

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

DIRECCIÓN DE GESTIÓN TERRITORIAL
DIRECCIÓN TÉCNICA

PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

ESTHER SÁNCHEZ BOTERO

2002

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Presidenta Junta Directiva
Nohora Puyana de Pastrana

Director General
Juan Manuel Urrutia Valenzuela

Secretaría General
Rafael Santamaría Uribe

Dirección de Gestión Territorial
Roberto Rodríguez Sarriá

Dirección Técnica
Maria del Pilar Granados Thorschmidt

Subdirección de Instituciones
Lina Gutiérrez de Pombo

Subdirección de Intervenciones Especializadas
Adriana Lucia Castro Rojas

“PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS DE COLOMBIA”

Autora:
Esther Sánchez Botero

Diseño de Carátula

Correctora

2^a. Edición, 500 ejemplares
Bogotá, D. C., Colombia, 2002

La reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o cualquier otro idioma, debe ser autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Bogotá, D. C., 2002

ÍNDICE

Presentación
Agradecimientos
Introducción

CAPÍTULO 1 DE LA SOCIEDAD MONOCULTURAL A LA SOCIEDAD MULTICULTURAL

- 1.1. Características del Estado Monocultural
- 1.2. La Existencia Cultural Alterna de los Pueblos Indígenas
- 1.3. Los derechos diferenciados de grupo
 - 1.3.1. El concepto de diferencia y los derechos diferenciados de grupo
 - 1.3.2. La diferencia que reclaman y que se reconocen a los pueblos indígenas
 - 1.3.3. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Colombiana
 - 1.3.4. El derecho a administrar justicia como un derecho especial de los pueblos indígenas.
 - 1.3.5. El proyecto ICBF de atención integral a la familia indígena
 - 1.3.5.1. Fortalecimiento de normas propias de control social
 - 1.3.5.2. La sociabilización endógena
 - 1.3.6. La consagración de la jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991
 - 1.3.5.3. Protección y jurisdicción especial indígena
 - 1.3.5.4. Las autoridades de la jurisdicción nacional y de la especial construyen salidas multiculturales e interlegales para los casos de protección.

CAPÍTULO 2 LOS CAMBIOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA CONSTRUIR EL ESTADO MULTICULTURAL

- 2.1. Las instituciones públicas se modifican
 - 2.1.1. Desarrollo en el ámbito legislativo y diseño de los servicios
 - 2.1.2. Cambio de enfoque para la protección de niños indígenas
 - 2.1.3. Fundamentos institucionales para una política de protección multicultural
- 2.2. La política pública del ICBF para pueblos indígenas en el área de protección
 - 2.2.1. ¿Por qué una política pública de protección diferenciada?
 - 2.2.2. Los pueblos indígenas sujetos de discriminación positiva
 - 2.2.3. La autonomía
 - 2.2.4. ¿Qué debe contener esa política?
 - 2.2.5. ¿Cómo implementar la política pública de protección?
 - 2.2.5.1. Implementación de la política pública de protección con las autoridades indígenas tradicionales
 - 2.2.5.2. Implementación de la política pública de protección con los supuestos normativos jurídico-constitucionales y de filosofía política del multiculturalismo.
 - 2.2.6. Las señales que emiten los pueblos indígenas deben ser interpretadas
 - 2.2.7. Trabajo interdisciplinario e intercultural

- 2.2.8. La construcción de entendimiento intercultural parte de lo local
- 2.3. Herramientas básicas para la interpretación en la sociedad multicultural
- 2.3.1. Los principios constitucionales base de todos los argumentos
- 2.3.2. Los cuatro mínimos jurídicos
- 2.3.3. Principio de proporcionalidad
- 2.3.4. Teoría del núcleo esencial
- 2.3.5. El test de igualdad
- 2.3.6. La aplicación técnica y la aplicación edificante de la ciencia
- 2.4. Las instituciones toman decisiones de vida o muerte después de interpretar los hechos

CAPÍTULO 3 CONOCIMIENTO APLICADO A LOS CASOS DE PROTECCION

- 3.1. La argumentación jurídica de los defensores de familia
- 3.1.1. La justificación interna y la justificación externa
- 3.1.2. La argumentación
- 3.1.3. Justificación interna
- 3.1.4. Justificación externa
- 3.2. Aplicación de la prevalencia de las normas constitucionales sobre las legales
- 3.3. Aplicación de proporcionalidad
- 3.4. Aplicación del núcleo esencial
- 3.5. Aplicación de mínimos jurídicos
- 3.6. Trato diferente

CAPÍTULO 4 INSTRUMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO EN PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

- 4.1. Instrumentos aplicados a los casos de protección a niños indígenas
- 4.1.1. La historia sociofamiliar
- 4.1.2. Resolución por medio de la cual se entrega un menor indígena a una autoridad tradicional
- 4.1.3. Autorización al ICBF de una autoridad indígena tradicional con competencia para representar el interés superior de un niño, niña o joven indígena
- 4.1.4. Acta de guarda
- 4.1.5. Cuaderno de radicación para no abrir historia regional ICBF
- 4.1.6. Entidades que pueden ser consultadas

INDICE DE CUADROS

- Cuadro 1 Ubicación de los pueblos indígenas de Colombia
- Cuadro 2 Etnias Indígenas de Colombia
- Cuadro 3 Artículo de la Constitución Política de Colombia

Cuadro 4 Los derechos de los pueblos indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Cuadro 5 El derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en el Derecho Internacional

PRESENTACIÓN

Este libro es el resultado de un trabajo mancomunado en el que un equipo humano del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el ámbito de las regionales, con apoyo de la consultora y antropóloga de la Sede Nacional Esther Sánchez se dio a la tarea de examinar el estado de garantía de los derechos constitucionales fundamentales y legales, materializados en la protección a niños, niñas y jóvenes indígenas de Colombia.

Entender las directrices constitucionales y legales de una manera diferencial, como un instrumento que guía las actuaciones de los Defensores de Familia y los equipos técnicos del ICBF, fue el objetivo de los semilleros que hoy, sin duda, comienzan a crecer en cada funcionario que ha tenido la oportunidad de comprender la dimensión enorme de este importante camino trazado hace una década por la Constitución Política de Colombia.

Se parte del deber ser de la familia, la sociedad y el Estado de asegurarle al niño y al adolescente de los pueblos indígenas, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, alimentación equilibrada, educación, juego, profesionalización, cultura, dignidad, respeto, libertad, convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión, sin que dejen de sentirse miembros de un pueblo indígena cultural y étnicamente diferenciado.

Con la segunda publicación de este libro el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar busca fortalecer la política pública multicultural de Protección y generar actuaciones en los servidores públicos, que promuevan de manera efectiva, eficiente y edificante la protección de los derechos constitucionales fundamentales y legales de los niños, niñas y jóvenes indígenas de Colombia, que afrontan dificultades, riesgo y peligro, establecidos en el Código del Menor.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la oportunidad enorme de realizar este trabajo de investigación-acción que permitió involucrarnos con más de 600 800 funcionarios en toda Colombia para conocer las formas propias y las adecuaciones edificantes que realizan, con el fin de proteger los más preciados derechos sociales constitucionales fundamentales y legales de los niños, niñas y jóvenes indígenas, en condiciones de dificultad y manifiesta discriminación social y cultural.

La acogida de los Defensores de Familia y demás profesionales de los equipos interdisciplinarios que definen estos casos por disposición legal, según directrices y a su entender y saber, mostraron los rostros, un tanto ocultos, de quienes llevan la muy pesada carga de realizar el programa de protección, que por su condición especial, marca el carácter de personas sobresalientes, interesadas en comprender la multiculturalidad, de la que, en general, no se tenía noticia.

Los abogados responsables de la interpretación de las actuaciones jurídico legales de los casos que fueron analizados, contribuyeron con extraordinarias reflexiones sobre las perspectivas de otras realidades, no comprensibles desde una sola orilla profesional: la antropología. Luis Carlos Sotelo se preocupó enormemente por la hermenéutica jurídica, aporte no sólo útil, sino constitutivo de la primera aplicación práctica para la resolución de casos de niños y jóvenes indígenas. El énfasis de Jairo Iván Peña fue en el fortalecimiento de los mínimos jurídicos de obligatorio cumplimiento, evitando la tendencia a extender indebidamente nuestros sentimientos o entendidos, constituyó un gran seguro de respeto no sólo a la diversidad, sino a las decisiones de una Honorable Corte Constitucional, guardiana suprema de la Carta Política, empeñada en darle vida real a los derroteros constitucionales. Los juegos del lenguaje fueron también una verdadera herramienta teórica que él aportó para aproximarnos a los distintos campos de los diferentes pueblos. Gregorio Mesa logró mostrarnos cómo se integra el conocimiento de la cultura a la interpretación, y cómo un caso se ve transformado cuando el profesional abogado, desde su particular campo de conocimiento, se compenetra sinergicamente en lo sociocultural, que es lo que precisamente define la diferencia. Julio Montes hizo una exhaustiva crítica a la inadecuada o adecuada aplicación de procedimientos, al registrar varios hallazgos que seguramente serán base de otros trabajos de mayor pertinencia y relevancia.

