al aplicar las disposiciones del

³⁴ Corte Constitucional, Auto 05 de 2009, párrafo 169.

³⁵ *Ibíd.*, párrafo 182.

instrumento en beneficio de los pueblos indígenas y tribales, “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos”³⁶ y “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”³⁷. El artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas señala que los mecanismos proveídos por el Estado “tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”. Aplicando este principio a un contexto específico de reparación, los “Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas” disponen que la devolución de restos humanos y objetos funerarios a los pueblos indígenas se debe realizar “de una forma culturalmente adecuada, tal como lo decidan los pueblos indígenas interesados”.³⁸

En el Sistema Universal, la importancia de respetar la identidad cultural específica y única del grupo étnico interesado es reflejada en recomendaciones y jurisprudencia de órganos de derechos humanos que enfatizan que las reparaciones deben contribuir al fortalecimiento cultural. Como un investigador observa:

[E]l Comité de Derechos Humanos resalta la identidad cultural al considerar la cuestión de reparación bajo el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cualquier modalidad de reparación se debe centrar en el respeto de la cultura indígena. Independiente de la forma de reparación y del recurso, “el criterio de sostenibilidad requiere que las formas de compensación o de otro tipo de reparación por una violación a los derechos indígenas bajo el artículo 27, contribuyan a la viabilidad continua de la cultura en cuestión”.³⁹

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) ha enfatizado la importancia de asegurar que los pueblos indígenas cuenten con mecanismos legales a nivel interno,⁴⁰ específicamente, ha reco-

mendado que las instituciones nacionales encargadas de resolver cuestiones sobre territorios de grupos étnicos tomen en consideración sus tradiciones y costumbres.⁴¹

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el rol primordial de la identidad cultural del grupo étnico beneficiario en determinar la forma de las reparaciones se ve reflejado en varias de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH. Este principio ya fue reconocido por la Corte en un caso decidido en 1993, el de *Aloeboetoe y otros v. Surinam*. En este caso, la Corte decidió que, para efectos de reparación, en cuanto a la determinación de hijos, cónyuge y ascendientes:

Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado [...] no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana.⁴²

Más aún, en línea con este principio, la existencia o inexistencia de archivos oficiales estatales no debe determinar el alcance de las reparaciones. Por ejemplo, al determinar quién se considera víctima para efectos de ser beneficiario de reparaciones en el *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*, la Corte IDH tomó en consideración el hecho de que muchos de los miembros de la comunidad N’djuka Maroon no poseen documentos de identificación, y por tanto aceptó la utilización de métodos alternativos tales como “una declaración rendida ante la autoridad pertinente por un líder reconocido por los miembros de la comunidad que residan en Moiwana, unida a la declaración de dos personas adicionales, que den fe, claramente, de la identidad de la persona”.⁴³

36 Convenio 169 de la OIT, artículo 5(a).

37 Ibídem, artículo 5(b).

38 Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas, artículo 21.

39 Duffy (2008: 524), citando a Scheinin (2000) (traducción de los autores).

40 Charters (2008: 183), comentando sobre las Observaciones Concluyentes del CEDR: Surinam, CERD/C/64/CO/9, 12 de marzo de 2004.

41 Charters (2008: 183), comentando sobre las Observaciones Concluyentes del CEDR: Guyana, CERD/C/GUY/CO/14, 4 de abril de 2006.

42 Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam* (Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C, No. 15, párrafo 62.

43 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C, No. 124, párrafo 178. Véase también, *Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam* (Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C, No. 15, párrafo 63: “Es cierto que la identidad de las personas debe probarse, en general, mediante la documentación correspondiente. Pero la situación en que se encuentran los saramacas se debe en gran medida a que el Estado no mantiene en la región los regis-

Otros ejemplos que demuestran el papel de la identidad cultural en las medidas de reparación ordenadas por este tribunal incluyen el *Caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, donde la Corte ordenó al Estado de Guatemala celebrar un acto público en honor a la memoria de aquellos ejecutados, “toma[ndo] en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas”,⁴⁴ así como los múltiples casos en los cuales la Corte ha ordenado, como medida de reparación, la traducción de su fallo al lenguaje del grupo étnico y su difusión.⁴⁵

A nivel interno, la PGN señala explícitamente que las medidas de reparación deben ajustarse a la cosmovisión del grupo étnico (Procuraduría General de la Nación 2008: 29). En particular, el marco para dichas medidas debe ser el derecho consuetudinario, las prácticas y los valores de las comunidades (p. 100). Por ejemplo, la PGN advierte que el reconocimiento de medidas de reparación no debe depender de la existencia de documentos oficiales que acrediten la personalidad jurídica (p. 104). Dado que la obligación de proporcionar dichos documentos recae sobre el Estado,⁴⁶ su ausencia no puede ser usada como una razón para no reparar a la víctima (p. 105). Así, tal como lo observa la PGN, pueden usarse medios alternativos que respeten la identidad cultural del grupo, para establecer que alguna persona es víctima y debe ser beneficiaria de las reparaciones.