Esta consultoría permanentemente pidió ayuda a los doctores Carlos Gaviria Díaz y Rodrigo Uprimy, exmagistrado de la Corte Constitucional y magistrado auxiliar, respectivamente, quienes no sólo nos brindaron su tiempo valiosísimo, sino que además, nos dieron luces y aclararon asuntos constitucionales que requerían el acertado concepto de expertos, conocimiento científico que en lo dialéctico del saber los convierte en humanistas por excelencia, comprometidos con las causas más nobles, como la efectiva protección y garantía de los derechos sociales, culturales, constitucionales fundamentales de los niños, niñas y jóvenes indígenas de Colombia.

La colaboración de las Direcciones Regionales del ICBF fue excepcional. En cada región se hicieron presentes los directores para participar; al considerar indispensable conocer un trabajo que por primera vez se desarrollaba, participación que es necesario resaltar.

La presencia de las autoridades indígenas en cada uno de los encuentros, nos permitió reafirmar que la única posibilidad para construir un auténtico entendimiento intercultural es sentarse a discutir como intelectuales indígenas o no indígenas, sobre los asuntos de la etnicidad y la cultura, aporte por demás edificante, propositivo y magnífico.

No hubiéramos podido realizar este trabajo si el doctor Juan Manuel Urrutia, director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no hubieran acogido nuestra propuesta, estimulado por la idea de modernizar y adecuar la Institución a las situaciones reales que la Política Pública de Reconocimiento a la diversidad étnica y cultural demanda. La exaltación de su importancia por parte de las doctoras Lina Gutierrez de Pombo subdirectora de Instituciones, Doris Lewin Figueroa antropóloga comprometida con los pueblos indígenas de Colombia y Ana Margarita Olaya Rodríguez, abogada experta en Protección, fue definitiva para que el trabajo pudiera realizarse.

Para todos, mis más sinceros agradecimientos.

Esther Sánchez Botero
Consultora

INTRODUCCIÓN

Por medio de las diferentes instituciones, en Colombia se conoce la acción de lo público, y cada individuo, de un modo u otro, siente sus efectos. Las autoridades actúan e intervienen de múltiples maneras. Esas actuaciones, que parecen evidentes, están lejos de ser espontáneas. La acción pública está enmarcada en lineamientos que, generalmente, se definen en forma centralizada y establecen estrategias para llegar a todos los niveles en que deben aplicarse, mediante acciones particularizadas.

El estudio de las políticas públicas de protección, implementadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de los Defensores de Familia y con el apoyo de los equipos técnicos, arroja luz sobre lo que dicen y hacen estas autoridades frente a los casos de niños, niñas y jóvenes indígenas. Es decir, el análisis de dichas políticas clarifica el seguimiento de los marcos institucionales que orientan las motivaciones sustantivas y los procedimientos para las acciones, con miras a garantizar el desarrollo de una misión que deviene desde la expedición de la Carta Política de 1991 y de los Planes Nacionales y Territoriales de Desarrollo. Tales aplicaciones deben reflejar un buen conocimiento e interpretación de la Constitución y las leyes, y dar cuenta del trabajo gubernamental y administrativo de la autoridad particular que define ámbitos para los sujetos de atención prioritaria.

Sin embargo, siempre existe el riesgo de confundir la forma con el contenido y de que el trabajo se perciba tal como pretende ser y no como es necesario que sea o como realmente es. Para abordar esta realidad, los procesos de *investigación-acción* en terreno, *con la gente*, permiten definir qué tan cerca o lejos están las actuaciones de los servidores públicos, frente a las nuevas demandas socioculturales y a los marcos jurídicos que históricamente se han ido transformando.

En desarrollo del trabajo realizado con la activa participación de los Defensores de Familia, los equipos técnicos, y el acompañamiento de profesionales de la Sede Nacional, se logró establecer la manera en que los Defensores de Familia han venido interpretando los hechos en los que son actores niños, niñas y jóvenes indígenas, a la luz de una cultura particular, con respecto a los distintos pueblos indígenas, que corresponden por competencia a su ámbito territorial. También fue posible establecer el impacto de ciertas medidas de protección que se han tomado. Finalmente, se ha conocido a fondo a través de cuáles medios o procedimientos se establecieron tales medidas y con quiénes se realizaron. Estos campos se enmarcaron en el ámbito de la gestión pública, que se implementa por medio de unas estructuras formales de autoridad especializadas y de la organización de los recursos y las tareas que apuntan a responder de manera adecuada, a las demandas reales que surgen en la sociedad multicultural y en la misma institución.

Proponer preguntas para verificar su pertinencia, confrontándolas con los hechos y con explicaciones sustantivas, caracteriza el enfoque metodológico que utilizamos y que puede definirse, a la vez, como un campo y como un método. La construcción de entendimiento intercultural, como marco para la acción que se debe implementar, permitió superar

posiciones antagónicas, de manera que la búsqueda de interlegalidades o salidas edificantes siguiendo la categoría de Sousa Santos se convirtió en un punto de llegada alcanzable. La *protección* y las actividades que implica, o el contenido y el proceso, componen la unidad de base de la que nos hemos servido para caracterizar y proyectar una nueva acción.

En este libro se trabajan cuatro capítulos que parten de lo general a lo particular. En el primer capítulo nos aproximamos a los marcos constitucionales y legales que definen un *trato diferente* a los pueblos indígenas, debido a su condición de diferentes. El segundo capítulo aborda teóricamente el contenido diferente para una política pública de protección, y desencadena en los ejes hermenéuticos fundamentales que posibilitan una interpretación adecuada. El estudio de caso y con éste el desarrollo de las herramientas teóricas aplicadas sistemáticamente, dan ejemplo claro de la metodología necesaria a seguir para estas situaciones y que es tratado en el tercer capítulo. Finalmente, el capítulo cuarto es el producto de las acciones implementadas en la práctica por las regionales Cauca, Guajira y Valle, instrumentos que a manera de ejemplo muestran la rigurosidad que implican los procedimientos adaptados a los nuevos derroteros en los que se ha embarcado el Instituto: fortalecimiento de la existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas de Colombia.

CAPÍTULO 1

DE LA SOCIEDAD MONOCULTURAL A LA SOCIEDAD MULTICULTURAL

1.1. Características del Estado Monocultural

Colombia, en 1991, pasa de ser una Nación monocultural a una multicultural. ¿Qué implicaciones concretas, para el marco de la política pública que implementa el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tiene el reconocimiento constitucional de que la Nación es diversa culturalmente?

Como los Wayu, aquí en mi tierra, con la cuestión del registro civil va ella sola a registrar... como es el interés de ella sola, porque el papá no va a registrar el niño, le pone el clan de la mamá. Y como no va el padre, pues el señor notario no le va a poner el clan del papá. Y como a ella no le interesa tanto el papá, ella firma y lo acoge así. Para nosotros es un registro civil de un niño hijo de madre soltera; para nosotros los occidentales no está bien...

Ahora, que se hiciera el registro civil de acuerdo a los usos y costumbres, eso fue un logro que obtuvimos cuando demandamos al Consejo del Estado que nos informara si los niños indígenas tenían derecho a ser registrados de acuerdo a sus usos y costumbres, es decir, con el nombre del clan de la madre, que es como se llaman allá internamente¹. Y el Consejo nos dijo que sí y esa fue nuestra primera contribución como defensores de la Guajira a esto de la sociedad multicultural. Porque claro, vimos que de la otra manera, en las campañas de registro que

¹ En el Encuentro para la Construcción de Entendimiento Intercultural en Riohacha 1995, los defensores contaban que realizaban en ese momento una campaña para que los niños indígenas tuvieran un registro civil. Al contrastar su práctica con los usos y costumbres expuestos por los participantes Wayu y a la luz de la valoración de la diversidad étnica y cultural, quedaba en evidencia que la campaña no fortalecía la etnicidad y la cultura, y que se imponía una sola forma dominante de registro y por ello anticonstitucional. La consulta arrojó satisfactoriamente la valoración de las formas propias y de manera procedural, un instructivo para los notarios.

hacíamos le imponíamos la única forma de registrar niños que conocíamos, desconociendo que había otras formas, que aún subsistían como esta de los Wayu...

Pero el lío es que como todo cambia, y los indígenas salen de sus rancherías a trabajar en lo que encuentren, muchos empiezan a laborar en empresas como asalariados... Y como que se olvidan de los niños y la mujer. Y cómo las indígenas ya saben de sus derechos de afuera y saben que pueden reclamar, reclaman... y entonces como sus hijos no son parientes del papá... porque no son parientes de acuerdo al código Wayu y como no están registrados por él, entonces, un juez que va a aceptar... que va a aceptar que sí son los hijos y que de acuerdo a sus usos y costumbres el padre no aparece porque el padre no tiene la autoridad sino que la tienen los hombres del clan materno.

Ahora, lo grave es que como para probar la paternidad se necesita una prueba de sangre y ellos no pueden perder sangre sin que otro pague... ¿Cómo probar la paternidad? ¿Y quién debe pagar?

Sabemos que al ser reconocida la jurisdicción especial, la salida a esta situación es necesario definirla y encontrarla con los tíos maternos que tienen autoridad tradicional para exigir a los esposos de las hermanas y también con los palabreros que van a mediar los acuerdos...²

El Estado monocultural negó reconocimiento jurídico y político a toda diferencia étnica o cultural a pueblos como el Wayu, una de las 87 culturas indígenas existentes en el territorio nacional, al definirlas como una limitación, como un signo de atraso para alcanzar la sociedad deseable. Manifestaciones como las que el caso encierra, y que son la expresión de una cultura alterna, contrastan con la cultura mayoritaria, como a continuación se va a enunciar.

Los Wayu son matrilineales, es decir sus miembros participan de sistemas de deberes y derechos distintos, y la filiación sólo se hace por la línea de la madre, por lo que el padre no es pariente de sus hijos.

Tienen una organización social en clanes y la autoridad es reconocida en los hermanos de la madre y en los hombres del clan materno.

El matrimonio es exogámico, interclanes, y a cambio de una mujer con la que se busca entablar una alianza intersocial de parentesco por afinidad, los miembros de una familia a través del tío materno ofrecerán animales, collares o dinero, hoy día, como signo de amor a la mujer con la cual desean esposar al joven varón.

² María Cristina Mendoza, Defensora de Familia ICBF Guajira.

En esta sociedad, por ejemplo, no se comparte la existencia de seres espirituales como los makuses, existentes para los Puinabe, ni de niños blancos con alas y vestidos con túnicas largas, llamados ángeles de la guarda, existentes en la sociedad mayoritaria.

Los procesos de socialización endógena permiten a este pueblo disponer hoy de una lengua propia en la que hay cientos de juegos de lenguaje que han de ser interpretados solamente a la luz de su propia estructura, así como de un derecho propio ampliamente configurado que orienta al pensamiento las restricciones de conducta deseables y reprobables.

Los Wayu a diferencia del Código del Menor³ que rige para los procesos de protección, definen la madurez para que una mujer se considere adulta con base en la primera menstruación.

La sociedad monocultural buscó la homogeneidad de todos los colombianos, definiendo políticas públicas específicas para que todos alcanzáramos a ser hijos de un solo Dios, el Dios de los católicos con el fin de que tuviéramos iguales creencias con respecto al bien y el mal, habláramos una sola lengua, el español, y organizáramos la familia a la manera monogámica. Todos debíamos regirnos por un solo ordenamiento jurídico y dentro de un ordenamiento territorial que tenía el monopolio para dirimir conflictos y disyuntivas que afectaban a los individuos. Este Estado que basaba y sustentaba sus actuaciones en el reconocimiento de una cultura occidental, que tenía como centro a los sujetos individuales, los cuales debían ser protegidos como seres libres e independientes, otorgaba derechos y ejercía obligaciones que se establecían, excluyendo a todo aquel que se diferenciara del modelo mayoritario.

En este Estado, las instituciones planificaron y determinaron políticas públicas orientadas a todos los colombianos sin distingo alguno, como es el caso del registro civil, que ignoraba otras formas de reconocer el parentesco o transmitir la filiación y desconocía y desvalorizaba la existencia real de sistemas políticos y de gobierno, religiosos y de creencias distintas; de sistemas de derecho y horizontes de bienestar diferentes; de organizaciones familiares no monogámicas, con sistemas de sucesión de bienes distintos; derechos del hombre o la mujer diferentes; de formas de crianza y socialización muy alternativos y, ante todo, de grupos humanos que a diferencia del sistema liberal que asume al sujeto individual como el centro de los derechos y deberes, consideraban un *sujeto colectivo*, y como tal resistieron la pretensión de occidente de ser como este sistema demandaba, logrando mantenerse como pueblos distintos.

Hoy existen en Colombia 93 pueblos indígenas, muchos de ellos son étnica y culturalmente distintos, porque algunos comparten la cultura mayoritaria que les fue impuesta. Todos se sienten indígenas y demandan de las instituciones del Estado protección a sus derechos. En

³ OLAYA RODRÍGUEZ, Margarita. El Código Civil contiene la diferenciación entre infante, púber, prepúber, asegurando unos criterios cronológicos, y también la legislación penal por efectos de responsabilidad hace lo propio. Por su parte la Constitución Política norma el límite de la mayoría y la minoría de edad. Aporte Técnico como supervisora del contrato al texto original.

1991 eran 87 pueblos y hoy 11 años después han sido reconocidos formalmente 6 pueblos nuevos que a fin de sobrevivir al sistema cruel monocultural y tener posibilidades de existencia sin discriminación, estratégicamente escondieron su identidad. Representan el 2% de la población total. Presentan características específicas de apropiación del medio, que se manifiesta en actividades como la caza, la pesca, la recolección, la agricultura, el comercio y la minería. Hoy muchos de ellos viven en las ciudades o municipios de Colombia pero la mayoría habitan en las regiones de selva, sabana y desierto. Los indígenas se dedican económicamente a la caza, la pesca, la recolección, la agricultura y muchos son trabajadores obreros, comerciantes o funcionarios. Viven o dispersos en diferentes regiones o en pueblos pequeños aunque también hay con numerosos habitantes. Están distribuidos en 200 municipios del territorio nacional y aunque poseen 25.000 hectáreas habitadas bajo la figura de *resguardos*, solo ocupan una quinta parte del territorio colombiano, que contiene escasa tierra y en ocasiones, de mala calidad, razón por la cual la mayoría de estos pueblos ven amenazada su existencia. Sus formas de organización política son muy variadas, y también son distintas las maneras de interactuar con el Estado. Según cifras estimativas por el Ministerio de Educación Nacional, el analfabetismo de la población indígena alcanza el 44%; en materia de salud, la atención es precaria y desligada, en gran parte, de sus contextos culturales⁴.

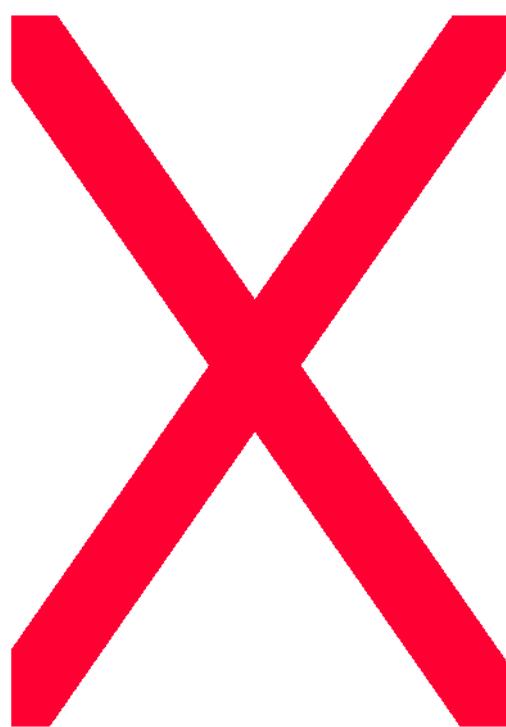
⁴ VÁSQUEZ LUNA, Miguel. Derechos Propios. Asuntos Indígenas, documento inédito, Bogotá, 1997.