En el contexto de la protección y reparación de derechos territoriales, el respeto de la identidad cultural específica de cada grupo étnico es de vital importancia, como ha sido resaltado en varias ocasiones por la normatividad interna. Por ejemplo, la última versión de la Ruta de Protección de los

tros civiles en número suficiente y por ello no puede otorgar la documentación a todos los habitantes con base en los datos obrantes en ellos. Surinam no puede exigir entonces que se pruebe la filiación y la identidad de las personas mediante elementos que no suministra a todos sus habitantes en aquella región. Por otra parte, Surinam no ha ofrecido en este litigio suplir su inacción aportando otras pruebas sobre la identidad y la filiación de las víctimas y sus sucesores”.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* (Reparaciones y Costas), sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, No. 116, párrafo 101.

⁴⁵ Véanse, *inter alia*, Corte IDH, *Caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* (Reparaciones y Costas), sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, No. 116, párrafos 102-103; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrafo 227.

⁴⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 3.

Derechos Territoriales de los Grupos Étnicos (en adelante Ruta Étnica) propuesta por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (en adelante Acción Social), permite que la comprobación de la posesión de un territorio por parte de un grupo étnico sea realizada de acuerdo con los usos y las costumbres del mismo (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional 2010: 30-31).

Además, en la “Directriz para la prevención y atención integral de la población indígena en situación de desplazamiento y riesgo, con enfoque diferencial”, emitida por el Ministerio del Interior y de Justicia (en adelante Ministerio del Interior o MIJ) y Acción Social, estas entidades advirtieron: “Al no estar las entidades preparadas para atender a esta población con sus especificidades culturales, sumado a la no-disponibilidad de protocolos de relación y comunicación con ellos, las entidades y funcionarios pueden ignorar, o incluso sin proponérselo, maltratar aspectos de la identidad y dignidad del desplazado” (Ministerio del Interior y de Justicia y Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional 2006: 9). El retorno o la reubicación de poblaciones indígenas desplazadas, añaden el MIJ y Acción Social, debe incluir medidas coordinadas por el Estado que “atiendan a la población indígena como sujetos colectivos que mantienen características culturales específicas” (p. 14), y que “permitan la cohesión cultural y desarrollo de la identidad de la población indígena” (p. 15).

Incluso, la Corte Constitucional en su Auto 04 de 2009 obligó al Gobierno colombiano a realizar acciones positivas en esta materia, ordenando que los Planes de Salvaguarda Étnica incluyeran “herramientas para el fortalecimiento de la integridad cultural y social de cada etnia beneficiaria”.⁴⁷

3) *Las etnorreparaciones deben tomar en cuenta la dimensión colectiva de las violaciones y de las medidas de reparación.*

Un aspecto fundamental de las etnorreparaciones es que siempre se tiene en cuenta la naturaleza colectiva del daño causado al grupo étnico, incluso en casos de violaciones cometidas contra uno o unos miembros individuales del grupo. De forma complementaria, es importante que las medidas de reparación incluyan acciones en beneficio no solamente de las víctimas individuales que son miembros del grupo étnico, sino también del grupo como tal.

⁴⁷ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (34).

La Corte IDH, en varias ocasiones, ha reconocido que en casos que involucren personas o comunidades étnicas, las medidas de reparación deben contar con un elemento colectivo para ser efectivas. Ha establecido que “las reparaciones adquieren una especial significación colectiva”⁴⁸ y que, teniendo en cuenta que las víctimas individuales pertenecen a grupos étnicos, un componente importante de la reparación individual consiste en las reparaciones otorgadas a la comunidad entera.⁴⁹

Entre otros antecedentes, como observa un comentarista sobre la Corte IDH:

[E]n el caso reciente de un líder indígena asesinado por militares, la Corte no se refirió a *los miembros individuales* al otorgar medidas de reparación sobre desarrollo, sino a la comunidad. La Corte ordenó la creación de un fondo de 40 mil dólares en beneficio de la comunidad, el cual debería administrarse según las costumbres, formas de consulta y tradiciones de la comunidad. Dada la concepción que tienen las comunidades indígenas sobre su propia estructura social, esta interpretación debe ser tomada como la más adecuada.⁵⁰

Además, como ese comentarista agrega, en un caso anterior, en el cual la Corte abordó los derechos territoriales de una comunidad indígena en Nicaragua y ordenó el pago de 50 mil dólares a la comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tingni como medida de indemnización, sin precisar los miembros individuales del grupo, “el ‘interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni’ fue el factor decisivo que motivó la reparación pecuniaria ordenada por la Corte”.⁵¹

48 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 125, párrafo 188.

49 Corte IDH, *Caso de la Masacre Plan de Sánchez*, sentencia de 19 de noviembre de 2004 (Reparaciones), Serie C, No. 116, párrafo 86; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 124, párrafo 194.

50 Schönsteiner (2008: 136), comentando sobre Corte IDH, *Caso Escué Zapata v. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C, No. 165, párrafo 168 (traducción de los autores).