Cuadro 1
Ubicación de los pueblos indígenas de Colombia

MAPA

Fuente: PINEDA CAMACHO, Roberto. *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*. En: Revista Alteridades, Estado Nacional, autodeterminación y autonomías. México. Universidad Autónoma Metropolitana, año 7, No. 14, 1997, pág. 110.

Cuadro 2
Etnias Indígenas de Colombia



Fuente: Asuntos Indígenas. Ministerio del Interior. Diciembre de 1999.

1.2. La existencia cultural alterna de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución Política son el resultado de un proceso histórico de *resistencia*. Fueron capaces de transmitir a sus hijos un sentido distinto, con características diferenciales, para saberse miembros de un pueblo, pero también, colombianos pertenecientes a la Nación. Para alcanzar este objetivo, los pueblos utilizaron por generaciones, los procesos de socialización y control social propios, que resultaron muy eficientes para que pese a la imposición de otras formas de cultura, lograran seguir existiendo no sólo biológicamente, sino con horizontes de cultura compartida distinta.

Son los procesos de socialización muy temprana los que le van dando al individuo las nociones de semejante, pariente, extraño, de naturaleza, es decir, las clasificaciones generales y las estructuras particulares que brindan la orientación para asumir la vida social de una manera determinada y preferencial. Este proceso permite al niño el acostumbramiento necesario para introyectar también normas implícitas y explícitas que le definen las maneras de actuar de su familia, comunidad y pueblo, de acuerdo con sus valores culturales.

La principal directriz de una cultura consiste en *definir líneas de pensamiento* que le determinen al sujeto no sólo actitudes preferencialmente deseables sino, ante todo, los comportamientos obligatorios que de ser contravenidos acarrean una sanción. Estas normas, que están configuradas ampliamente y que no están escritas, hacen parte estructural de sistemas de ordenamiento normativo, llamados Derechos Propios, los cuales se definen sobre bases distintas y son los que se han reconocido en la Constitución.

El ordenamiento normativo, reglado de formas de convivencia, está tejido en estructuras culturales muy complejas, y no hacen parte necesariamente de una unidad diferenciada. Si bien el reconocimiento a estos ordenamientos es, sin duda, el derecho discriminatorio más positivo para estos pueblos, todo el contexto constitucional rompe el modelo monocultural, proyectando una dimensión de Nación que reconoce las diferencias de una manera real y no formal.

La Nación ha dejado de ser un bloque monolítico, para iniciar la valoración y el reconocimiento de la diferencia. Es importante aclarar que si bien es posible distinguir una sociedad por expresiones externas, como lengua y vestidos distintos, es necesario partir de que la cultura es un *sentido* ante la vida que se comparte y se expresa, a veces de manera visible y diferencial.

Decimos “a veces” porque también existen pueblos que aunque comparten una cultura, la mayoritaria, porque aceptaron su Dios, hablan su lengua, se visten como campesinos de la región, y se han socializado para sentirse miembros de una colectividad, con derechos y deberes, siguen *sintiendo* y defendiendo el derecho étnico de seguir a sus autoridades y a su comunidad en los asuntos definidos como propios.

1.3. Los derechos diferenciados de grupo⁵

Con la Constitución de 1991, se exalta el reconocimiento como *sujetos colectivos* a los pueblos indígenas. Es necesario profundizar y reflexionar en la noción de *sujeto colectivo*, comparándola con el *sujeto individual*, a fin de comprender cabalmente este concepto y sus implicaciones.

Es importante trabajar la noción jurídica del *derecho subjetivo*, que tiene un correlato necesario en la noción de *sujeto de derecho*. Al consagrarse derechos, el ordenamiento jurídico supone la existencia de un sujeto de derecho, que es el titular de estos, y tiene en cuenta las características que confiere dicho status, al momento de decidir cuáles derechos debe concederle. Pero, ¿quiénes deben ser considerados sujetos de derecho? ¿Qué derechos deben tener los sujetos de derecho si se tienen en cuenta las particularidades de la realidad constituida como sujeto de derecho?

Esta realidad que es construida puede verse desde dos enfoques: la tradición liberal que se funda en una imagen del ser humano como ser racional y, por tanto, digno y capaz de ser libre; si cada individuo humano está dotado de razón, todos y cada uno de los individuos merecen un trato igual, correspondiente a su igual dignidad. Si, por otra parte, los seres humanos como entes racionales están en capacidad de ejercer la libertad, dotados para la libertad, deben ser tratados de tal manera que su libertad se vea garantizada, es decir, que puedan decidir cuál es la vida que quieren llevar⁶. La tradición republicana, a diferencia de la liberal, parte de la visión del ser humano como ser eminentemente social y da prevalencia a la comunidad o al grupo sobre el individuo. Según esta postura, cada ser humano, debe ocupar el lugar que le corresponde frente al todo social y más que derechos, los individuos tienen deberes; es la comunidad el verdadero sujeto de derecho⁷. La comunidad es mucho más que la sumatoria de individuos y no puede equipararse a una asociación en la que sus miembros comparten unos propósitos.

1.3.1. El concepto de diferencia y los derechos diferenciados de grupo⁸

Pero, ¿cuál es la diferencia de un pueblo indígena? La diferencia como la igualdad son conceptos relacionales. Entonces, considerar que dos grupos de personas aparentemente iguales son diferentes, no es más que el resultado de privilegiar en nuestras prácticas sociales un punto de

⁵ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La jurisdicción especial indígena*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá Imprenta Nacional 1999.

⁶ Dentro de los teóricos clásicos del liberalismo se destacan Kant en su libro *Crítica de la razón práctica* y *Fundamentos para una crítica de la razón práctica* y John Stuart Mill *On Liberty*. En el debate contemporáneo, la posición liberal encuentra su mejor defensor en John Rawls *Theory of Justice* y *Political Liberalism*.

⁷ Los fundamentos de la posición conservadora fueron esbozados por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* y su *Política*.

⁸ Op. Cit. SÁNCHEZ BOTERO Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina.

comparación que lleva a concluir la diferencia o la igualdad: construimos primero los grupos y luego escogemos aspectos que nos hacen diferentes o iguales⁹.

La categoría *pueblos indígenas* existe, precisamente porque en el encuentro de los dos mundos, unos se identificaron como conquistadores de las Indias; aquellos con los que se encontraron fueron identificados como conquistados; además, porque en el encuentro entre unos y otros, los parámetros de comparación utilizados llevaron a la consideración de que eran diferentes. Que la diferencia entre personas y grupos humanos sea construida no debe entenderse como un argumento en contra de la vigencia de la diferencia. Ésta existe en nuestras relaciones sociales. Entenderla como construida nos permite comprender que las percepciones de la diferencia pueden ser variadas y ponen en evidencia no sólo el factor histórico, sino el político en la diferencia. Al introducir la dimensión política en la comprensión de la diferencia, inmediatamente surgen preguntas como: ¿Quién construye la diferencia? ¿Quién tiene mayor poder o quién no lo tiene? ¿Con qué propósitos se construye: ¿para reforzar la dominación o para lograr la emancipación?

A la luz de estas consideraciones, volvamos a los derechos diferenciados de grupo. Habíamos dicho que se trata de derechos que se reconocen a grupos de personas. Se conceden porque se considera que estos grupos de personas son diferentes y porque ellos mismos reclaman su derecho a la diferencia. Esto, claro, todavía es muy vago. Quedan preguntas abiertas como: ¿cuáles son los grupos a los que en justicia deben atribuirse derechos? ¿quién decide cuáles son estos grupos? De lo dicho antes, se desprenden dos parámetros generales. Primero, deben atribuirse derechos a los grupos cuya diferencia se muestre como valiosa; segundo, deben atribuirse derechos a los grupos que reivindiquen ser diferentes.

Un caso que se ajusta a estas exigencias es el de los pueblos indígenas; existe un acuerdo general en torno al valor de sus formas de vida tradicionales y son ellos mismos, a través de sus movimientos y en sus interacciones con el Estado y la sociedad, los que han reclamado un tratamiento diferente. Otros casos como el de las mujeres, las negritudes, los homosexuales, no son fáciles.

1.3.2. La diferencia que reclaman y que se reconoce a los pueblos indígenas¹⁰

Los pueblos indígenas, como se anotó anteriormente, constituyen un caso claro de aplicación de la teoría de los derechos de grupos: constituyen grupos y son grupos que han reclamado un reconocimiento de su diferencia y su diferencia es reconocida como valiosa.

Pero ¿cuáles son los derechos que les deben ser concedidos en justicia, atendiendo a sus realidades? Para abordar este punto, nuevamente hay que tener en cuenta cómo se ha construido la diferencia, poniendo atención, sobre todo, en cómo perciben los pueblos indígenas su diferencia.

⁹ Ibid. Ejemplo: una manzana y una pera según como se miren, comparten aspectos comunes y aspectos diferentes; ser frutas las hace iguales, pero sus formas, colores y texturas distintas, las hace diferentes.

¹⁰ Ibid.

La introducción de la denominación “pueblo indígena” parte de la consideración de que muchos descendientes de las culturas que habitaban los territorios invadidos, a pesar de la crueldad de estas dominaciones y de sus efectos devastadores sobre los habitantes del territorio conquistado, aún se encuentran agrupados en comunidades, algunos con formas de vida propias, que guardan relación con sus prácticas ancestrales, otros no se diferencian de los modos de vida de la sociedad mayoritaria, pero, unas y otras se sienten miembros de colectividades distintas¹¹. Algunas de estas comunidades se caracterizan por encontrarse ubicadas en un territorio definido (que no siempre coincide con el territorio ancestral), tener creencias, prácticas sociales, formas de gobierno, formas de resolución de conflictos y de socialización que son o han adoptado como propias. Su situación es particular, además, porque aunque reúnen las condiciones para conformar estados independientes, no lo son. Es precisamente ésta la razón que lleva a considerar cuáles han de ser sus derechos dentro del Estado del que hacen parte.

Recogiendo estos elementos, el Convenio 169 de la OIT (ratificado por Colombia e integrado a la legislación nacional a través de la Ley 21 de 1991), define como pueblos indígenas y tribales aquellos

“(a)...cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por completo o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales.

(b)...que son considerados como indígenas por ser descendientes de poblaciones que habitaban el país, o una región geográfica a la que el país pertenece, en el momento de la conquista o colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, sin importar su status legal, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas ” (art.1, num.1)¹².

El proyecto de declaración interamericana de derechos de los pueblos indígenas¹³, también recoge estos elementos en su art. 1, que define a los pueblos indígenas, así:

1. Aquellos que incorporan una continuidad histórica con sociedades que existieron antes de la conquista y el establecimiento de los europeos en sus territorios (alternativa 1) [así como los pueblos que traídos

¹¹ Aunque entre un venezolano y un colombiano no existen diferencias culturales, cada uno se siente miembro de una nación distinta. Este ejemplo sirve para comprender los sentimientos de pertenencia a un grupo distinto que puede tener un sujeto indígena.

¹² Convención No. 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en 1989, entró en vigor en septiembre de 1991 [citada en adelante como Convenio 169]

¹³ Proyecto de “Declaración Interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 1278, 1995, publicado como O.A.S. Doc. OEA/Ser/I/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (1995) [en adelante citado como Proyecto Interamericano].

involuntariamente al Nuevo Mundo, se liberaron y restablecieron las culturas de las que habían sido arrancados] (alternativa 2) [así como los pueblos tribales que por sus condiciones sociales, culturales y económicas se distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales].

2. El que un grupo se identifique a sí mismo como indígena o tribal debe ser considerado un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se les aplican las disposiciones de esta Declaración.

1.3.3. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución colombiana de 1991¹⁴

La Constitución colombiana de 1999 consolidó una posición de reconocimiento a la diversidad cultural, que venía en proceso desde los años ochentas al interior del Estado colombiano, y también amplió este reconocimiento¹⁵.

Cuadro 3
Artículos de la Constitución Política de Colombia
aplicables a pueblos indígenas

Artículo de la Constitución	Objeto de la norma	Contenido del artículo.
7	Principio de la diversidad cultural.	“El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”.
70 inc./2	Principio de igualdad de las culturas.	“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (...”).
10.	Principio de oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios.	“(...) Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios (...”).
96	Indígenas como nacionales colombianos.	“Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia (...); 2. Por adopción: c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ ARANGO Raúl y SÁNCHEZ Enrique, *Los pueblos indígenas en Colombia. 1997*, Bogotá: DNP y Tercer Mundo Editores, 1998, pp. 41-52.

10	Derecho a educación bilingüe.	“La enseñanza que se imparte en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.
68	Derecho a educación respetuosa de las tradiciones.	“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural”.
171	Derecho a elección en circunscripción especial electoral.	“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional”. “Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas”. (...) “La circunscripción especial para la elección de senadores de las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral”. “Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministerio del Interior”.
176 inc. 3 y 4	Faculta al legislador para crear circunscripción especial adicional.	“La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior”. “Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”.
329 inc. 2	Derecho de grupo a la propiedad de la tierra.	“Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.
246	Derecho de grupo a administrar justicia.	“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”.
330	Derecho de grupo a la autonomía política.	“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.

		<ol style="list-style-type: none"> 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren. 9. Las demás que señalen la Constitución y la ley”.
330 par.	Derecho de grupo relativo a la explotación de recursos en territorio indígena.	“Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.
357	Derecho de grupo a la autonomía financiera.	“Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación. (...). Para los efectos de esta participación, la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”.
329 inc. 1 y 3.	Entidades territoriales indígenas.	“La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. (...) La ley definirá las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.”

1.3.3.1. La aplicación práctica de los derechos constitucionales

Colombia ha tenido en la Honorable Corte Constitucional magistrados que han dado vida a los marcos constitucionales de una manera que verdaderamente desarrolla estos derechos. Las distintas Acciones de Tutela que llegan a la Corte han recibido, en general, tratamientos alternativos y edificantes muy valiosos, según el espíritu de la Constitución, como veremos en el siguiente cuadro.

Cuadro 4
Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Derecho	Sentencias
A la supervivencia cultural.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-428 de 1992 ▪ T-342 de 1994 ▪ T-007 de 1995 ▪ SU-039 de 1997 ▪ SU-510 de 1998 ▪ T-652 de 1998
A la integridad étnica y cultural.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-342 de 1994 ▪ SU-039 de 1997 ▪ SU-510 de 1998 ▪ T-652 de 1998
A la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-380 de 1993 ▪ SU-037 de 1997 ▪ T-652 de 1998
A la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad: Derecho a la titulación Derecho a la división de los resguardos Derecho a la unificación de los resguardos Derecho de exclusión del territorio indígena Límites al derecho de exclusión: a. Seguridad nacional Explotación de recursos cuando no se logra acuerdo, la consulta ha sido adecuada y la intervención es justificada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-567 de 1992 ▪ T-188 de 1993 ▪ T-652 de 1998 ▪ T-257 de 1993 ▪ SU-510 de 1998 ▪ T - 652 de 1998

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-405 de 1993 ▪ SU-039 de 1997
A determinar sus propias instituciones políticas (autonomía política).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-652 de 1998
A administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-254 de 1994 ▪ C-139 de 1996 ▪ T-349 de 1996 ▪ T-496 de 1996 ▪ T-523 de 1997
A determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-342 de 1994 ▪ SU-510 de 1998
A la participación en la toma de decisiones que puedan afectarlos en su territorio.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ SU-039 de 1997 ▪ T-652 de 1998
A la igualdad lingüística.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-384 de 1994
Al reconocimiento y protección de su medicina tradicional.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ C-377 de 1994 ▪ T-214 de 1997
A la igualdad material (a acceder a prestaciones del Estado cuando su comunidad se encuentre en situaciones de debilidad manifiesta). Entre estas prestaciones se incluyen: educación, salud, suministro de agua potable, desarrollo social.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-342 de 1994 ▪ T-007 de 1995 ▪ T-717 de 1996 ▪ SU-039 de 1997 ▪ T-652 de 1998

1.3.4. El derecho a administrar justicia como un derecho especial de los pueblos indígenas¹⁶

¹⁶ Op cit. SANCHEZ BOTERO Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina

Los Defensores de Familia y sus equipos técnicos deben saber que es un derecho de los pueblos indígenas la facultad de administrar justicia en sus territorios. En efecto, a partir de la teoría sociológica se ha demostrado que la permanencia de un grupo como grupo diverso depende de su éxito en la transmisión de los valores culturales. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha definido una política pública a partir de este principio, reconocido por la Constitución. Este proceso social y cultural depende de la efectividad de las estrategias de sociabilización endógena (o transmisión de la cultura) y de la efectividad del control social. El momento de la sociabilización atañe a los primeros años de vida del individuo y ocurre principalmente en el entorno de la familia y la escuela (de ahí que las comunidades reivindiquen la posibilidad de educar a sus miembros según sus propias costumbres). El control social, por otra parte, requiere tanto de la posibilidad de establecer normas que desarrollen los valores culturales generales, como de la posibilidad de aplicar estas normas para corregir desviaciones.