51 Schönsteiner (2008: 137), comentando sobre Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, No. 79,

En varios otros casos, al considerar la dimensión colectiva del daño causado por las violaciones, la Corte también ordenó medidas de reparación colectiva, tales como el establecimiento de un fondo de desarrollo para la implementación de programas comunitarios en materia de salud, vivienda y educación,⁵² así como la inversión de recursos para reabrir y proveer el personal necesario para una escuela que había sido cerrada.⁵³

En Colombia, como observa la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional ha manifestado que:

los derechos de las comunidades indígenas —extensivos a los pueblos tribales (afrodescendientes)— “no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia [...] como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros.”⁵⁴

Profundizando sobre este punto, en un fallo reciente la Corte Constitucional reiteró que “los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos; estas comunidades son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados”.⁵⁵ Por tanto, la PGN recomienda que “las medidas de reparación sean de carácter colectivo e individual, dadas las dos dimensiones del derecho a la identidad cultural” (Procuraduría General de la Nación 2008: 29). En desarrollo de este principio, la PGN ha dispuesto que “[l]as reclamaciones de los grupos étnicos se formularán de manera colectiva a través de sus autoridades legítimas [...] salvo que de acuerdo con sus procedimientos internos se decida formular solicitudes individuales” (p. 99).

En el contexto de los derechos territoriales, la importancia de la dimensión colectiva de los derechos de los grupos étnicos es aún mayor. Por ejemplo, el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, sobre Reconocimiento del derecho

párrafo 169 (traducción de los autores.)

52 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, No. 124, párrafo 214.

53 Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam*, sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas), Serie C, No. 15, párrafo 96.

54 Procuraduría General de la Nación (2008: 99-100), citando a la Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993.

55 Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009 (19).

a la propiedad colectiva, incluye disposiciones sobre el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de las tierras afrodescendientes designadas al uso colectivo.⁵⁶

Dada la naturaleza colectiva de los derechos sobre tierras de los grupos étnicos, el desplazamiento forzado afecta dicha dimensión colectiva en varios sentidos. La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre pueblos indígenas en situación de desplazamiento ha señalado que:

[e]ntre los distintos factores del desplazamiento forzado que conllevan una violación de estos derechos colectivos se encuentran la pérdida o el abandono del territorio tradicional, el desarraigo que rompe las pautas culturales directamente asociadas al territorio, el desplazamiento especialmente agudo de los líderes y autoridades tradicionales con sus necesarias secuelas sobre la integridad cultural, y en general la ruptura del tejido social causada por este crimen.⁵⁷

Las medidas de reparación sobre desplazamiento forzado por tanto deben ser evaluadas desde una perspectiva tanto colectiva como individual.⁵⁸

Aun en caso de indemnizaciones u otras reparaciones que involucran la entrega de recursos económicos al grupo étnico, la Directiva Presidencial 01 de 2010 dispone que se tomen medidas para asegurar el goce colectivo de las mismas.⁵⁹

- 4) *Para que las reparaciones sean eficaces, la determinación de las medidas de reparación debe partir de lo específico y debe ser enfocada hacia la satisfacción de las necesidades del grupo étnico*

Una formulación de la JEC que adopte las necesidades del grupo étnico como su punto de partida contribuirá a garantizar que las reparaciones proporcionadas cumplan con los requisitos de idoneidad y efectividad. Tal como señalan Karla Quintana y Gabriella Citroni, ex funcionarias de la Corte IDH, “para ser efectivas, dichas medidas deben cumplir las necesidades manifestadas por la comunidad indígena directamente involucrada y debe evitarse una perspectiva paternalista. De hecho, las medidas perci-

bidas por la comunidad como impuestas desde afuera serán inútiles y, en el largo plazo, pueden también producir efectos negativos” (Citroni y Quintana 2008: 321).⁶⁰

De hecho, este es el principio fundamental utilizado actualmente por la Corte IDH al decidir casos que involucran grupos étnicos. Combinando este criterio con el requisito de la consulta que describimos supra, la Corte IDH en sus decisiones apunta a “satisfacer las necesidades manifestadas directamente por los miembros de las comunidades indígenas involucradas” (Citroni y Quintana 2008: 326).⁶¹ Por ejemplo, en el *Caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, la Corte designó un comité que habría de incorporarse a la comunidad con el propósito de formular métodos de evaluación médica y psicológica, permitiendo de esta manera que los miembros del grupo indígena participaran en la creación de la política pública sobre salud (Gómez 2008: 152). Adicionalmente, la Corte ordenó al Estado guatemalteco proveer recursos para el mantenimiento y mejora de una capilla a la que los miembros de la comunidad ya habían acudido para rendir homenaje a las víctimas asesinadas en la masacre.⁶²

Por otro lado, en los casos de las comunidades indígenas paraguayas, Sayhoyamaya y Yakye Axa, éstas estaban viviendo en condiciones inhumanas precisamente porque no lograron, a nivel interno, hacer efectivos sus derechos a los territorios ancestrales. Así, la Corte IDH encontró la pertinencia de crear fondos de desarrollo para brindar agua potable e infraestructura sanitaria, así como de implementar proyectos en materia de educación, salud, vivienda y agricultura.⁶³ Más aún, en ambos casos, la Corte ordenó que “mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia”, el Estado deberá suministrar de manera inmediata y periódica, entre otros servicios, agua potable, atención

⁵⁶ Ley 70 de 1993, capítulo 3, artículo 7.

⁵⁷ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (32).

⁵⁸ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (24).

⁵⁹ Directiva Presidencial 01 de 2010, sobre la garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales, sección 5(b).

⁶⁰ Traducción de los autores.

⁶¹ Traducción de los autores.

⁶² Corte IDH, *Caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* (Reparaciones y Costas), sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C, No. 116, párrafo 104.