Entre nosotros, para establecer una significativa comparación, el principal mecanismo de control social lo constituye el conjunto de *normas jurídicas* que es propiamente el derecho. Estas normas se diferencian de las normas morales y los usos sociales, cuya aplicación se asigna a un aparato especializado y bien identificado que integra el *sistema judicial*. El desarrollo de nuestras prácticas sociales nos ha llevado también a establecer reglas específicas sobre quiénes pueden crear normas jurídicas y cómo pueden hacerlo, y a definir quiénes aplican las reglas jurídicas¹⁷.

Ahora bien, los pueblos indígenas no han tenido este mismo enfoque para asumir y vivir el Derecho. No identifican necesariamente un sistema de normas como *jurídico* para distinguirlo de otros. Tampoco reclaman todos tener un *sistema judicial*. Pero, para mantenerse como grupos todos han contado con métodos de control social. El reconocimiento y protección de estas prácticas es vital para que puedan seguir existiendo como grupos diversos. Este reconocimiento y protección se da a través del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia, según sus propios usos y costumbres. Estos derechos han sido reconocidos de manera directa, no sólo en la Constitución Política, sino en los múltiples proyectos y declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas. Con base en este reconocimiento, los Defensores de Familia tienen el deber de concertar salidas a los casos de protección.

1.3.5 El proyecto ICBF de atención integral a la familia indígena

Las áreas de intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en comunidades indígenas se interrelacionan estructural, funcional y operativamente, en razón de que se

¹⁷ Max Weber es uno de los sociólogos que con mayor lucidez ha presentado esta evolución. Usando los tipos ideales del derecho irracional material, irracional formal, racional material y racional formal, muestra cómo a través de la historia de occidente, el Derecho ha asumido la forma del derecho racional formal. El derecho racional formal se caracteriza por contar con reglas claras y con normas sobre la creación, cambio y aplicación del Derecho mismo. Véase WEBER Max., *Economía y Sociedad*, especialmente el capítulo titulado *Economía y Derecho*. Como mostraremos más adelante, uno de los más influyentes teóricos del Derecho contemporáneo, H.L.A. Hart, recoge estas impresiones de la sociología al explicar que nuestros sistemas jurídicos se caracterizan por contar con reglas secundarias que especifican la manera en que se determina cuáles normas son jurídicas y se establecen procedimientos para la creación, cambio y aplicación de normas jurídicas. Véase H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*.

parte de la base de que la cultura es un todo integrado que identifica a un pueblo indígena. Los objetivos del Proyecto de Atención Integral a la Familia y al Menor Indígena cubren tanto el área de protección especial, como de protección preventiva, entendida la protección desde la filosofía de la convención de los derechos del niño, ratificada por la Ley 12 de 1991.

El artículo 29 del Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-, que habla de las medidas de protección preventiva y de protección especial, se desprende del Decreto 2388 de 1979, en los siguientes artículos:

Artículo 53. “Por protección al menor se entiende el conjunto de actividades continuas y permanentes, encaminadas a proporcionarle un desarrollo integral; ésta Protección se podrá brindar en forma preventiva o especial”.

Artículo 55. “La asistencia preventiva se debe traducir en el conjunto de acciones necesarias para evitar el abandono del menor y la desintegración de la familia”.

Artículo 70. “Se entiende por protección especial, el tratamiento integral, legal, nutricional y social que se proporciona: a) al menor desprotegido (niño de la calle); b) al menor abandonado y/o en peligro moral; c) al menor abandonado con limitaciones físicas o mentales, y d) al menor con problemas de conducta, por violación de la ley o por desadaptación social”.

Cuando se hace referencia a protección especial se incluye la atención especializada que se brinda a través de los centros zonales, ya sea para consulta directa de los interesados, o por medio de oficio.

1.3.5.1. Fortalecimiento de normas propias de control social

El reconocimiento que hace el Instituto a los pueblos culturalmente diferenciados parte de la comprensión de que muchos de estos poseen sistemas propios de regulación interna con prácticas sociales y principios culturales diferentes, y que tienen sus propias normas y medios de control para resolver sus asuntos; pero, adicionalmente, que existen pueblos que *borraron* su propio sistema y participan de los medios culturales como el sistema de derecho positivo, de la sociedad mayoritaria para mantener una armonía social. Estos casos de pueblos indígenas que desde hace muchos años sacan los casos al Sistema Nacional, no impiden el reconocimiento étnico o la posibilidad para actuar y tomar parte en las decisiones correspondientes a sus intereses, toda vez que esta actuación no vulnere mínimos jurídicos. Quiere decir, que también tienen el derecho de ser interlocutores válidos frente a otras sociedades y que deben ser tenidos en cuenta.

Aunque los casos de protección son realmente escasos al interior de los pueblos indígenas, si los miramos con relación al artículo 30 del Código del Menor, estadísticamente muestran que se relacionan básicamente con problemas de hambre y desnutrición, ya que es un hecho evidente en estas poblaciones el poco control sobre el medio natural y las áreas de producción, consecuencia de los efectos de las migraciones de colonos, la violencia, el narcotráfico y los cultivos ilícitos.

Los mecanismos de control social establecidos por estos pueblos, puede generalizarse, orientan a darle a los niños, niñas y jóvenes un trato especial que se deduce a partir de las comunidades, de manera muy visible. Las relaciones cara a cara, y la existencia de lazos estrechos que crean deberes para con estos menores, definen un trato diferencial que hace difícil desviaciones contrarias a las establecidas como actuaciones de prevención. Existen principios culturales muy valiosos que le definen a los adultos actuaciones para el cuidado material y espiritual de los niños, las niñas y los jóvenes incluida una importante manera de inducirlos al mundo cultural propio que incluye todo el sistema de normas obligatorias. Mientras nuestra sociedad juzga algunos casos de indígenas como maltratantes a pesar de no serlo, en otros el maltrato pasa inadvertido, aun cuando constituye una experiencia evidente dentro de cualquier ámbito particular. Podemos concluir que el maltrato es un *juego de lenguaje*¹⁸, definido culturalmente, que debe descifrarse a la luz de una sociedad particular y que manifestaciones aparentemente *chocantes* deberán relativizarse siempre y cuando no vulneren los mínimos jurídicos.

La madre nunca le dio un animalito como un pollito o un marranito para que cuando el arco iris quiera hacerle daño en castigo porque él se ha portado mal, el arco descargue el castigo sobre el animal y no sobre el niño. Caso Paez

No le dieron terreno porque era huérfano y tampoco le enseñaron los patrones de la cultura, por lo que el niño era considerado como una pobre rueda suelta. Caso Puinabe

◊ Indígena establece relación con indígena de otro pueblo

También, relaciones que se establecen entre personas de diferentes pueblos indígenas varían de acuerdo con la sociedad a la que pertenecen las personas implicadas, y en ocasiones a la condición de género. Las siguientes situaciones muestran las variables que se generan cuando los indígenas participan de mayores espacios de interacción, por ejemplo, universidades, congresos de organizaciones indígenas, cargos públicos, relaciones interétnicas e interculturales de pareja. En el último caso, los hijos son obligados a definir de hecho la preeminencia de una cultura sobre otra, o de factores culturales parciales, lo que acarrea conflictos desde una política de protección.

Mujer Arhuaca con hombre Inga padres de un niño que lleva el apellido del padre y luego el de la madre, aprende ambas lenguas y es socializado con los valores mixtos adaptados de las dos culturas. Al momento de pisar el territorio arhuaco, al hombre Inga no se le exige comportarse como arhuaco, se lo identifica como indígena de otro pueblo, pero a la mujer se le exige comportarse como arhuaca tradicional. Recibe tierra y debe trabajarla; también podrá sucederla a sus hijos.

¹⁸ PEÑA AYAZO Jairo Iván WITTGENSTEIN y la crítica a la racionalidad. Ed. Universidad Nacional, 1994.