⁶³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafo 224; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrafo 205.

médica y medicinas, infraestructura para el manejo de desechos biológicos, y materiales educativos bilingües apropiados.⁶⁴

En Colombia, la PGN resalta la importancia de analizar las necesidades y condiciones reales enfrentadas por los grupos étnicos a la hora de determinar las medidas de reparación. Según esta entidad, la reparación integral no consiste solamente en procedimientos o mecanismos que garanticen los derechos territoriales; también requiere medidas complementarias que aseguren la materialización de estos derechos en condiciones de vida digna para las comunidades (Procuraduría General de la Nación 2008: 120). Basándose en la jurisprudencia de la Corte IDH, la PGN posteriormente recomienda la creación de fondos para el desarrollo comunitario así como programas comunitarios para mejorar la infraestructura y la atención médica (p. 121).

El Capítulo VII de la Ley 70 sobre Planeación y Fomento del Desarrollo Económico y Social también contiene varios artículos que reflejan el principio de que las medidas de reparación deben ser abordadas desde lo específico —el grupo étnico en cuestión— y deben ser orientadas a sus necesidades concretas. El artículo 49, por ejemplo, señala:

El diseño, ejecución y coordinación de los planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social que adelante el gobierno y la Cooperación Técnica Internacional para beneficio de las comunidades negras de que trata esta ley, deberá hacerse con la participación de los representantes de tales comunidades, *a fin de que respondan a sus necesidades particulares*, a la preservación del medio ambiente, a la conservación y cualificación de sus prácticas tradicionales de producción, a la erradicación de la pobreza y al respeto y reconocimiento de su vida social y cultural. *Estos planes, programas y proyectos deberán reflejar las aspiraciones de las comunidades negras en materia de desarrollo* (énfasis agregado).

¿Cómo reparar violaciones del derecho al territorio? Un ejemplo emblemático de etnorreparaciones

Como explicamos en la sección introductoria, al describir el contexto colombiano nos centramos en el despojo de tierras y territorios por ser un tipo

de violación de derechos con repercusiones particularmente graves y trascendentales para los grupos étnicos. En esta sección volvemos a este tema. Utilizamos el ejemplo de etnorreparaciones por violaciones del derecho al territorio porque en el área de JEC es el caso que más ha sido abordado y, a la vez, ilustra varios de los principios y criterios que detallamos en este apartado sobre cómo hacer efectiva la JEC en la práctica.

Como punto de partida, aplica de manera contundente el criterio de analizar el significado de la violación a través del lente del grupo étnico afectado. Para los pueblos indígenas y afrodescendientes, las tierras (en especial las tierras ancestrales) y sus recursos naturales son de suma importancia. Dada la relación estrecha entre la identidad cultural y el territorio, así como las graves consecuencias que puede implicar para *otros* derechos el irrespeto de los derechos territoriales, las medidas de reparación tienen que incluir garantías para asegurar, tanto en la normatividad como en la práctica, los derechos territoriales colectivos.

Más aún, debido al significado que tienen para los grupos étnicos la tierra, el territorio y los recursos naturales, la restitución (acompañada por la reparación por cualquier daño ambiental causado) es la regla general de reparación cuando estos grupos han sido despojados de las tierras que han ocupado o usado tradicionalmente. Esta regla, a su vez, concuerda con el principio de respeto por la identidad cultural del grupo afectado, dada la importancia del territorio para su supervivencia no solo física sino también cultural. Únicamente en casos de imposibilidad de restitución por razones válidas, el Estado puede acoger la alternativa de proporcionar compensación justa. Dicha compensación debe consistir en otras tierras, territorios o recursos de igual calidad, tamaño y estatus legal o, en caso de no ser posible, pueden acoger compensación monetaria o cualquier otra forma apropiada. En palabras del investigador Aoife Duffy, “obligar a los pueblos indígenas a aceptar una compensación pecuniaria como reparación por tierras perdidas es discriminatorio e ignora la relación especial que muchos pueblos indígenas tienen con sus territorios tradicionales” (Duffy 2008: 527).⁶⁵

Estos principios han sido consolidados en varios instrumentos internacionales así como en la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, el artículo 28 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas señala:

⁶⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafo 230; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrafo 221.

⁶⁵ Traducción de los autores.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

El artículo 10 del mismo instrumento advierte que:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, *siempre que sea posible, la opción del regreso* (énfasis agregado).

El requisito de compensación justa contiene componentes tanto procedimentales como sustantivos. En cumplimiento de los primeros, y en concordancia con la obligación de consulta que describimos arriba, la obtención de acuerdo por parte del grupo étnico por medio de un proceso transparente es de vital importancia. En cuanto al aspecto sustantivo, las tierras alternativas deben ser iguales en calidad, tamaño y situación legal. Si se otorga compensación monetaria, el monto debe también considerarse como justo y equitativo. Por ejemplo, el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas criticó la compensación otorgada por el gobierno de Nueva Zelanda al pueblo maori en los siguientes términos:

La cantidad total de tierra devuelta por vía de compensación después de los acuerdos constituye un pequeño porcentaje de los reclamos de tierras, y el efectivo pagado constituye generalmente menos del 1 por ciento del valor actual de la tierra. El gasto total del Estado en acuerdos por reclamos basados en violaciones de Tratados en la última década (aproximadamente \$800 millones en moneda de Nueva Zelanda) constituye aproximadamente el 1,6 por ciento del presupuesto anual del gobierno.⁶⁶

⁶⁶ Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos

Reconociendo la importancia de restituir a los pueblos indígenas sus territorios de ocupación o uso tradicional, las Recomendaciones generales sobre los pueblos indígenas del CEDR, igualmente instan a los Estados a devolver “los territorios tradicionalmente poseídos o usados” que han sido tomados de los pueblos indígenas “sin su consentimiento previo e informado”.⁶⁷

En este mismo sentido, el Convenio 169 de la OIT establece una presunción contra la reubicación de pueblos indígenas y afrodescendientes. Primero reconoce que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.⁶⁸ Así, la reubicación de estos grupos es permitida solamente cuando es considerada necesaria como una medida excepcional.⁶⁹ Adicionalmente, “[s]iempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron sus traslado y reubicación”.⁷⁰ El Convenio continúa estableciendo que cuando el retorno no sea posible la alternativa es proveerlos con “tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las

Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen: Misión a Nueva Zelanda, E/CN.4/2006/78/Add.3, 13 de marzo de 2006, párrafo 27.

⁶⁷ Recomendación General XXIII del CEDR, sobre los derechos de las poblaciones indígenas, 18 de agosto de 1997, artículo 5. Véase también, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, párrafo 22: “El Comité toma nota de las diversas medidas legislativas y administrativas adoptadas para respetar y hacer que se respeten los derechos de las personas que pertenecen a las comunidades indígenas de Chile a disfrutar de su cultura propia. No obstante, el Comité se siente preocupado por los proyectos de energía hidroeléctrica y otros proyectos de desarrollo que podrían afectar el estilo de vida y los derechos de las personas que pertenecen a las comunidades mapuches y otras comunidades indígenas. Es posible que la reinstalación y la indemnización no sean adecuadas para dar cumplimiento al artículo 27 del Pacto. Por consiguiente: en el momento de planificar medidas que afecten a los miembros de comunidades indígenas, el Estado Parte debe conceder prioridad a la sostenibilidad de la cultura y el estilo de vida indígenas y a la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones que los afecten”.

⁶⁸ Convenio 169 de la OIT, artículo 13(2).

⁶⁹ Convenio 169 de la OIT, artículo 16(2).

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 16(3).

tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro”.⁷¹ Resaltamos que la indemnización monetaria como modalidad de compensación sólo será posible cuando el grupo étnico haya expresado preferencia por ésta siempre que se cuente con “las garantías apropiadas”.⁷²

La Corte IDH tiene jurisprudencia extensiva sobre la importancia del territorio para grupos étnicos y las medidas de reparación apropiadas cuando sus derechos al territorio han sido violados. Por ejemplo, en los casos de las comunidades indígenas Sawhoyamaya y Yakye Axa, la Corte expuso sobre el significado especial del territorio para estas comunidades:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.⁷³

Por tanto, la forma ideal de reparación es la restitución de las tierras ancestrales a los grupos étnicos. La decisión de la Corte IDH en el *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya* es ilustrativa:

[L]a Corte considera que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya es la medida de

reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*, por lo que dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce.⁷⁴

El hecho de que el grupo étnico ya no tenga posesión de sus territorios tradicionales no precluye sus reclamos:

[L]os miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe [...] [L]os miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.⁷⁵

Sobre el tema de restricciones temporales en reclamos de restitución en particular, la Corte IDH ha señalado que:

en casos como el presente, [en los] que la relación con la tierra se manifiesta [...] en las actividades tradicionales, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad [...] como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.⁷⁶

En caso de que las tierras tradicionales se encuentren actualmente en manos privadas, la Corte IDH ha señalado que “el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tie-

⁷¹ Ibídem, artículo 16(4).

⁷² Ibídem, artículo 16(4).

⁷³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafo 118; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrafo 135. Al determinar la compensación por daños morales en los casos de las comunidades de Sawhoyamaya y Yakye Axa, la Corte Interamericana consideró que: “la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para los miembros de [las comunidades], en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones”. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, párrafo 222; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, párrafo 203.

⁷⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafo 210.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafo 128.

⁷⁶ Ibídem, párrafo 132.

rras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”, teniendo en cuenta para lograrlo las “particularidades [...] [de las comunidades étnicas afectadas así como] sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario”.⁷⁷ Únicamente se permite a los Estados considerar otras formas de reparación cuando existan “razones concretas y justificadas”.⁷⁸ En dichos casos, “la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra” para los grupos étnicos afectados.⁷⁹

Los parámetros específicos para la determinación de tierras alternativas fueron establecidos por la Corte IDH en el *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, y resaltan la necesidad no solamente de hacer la consulta sino de *obtener el consentimiento* del grupo afectado:

Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, (i) que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, (ii) conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, (iii) la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.⁸⁰

Por último, el reconocimiento de los derechos reales del grupo étnico debe ser “efectivo en la realidad y la práctica”.⁸¹ En este sentido, el “reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”.⁸² La conclusión de la Corte IDH en el caso Yakye Axa resalta la siguiente observación: “Las violaciones de los derechos humanos ocasionadas a los miembros de la Comunidad Yakye Axa declaradas en la presente sentencia tienen como base común primordialmente la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de los miembros de la Comunidad, cuya existencia no ha sido discutida por el Estado”.⁸³ La Corte,

por tanto, ordenó al Estado de Paraguay delimitar, demarcar, otorgar titulación y transferir las tierras tradicionales identificadas a la comunidad Yakye Axa de manera gratuita con un plazo de tres años.⁸⁴

En cuanto a la normatividad colombiana, las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT sobre estos criterios hacen parte del marco normativo, ya que este instrumento fue ratificado e incorporado a la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991. Desde entonces, sus principios han sido reiterados por varios órganos estatales.