En territorio inga, el hombre debe comportarse frente a los suyos como inga y se respeta que frente a su mujer tenga un trato diferencial en cuanto no asume el rol típico masculino propio, sino que asume a la manera de los arhuacos comportamientos internalizados por la convivencia con la mujer. Recibirá un terreno si lo trabaja y se le exige el cumplimiento de sus deberes los cuales nunca se pierden como hijo, vecino y comunitario.

◊ Indígena con persona no indígena

Cuando un hombre o una mujer indígena hace pareja con un hombre o una mujer no indígena, genera conflictos internos y externos a las dos sociedades. Estos conflictos deben ser resueltos de manera adaptativa y funcional, por lo menos en la sociedad en la que habita la pareja. Los Tikuna registraron históricamente la conformación de familias entre mujeres tikuna y hombres blancos, lo que impedía la sucesión del clan a los hijos por línea masculina, ya que ellos como blancos no participaban de una organización social como la tikuna, dividida en clanes. Las autoridades internas, para dar salida a este conflicto en el cual muchos niños no estaban en posibilidad de estar clasificados ni tenían derecho a la sucesión del nombre de un clan, decidieron crear el *clan vaca*, para denominarlos y darles identidad.

◊ Indígenas de frontera

Recientemente vienen presentándose casos de mujeres y niños que vienen de Ecuador y Venezuela y representan un nuevo sujeto de atención para el Instituto, dada la protección constitucional para el indígena de fronteras. Es deber del Estado colombiano dar protección a estos casos como lo hiciera en la Guajira un Defensor de Familia que sabiendo que un niño bajo su tutelaje era venezolano asumió todas las medidas para retornarlo a su medio familiar. Al no poderlo lograr le dio protección en Colombia.

El área de Prevención, inseparable del área de Protección, que garantiza los derechos constitucionales fundamentales, está orientada al reconocimiento y fortalecimiento de las formas de regulación socio-política de los grupos. Su fin es lograr el pleno ejercicio de los derechos étnicos garantizados por la legislación especial, emanada del Estado y muy especialmente, el respeto de los usos, costumbres, valores y normas de carácter moral, religioso o de derecho propio, que orientan la conducta humana social¹⁹.

1.3.5.2. La sociabilización endógena

La sociabilización endógena se refiere al proceso de transmisión de una cultura específica en condiciones particulares, a fin de adquirirla como patrón de identidad. Es la historia que se cuenta y se vive y que finalmente da sentido de pertenencia a partir de la autoreferencia. Este derecho ha sido reconocido de manera directa en las múltiples declaraciones y proyectos de declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas.

¹⁹ Aporte sugerido por la abogada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar doctora Ana Margarita Olaya Rodríguez.

Cuadro 5.
**El derecho de los pueblos indígenas a
 administrar justicia en el derecho internacional**

Instrumento	Disposición	Contenido
Declaración 1	Principio 4	“La tradición y las costumbres de los pueblos indígenas deben ser respetadas por los Estados y reconocidas como una fuente fundamental de derecho”.
	Principio 6	“Cada pueblo indígena tiene el derecho a determinar la forma, estructura y autoridad de sus instituciones”.
Declaración 2	Principio 9	“Las leyes y costumbres de las naciones y pueblos indígenas deben ser reconocidas por las instituciones legislativas, administrativas y judiciales de los Estados y, en caso de conflicto con las leyes del Estado, deben prevalecer”.
Declaración 3	Numeral 9	“El respeto por las formas de autonomía requeridas por los Pueblos Indios es una condición esencial para garantizar e implementar estos derechos [planteados antes en la resolución].”
	Numeral 10	“Más que esto, las formas propias de organización interna de los Pueblos Indios son parte del legado cultural y legal que ha contribuido a su cohesión y al mantenimiento de sus tradiciones socio-culturales.”
Proyecto Naciones Unidas	Artículo 33	“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.”
	Artículo 34	“Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.
Proyecto Interamericano	Artículo 16	1. “El derecho indígena es parte integral del sistema legal del Estado y del marco en el que su desarrollo social y económico ocurre. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y reforzar sus sistemas de derecho indígenas y también a aplicarlos en asuntos que ocurran dentro de sus comunidades, incluyendo los sistemas sobre posesión de propiedad real y recursos naturales, resolución de conflictos dentro y entre comunidades indígenas, prevención del

		<p>crimen y persecución de criminales, y conservación de la paz y armonía internas.</p> <p>3. En la jurisdicción de cualquier Estado, los procedimientos que involucren a los pueblos indígenas o sus intereses deben adelantarse de tal modo que se asegure el derecho de los pueblos indígenas a una completa representación con dignidad e igualdad ante la ley. Esto debe incluir el respeto a las leyes y costumbres indígenas y, cuando sea necesario, el uso del lenguaje nativo” (Traducción libre).</p>
--	--	--

1.3.6. La consagración de la jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991²⁰

La propuesta para que las comunidades indígenas contaran con su propia jurisdicción fue presentada por el representante indígena Lorenzo Muelas Hurtado, a la Asamblea Nacional Constituyente. El art. 246 de la Constitución establece que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

La jurisdicción especial indígena enfatiza el carácter del Derecho de los pueblos indígenas, a la luz de la teoría de los derechos diferenciados de grupo. Tanto el texto de la misma Constitución, como el Derecho Internacional y las afirmaciones de la Corte Constitucional en la jurisprudencia, así lo afirman.

El art. 246 de la Constitución dispone que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales”. Esto se deriva del hecho de que la jurisdicción como función soberana del Estado, no necesita ser reconocida, sino regulada constitucionalmente. En el caso de los pueblos indígenas, que no son estados independientes, la posibilidad de administrar justicia sí necesita de un reconocimiento expreso. El hecho de que en el caso de la Constitución colombiana este reconocimiento no se haga por la vía de un imperativo, sino del verbo “poder”, indica que la Constitución no pretendía atribuir una función, sino un derecho a los pueblos indígenas.

El segundo tipo de argumento a favor de esta interpretación, como ya se dijo, proviene de los desarrollos que se han hecho con respecto a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional. Ya se mostraron los diversos instrumentos en los que aparece como un derecho la posibilidad de regirse por instituciones propias.

²⁰ Op. cit. SÁNCHEZ BOTERO Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina.

La Corte Constitucional colombiana reiteró que se trata de una potestad, de una atribución que la Constitución adscribe a las autoridades de los pueblos indígenas. Así, sobre el art. 246 de la Constitución, en la Sentencia S-139 de 1996²¹, se afirma lo siguiente: “El análisis de esta norma muestra los elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas”. En la Sentencia T-254 de 1994²², se afirma que: “La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales”. La jurisprudencia de la Corte es aún más clara al respecto en la Sentencia T-349 de 1996²³. En ésta, la Corte Constitucional reconoce la autonomía de las comunidades en cuanto a su decisión de asumir el conocimiento de un caso o no; dispone lo siguiente:

Consultar a la comunidad Embera-Chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales, de las que hace parte la pena imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento.”

La Corte aquí, en lugar de obligar a la comunidad a realizar nuevamente el procedimiento, ordena que se consulte a la comunidad para que sea ella la que decida si asume el conocimiento del caso nuevamente o no. Y es precisamente esto lo que se desprende de considerar un derecho y no una función de las autoridades indígenas, el administrar justicia.

En efecto, cuando se atribuye un derecho, se abre al titular la posibilidad tanto de hacer aquello que se le autoriza (aspecto positivo del derecho), como de negarse o abstenerse a realizarlo (aspecto negativo del derecho). Entonces, la importancia de entender el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas como un derecho y no como una obligación, radica en que los pueblos indígenas dentro de la autonomía que se les confiere, pueden decidir el asumir o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia, simplemente está ejerciendo su derecho. Pero también, si la autoridad indígena decide asumir el conocimiento del caso, y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones con respecto a las determinaciones de los jueces ordinarios.

1.3.6.1. Protección y jurisdicción especial indígena

Para establecer la importancia que tiene la jurisdicción indígena respecto a los procesos de protección, ya sea en protección especial o en protección preventiva, es determinante conocer los elementos que la caracterizan²⁴.

Las autoridades indígenas tienen tres facultades en correspondencia con la jurisdicción especial: *conocer* de los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia le

²¹ SC-139 de 1996, M. P. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

²² Op. cit. GAVIRIA DÍAZ.

²³ Op .cit. GAVIRIA DÍAZ.

²⁴ Enciclopedia jurídica OMEBA, Driskill S.A., Buenos Aires. Tomo XVII, p. 538.

corresponden. Ello presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones. *Resolver* el asunto sometido a su consideración y, finalmente, la “potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales”²⁵.