Por ejemplo, la PGN ha emitido pautas detalladas sobre los temas de territorio y reparaciones, haciendo énfasis en que las medidas de reparación deben incluir, respetar y garantizar los derechos colectivos de las comunidades étnicas sobre su territorio (Procuraduría General de la Nación 2008: 112). También advierte que el desconocimiento de sus derechos sobre el territorio pone en peligro el derecho inalienable a la vida, así como a su integridad cultural y étnica (p. 114). Más aún, el derecho a la reparación implica la restitución de los territorios étnicos que han sido abandonados por razones ajenas a la comunidad o de los territorios que les han sido usurpados (p. 119). Sólo en casos excepcionales las reparaciones podrán consistir en proveer a las comunidades étnicas de territorios alternativos (p. 120).

Este último principio es reflejado también en la Directriz del Ministerio del Interior y de Acción Social, la cual explícitamente señala que para que las autoridades estatales trabajen hacia la reubicación de los grupos indígenas desplazados, “es necesario que los interesados soliciten por escrito expresando el interés de reubicarse en lugares diferentes a los de su procedencia, es decir de no retornar a su lugar de origen” (Ministerio del Interior y de Justicia y Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional 2006: 15).

Los temas del territorio y de su significado para los pueblos indígenas y afrodescendientes han sido abordados ampliamente por la Corte Constitucional de Colombia. Por ejemplo, el Auto 05 explica que, para los pueblos afrocolombianos:

el territorio tiene una importancia muy profunda que va más allá de simplemente contar con un lugar para vivir y sostenerse. El territorio es una expresión de su memoria colectiva, de su concepción de la libertad [...]. El territorio es una concepción integral que incluye la tierra, la comunidad, la naturaleza y las relaciones de interdependencia de los diversos componentes. Del territorio también

77 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrafo 217.

78 *Ibidem*, párrafo 149.

79 *Idem*.

80 *Ibidem*, párrafo 217 (la enumeración es de los autores).

81 *Ibidem*, párrafo 141.

82 *Ibidem*, párrafo 143.

83 *Ibidem*, párrafo 211.

84 *Ibidem*, párrafos 215, 217.

hacen parte los usos y costumbres vinculados a su hábitat que las comunidades afrocolombianas han mantenido por siglos y que se expresan también en los saberes que la gente tiene.⁸⁵

En el Auto 04, la Corte Constitucional describió el impacto de las violaciones de los derechos territoriales de los pueblos indígenas de la siguiente manera:

Los pueblos indígenas están especialmente expuestos, en indefensión, al conflicto armado y al desplazamiento, principalmente por su situación ante la tierra [...] Simultáneamente, para los pueblos indígenas la importancia de sus territorios para sus culturas y su subsistencia e integridad étnicas, hace más lesivos tanto los factores causales del desplazamiento como el desplazamiento en sí mismo.⁸⁶

Como consecuencia, al formular medidas de reparación, se debe tomar en cuenta el hecho de que su relación con el territorio es esencial para la supervivencia cultural y física del pueblo afectado.⁸⁷

En efecto, la Corte Constitucional ha fallado en el sentido de que para ambos pueblos, indígenas y afrocolombianos, la relación que tienen con el territorio y sus recursos naturales implica que el desplazamiento forzado constituya una amenaza directa a su supervivencia cultural.⁸⁸ Por eso, el principal objetivo en relación con las poblaciones desplazadas forzosamente es garantizar su retorno en condiciones de seguridad y dignidad.⁸⁹ A su vez, el Estado debe atender los casos especiales en los cuales individuos, familias o comunidades no puedan regresar a sus territorios debido a las amenazas persistentes por parte de aquellos que los desplazaron.⁹⁰

Haciendo referencia a los grupos especialmente vulnerables, incluyendo a las minorías étnicas, el siguiente extracto de la Corte Constitucional en la sentencia T-602 de 2003 resume varios de los principios mencionados en este capítulo. Demuestra una preferencia por el retorno de las personas desplazadas a sus lugares de origen, enfatiza la importancia de analizar la violación a través del lente de los afectados, y propone medidas reparadoras que

toman en consideración la marginalización histórica y que promueven las acciones afirmativas:

La Corte enfatizó que “siempre que no sea posible el retorno al lugar de origen de los desplazados en condiciones de dignidad, voluntariedad y seguridad, la respuesta estatal debe articularse en torno a acciones afirmativas [...] que garanticen (i) el acceso a bienes y servicios básicos en condiciones de no discriminación, (ii) la promoción de la igualdad, y (iii) la atención a minorías étnicas y a grupos tradicionalmente marginados, ya que no puede obviarse que Colombia es un país pluriétnico y multicultural y que buena parte de la población desplazada pertenece a los distintos grupos étnicos [...] y, bien sabido es que éstas padecen todavía una fuerte discriminación en las áreas rurales y en las zonas urbanas marginales. Para expresarlo en otros términos, la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la opción sexual”⁹¹

Conclusiones

En este artículo buscamos contribuir a ampliar la comprensión de los enfoques teóricos, políticos y jurídicos utilizados para analizar cuestiones de distribución en contextos de transición. Para este propósito hemos ofrecido una tipología de criterios para la asignación de tierras que incluye, además de los abordajes conocidos de la justicia distributiva, la justicia correctiva y la eficiencia económica, un cuarto criterio que es distinto en términos de conceptos y que encuentra su sustento específico en las normatividades internacional y colombiana: la justicia étnica colectiva.

Para explorar el contenido de la JEC como criterio, hemos utilizado un argumento de tres partes. Primero, desde una perspectiva teórica, examinamos las diferencias y similitudes analíticas y prácticas entre los cuatro enfoques para la asignación de tierras y, a partir de ello, caracterizamos la JEC. En un segundo momento, para darle asidero empírico a la propuesta conceptual, nos concentramos en el tema específico de las políticas de tierras y territorios, y mostramos cómo, en la práctica, el criterio de JEC ha jugado un papel en los programas de asignación de tierras en Colombia, mediante la titulación de territorios colectivos para pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.

⁸⁵ Corte Constitucional, Auto 05 de 2009, párrafo 93.

⁸⁶ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (9-10).

⁸⁷ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (12).

⁸⁸ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (32), citando a la Corte Constitucional, Auto 218 de 2006.

⁸⁹ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (34).

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (31), citando a la Corte Constitucional, sentencia T-602 de 2003.

Contra ese trasfondo, en un tercer momento elucidamos el contenido del criterio de JEC, tal como ha sido fijado en el derecho internacional mediante jurisprudencia, tratados y pronunciamientos, así como en la normatividad colombiana. Y hemos expuesto ese contenido a la manera de estándares que deben guiar la formulación de medidas de reparación en beneficio de grupos étnicos que han sido víctimas de violencia, desplazamiento y despojo de tierras tanto en Colombia como en otras partes del mundo.

Específicamente en el contexto colombiano en particular —en concordancia con el derecho internacional, la legislación nacional actual y las decisiones fundamentales de la Corte Constitucional de Colombia (entre otros, los Autos 04 y 05 de 2009)— las reparaciones para pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes deben 1) partir de un análisis de las violaciones desde la perspectiva del grupo étnico afectado, 2) considerar las injusticias históricas sufridas a raíz de la discriminación racial y étnica, así como el impacto persistente de tales injusticias, 3) ser consultadas con los grupos étnicos afectados que, a su vez, deben tener algún nivel de control sobre su implementación, 4) considerar la dimensión colectiva tanto de la violación como de la reparación, 5) basarse en el respeto por la identidad cultural del grupo étnico como colectividad, 6) orientarse a las necesidades del grupo, tal como las define el mismo grupo, y 7) tomar en cuenta la importancia especial que tiene el territorio para los grupos étnicos, lo que implica una preferencia por la restitución como forma de reparación.

El contexto colombiano presenta tanto oportunidades como desafíos para la realización de la JEC. En cuanto a las oportunidades, como vimos, a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, Colombia emprendió transformaciones constitucionales y jurídicas que, acompañadas por la titulación de territorios colectivos a pueblos indígenas y comunidades negras, marcaron avances fundamentales, aún cuando dichas reformas y programas no hubieran sido diseñados explícitamente como formas de reparación o de JEC. La existencia de normas provenientes de aquella época —como la Ley 70 de 1993, o la Ley 21 de 1991, que incorporara a la legislación nacional el Convenio 169 de la OIT, sobre la consulta previa a grupos étnicos— sigue ofreciendo una oportunidad fundamental para la realización de los principios de la JEC.

Las dificultades, sin embargo, son aún más considerables. En las dos décadas transcurridas desde entonces, indígenas y afrocolombianos han sufrido, con una intensidad y frecuencia sin precedentes, desplazamiento, despojos y otras graves violaciones de derechos humanos. El resultado ha sido una verda-

dera contrarreforma que ha detenido y, en buena medida, contrarrestado los avances de aquella época, como lo muestra la ocupación masiva de territorios colectivos afrocolombianos por parte de actores legales e ilegales en el Pacífico, o el riesgo de extinción en el que se encuentra más del 60% de los pueblos indígenas (Organización Nacional Indígena de Colombia 2010). Incorporar sistemáticamente la JEC, por tanto, es uno de los principales desafíos para cualquier legislación o política sobre reparaciones que aspire a cumplir con el derecho internacional y nacional, y a promover la transición hacia la paz.

Referencias

- Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. 2010. Ruta de Protección de los Derechos Territoriales de los Grupos Étnicos, propuesta fechada abril de 2010. Bogotá.
- Bergsmo, Morten, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon (eds.). 2010. *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.
- Charters, Claire. 2008. “Reparations for Indigenous Peoples: Global Instruments and Institutions”. En Federico Lenzerini (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- Citroni, Gabriella y Karla Quintana Osuna. 2008. “Reparations for Indigenous Peoples in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”. En Federico Lenzerini (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (Comisión de Seguimiento). 2009. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Garantizar la observancia de los derechos de la población desplazada*. Vol. 2. Bogotá: Comisión de Seguimiento.
- Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA), Asociación de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes), Organización de Comunidades Negras (OCN). 2008. *Política pública con enfoque diferencial para la población afrocolombiana en situaciones de desplazamiento forzado o confinamiento: propuestas para la construcción*. Bogotá.
- Duffy, Aoife. 2008. “Indigenous Peoples’ Land Rights: Developing a sui generis approach to ownership and restitution”. En *International Journal on Minority and Group Rights*, 15, 505.

- Escobar, Arturo. 2008. *Territories of Difference. Place, Movements, Life, Redes*. Durham: Duke University Press.
- Fraser, Nancy. 2003. "Redistribution or Recognition? A Critique of Justice Truncated". En Nancy Fraser y Axel Honneth (eds.). *Redistribution or Recognition?* London: Verso.
- Gómez, Nieves. 2008. "Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities". En Federico Lenzerini (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- Grueso, Libia, Carlos Rosero y Arturo Escobar. 1998. "The Process of Black Community Organizing in the Southern Pacific Coast of Colombia". En Sonia Álvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar (eds.). *Cultures of Politics/ Politics of Cultures. Revisioning Latin American Social Movements*. Boulder: Westview Press.
- Gutiérrez Sanín, Francisco. 2010. "Extreme Inequality: A Political Consideration. Rural Policies in Colombia, 2002-2009". En Morten Bergsmo, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.
- Hoffmann, Odile. 2007. *Comunidades negras en el Pacífico colombiano*. Quito: Instituto Francés de Estudios Andinos (IFEA) - Institut de Recherche pour le Développement (IRD) - Ediciones Abya-Yala.
- Kalmanovitz, Pablo. 2010. "Corrective Justice versus Social Justice in the Aftermath of War". En Morten Bergsmo, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.
- Kopas, Jacob y Astrid Puentes. 2009. *Grandes represas en América, ¿peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas*. Bogotá: Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA).
- Lenzerini, Federico. 2008. *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ministerio del Interior y de Justicia y Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional. 2006. *Directriz para la prevención y atención integral de la población indígena en situación de desplazamiento y riesgo, con enfoque diferencial*. Bogotá.
- Mosquera Rosero-Labbé, Claudia. 2007. "Reparaciones para negros, afrocolombianos y raizales como rescatados de la Trata Negrera Transatlántica y desterrados de la guerra en Colombia". En Claudia Mosquera Rosero-Labbé y Luiz Claudio Barcelos (eds.). *Afro-Reparaciones: Memorias de la esclavitud y justicia reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Offen, Karl. 2003. "The Territorial Turn: Making Black Territories in Pacific Colombia". *Journal of Latin American Geography*, 2 (1), 43.
- Ogletree, Charles. 2003. "The Current Reparations Debate". En *U.C. Davis Law Review*, 36, 1051.
- Orellana, Marcos. 2008. "Saramaka People v. Suriname". En *The American Journal of International Law*, 102 (4), 841.
- Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). 2010. *Palabra dulce, aire de vida*. Bogotá: ONIC.
- Oslender, Ulrich. 2008. *Comunidades negras y espacio en el Pacífico Colombiano*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh).
- Procuraduría General de la Nación (PGN). 2008. *Primero las víctimas: criterios para la reparación integral de los grupos étnicos*. Bogotá.
- Reyes, Alejandro. 2009. *Guerreros y campesinos: el despojo de la tierra en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Rodríguez Garavito, César. 2010. "Ethno-Reparations: Collective Ethnic Justice and the Reparation of Indigenous Peoples and Black Communities in Colombia". En Morten Bergsmo, César Rodríguez-Garavito, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.
- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz. 2011. *Territorio, pueblos indígenas y desarrollo: el caso de la represa Urrá en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, César, Tatiana Alfonso e Isabel Cavelier. 2009. *Raza y derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Observatorio de Discriminación Racial y Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. 2010. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, César, Meghan Morris, Natalia Orduz y Paula Buriticá. 2010. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Saffon, María Paula y Rodrigo Uprimny. 2010. "Distributive Justice and Restitution of Dispossessed Land". En Morten Bergsmo, César Rodríguez Garavito, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.

- Scheinin, Martin. 2000. "The Right to Enjoy a Distinct Culture: Indigenous and Competing Uses of Land". En Theodore Orlin, Allan Rosas y Martin Scheinin (eds.). *The Jurisprudence of Human Rights: A Comparative Interpretive Approach*. Syracuse: Syracuse University Press.
- Schönsteiner, Judith. 2008. "Dissuasive Measures and the 'Society as a Whole': A working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights". En *American University International Law Review*, 23, 127.
- Torres, Gerald. 2008. "Indigenous Peoples, Afro-Indigenous Peoples and Reparations". En Federico Lenzerini (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.
- Uprimny, Rodrigo y Nelson Camilo Sánchez. 2010. "Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia". En *Revista Estudios Socio-jurídicos*. Bogotá: Universidad del Rosario, 12 (2), 305.
- Vrdoljak, Ana. 2008. "Reparations for Cultural Loss". En Federico Lenzerini (ed.). *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.