Lo anterior demuestra que la jurisdicción indígena es jurisdicción en el estricto sentido de la palabra y debe entenderse que estos elementos son constitutivos de ella. Cabe hacer, no obstante, las siguientes precisiones. De acuerdo con el art. 246 de la Constitución, la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas va acompañada de la facultad de hacerlo según “sus propias normas y procedimientos”, lo que implica que la forma específica que adquiera cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada uno de los pueblos. Son sus usos y costumbres los que determinan los conflictos de conocimiento de la autoridad judicial, los procedimientos que deben adelantarse para llegar a una decisión, la forma de la decisión, y la manera como será usada la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión.

Lo anterior trae consecuencias muy directas que deben atender los Defensores de Familia y los jueces²⁶.

- ◊ La constitucionalidad de normas, medidas e intervenciones concretas en las sociedades indígenas que, de ser vulneradas en una u otra forma, afectarían la integridad étnica y cultural.
- ◊ El respeto por la diversidad en materia de derechos fundamentales deberá examinarse a la luz de del derecho de proteger la existencia de un pueblo y su integridad, a veces en tensión con otros derechos de carácter individual.
- ◊ La valoración por los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos internos.
- ◊ La validez legal de las decisiones que resuelven conflictos en los pueblos indígenas, así como la inviolabilidad para ser nuevamente juzgados por el sistema ordinario de justicia.
- ◊ La inviolabilidad de las decisiones indígenas; sólo en caso de violación al debido proceso podrían ser revisadas.

1.3.6.2. Las autoridades de la jurisdicción nacional y de la especial construyen salidas multiculturales e interlegalidades para los casos de protección

En este nuevo marco constitucional y legal, todas las autoridades involucradas en la protección a niños y niñas indígenas están aprendiendo a actuar en coordinación, para apoyarse y solucionar los casos. Si bien están claros los principios y motivaciones jurisdiccionales de orden sustantivo que orientan la obligatoriedad, es claro también que los mecanismos de articulación, desde el punto de vista procedural, no lo están. Lo anterior significa que es necesario un proceso de

²⁵ Ibid.

²⁶ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El debate sobre el reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en Guatemala*. CEDLA. Amsterdam, 1998.

inducción entre las jurisdicciones involucradas, especialmente la jurisdicción de familia, que interrelacione los principios con los procedimientos, para alcanzar objetivos y metas concretas. Sirve esta inducción, que ha de hacerse en cada pueblo, con las autoridades de cada una de las jurisdicciones con las cuales el Defensor de Familia debe interactuar, para orientar las estrategias que asumiría cada parte, a fin de lograr una transformada manera de definir: ¿qué hacer?, ¿cómo?, ¿cuándo?, y ¿con quién?, en situaciones distintas y con miras a apoyarse mutuamente en un futuro.

CAPÍTULO 2

LOS CAMBIOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA CONSTRUIR EL ESTADO MULTICULTURAL

Todos los funcionarios de las instituciones, como todas las personas en Colombia, sin distinción de etnia, raza o cultura, deben implementar cambios para hacer realidad el nuevo derrotero definido por la Constitución. Particularmente, las entidades públicas tienen que realizar importantes esfuerzos para modificar las proposiciones que sustentaban programas y proyectos de inversión social destinados a todos los colombianos, así como las adecuaciones metodológicas, relationales y también de gasto público social, a fin de contribuir a la igualdad real de muchos compatriotas, cuyas condiciones son vulnerables. El Estado Social de Derecho implica que todo aquel que tenga el poder de contribuir lo haga, para que más colombianos superen la hambruna, la miseria, la marginalidad social, política, económica y cultural.

2.1. Desarrollo en el ámbito legislativo y diseño de los servicios

Los procesos de discusión sobre los nuevos conceptos acerca de la sociedad multicultural y los nuevos enfoques para cambiar las miradas monoculturales tradicionales, han sido determinantes para influir en la disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sobre el inicio de un proceso de adecuación del sistema de Protección con el rumbo específico de dar vitalidad al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Una respuesta a esta necesidad ha sido conocer las historias sociofamiliares de niños y adolescentes tenidos en cuenta como pertenecientes a pueblos indígenas particulares, superando una simple aplicación técnica del derecho, la antropología, la nutrición, el trabajo social, que hace el equipo interdisciplinario que participa orientado, ante todo, a realizar una intervención judicial o administrativa, sin enmarcar las actuaciones en las causas o los efectos culturales. Por tanto, tales modos de actuar no pueden ser considerados como expresión de la “política de reconocimiento de los Estados liberales y democráticos, pues en ellos se dispone la asistencia a los grupos que se encuentran en desventaja, con el fin de permitirles conservar su cultura, aun cuando no coincida con las culturas mayoritarias o de masa (...), que se hará efectiva si se garantiza la presencia de instituciones públicas que no pasen por alto las particularidades culturales, al menos en lo que se refiere a aquellas de cuya comprensión y aceptación dependa la vitalidad misma de cada cultura”²⁷.

2.2. Fundamentos institucionales para una política de protección multicultural

La respuesta al reto de pasar de una sociedad monocultural a una multicultural se justifica en función de dar respuesta a las características de las nuevas relaciones a establecer entre

²⁷ GUTMAN Amy. *Multiculturalismo y Política de Reconocimiento*. México D. F. Fondo de Cultura Económica, 1993.

la sociedad hegemónica, mayoritaria y las sociedades minoritarias cuyo fundamento esta en la Constitución. Ello define que hay que gestar un nuevo enfoque metodológico. La manera como estos elementos constitutivos se apliquen definiría el tipo de intervención o no intervención que caracterice al nuevo modelo.

- ◊ *El Sistema Nacional de Protección no siempre interviene, y cuando lo hace, es de manera tangencial.* Aquí se hace relación a un primer grupo de casos, en el que los servicios de protección cumplen funciones de resolución alternativa de problemas familiares que afectan a los niños indígenas, y en el primer abordaje son delimitados en términos de su grado de conflictividad jurídica. Los instrumentos se orientan, entonces, a desarrollar un proceso facilitador de solución extra-judicial, a través de la devolución del caso a la comunidad o de la búsqueda de una mediación. La persona que recepciona los casos deberá, conociendo este marco, reorientar decisiones cuando sea competencia de la autoridad de la jurisdicción indígena.
- ◊ *La institucionalización del modelo de relación para la protección: Defensor de Familia – autoridades indígenas, es fundamental para procurar la resolución de casos de protección y asegurar la integridad del pueblo indígena.* Comprende al mismo tiempo, la posibilidad de modificar factores restrictivos y represivos previos al orden multicultural, por un aumento de la capacidad del pueblo para aplicar el saber y potencial propios.
- ◊ *El Sistema Nacional de Protección moviliza recursos indispensables.* Los servicios de protección en ocasiones definen la necesidad de proveer servicios que los pueblos indígenas no pueden proveer al niño que los necesita. Estos casos indispensablesmente serán asumidos por la administración pública nacional, a través del Defensor de Familia. La mayoría de los casos se refieren a menores con graves problemas de salud.
- ◊ *La estructura de la sociedad multicultural establece restricciones a las Defensorías de Familia, para llegar a intervenciones integradoras y homogéneas.* El conocimiento del equipo interdisciplinario, integrado por psicólogo, antropólogo, trabajador social y nutricionista, es fundamental para romper esquemas disciplinarios, convencionales y generalizados.
- ◊ *El Programa de Prevención a la familia indígena es fundamental como una intervención que moviliza recursos personales, familiares o de la comunidad inmediata, programas que evitan muchas acciones de protección preventiva.* Aquí entendemos por prevención potenciar la capacidad de defensa de un grupo sobre el control de factores biológicos, culturales y sociales que son decisivos para la conservación de su existencia y su posición en la sociedad, y que también inciden directamente en los niños.

2.3.La política pública del ICBF para pueblos indígenas en el área de protección

Las políticas públicas de Protección para los niños y niñas indígenas que ha venido implementando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, son el resultado de la actividad de varias instancias, cuyas funciones se orientan a la toma de decisiones concernientes al servicio público, a fin de afrontar los casos de las familias y los niños indígenas como miembros de pueblos particulares y sujetos de tratamiento especial. Estas políticas definidas y puestas en práctica se refieren a las finalidades, valoraciones explícitas o implícitas que se han hecho de la nueva Constitución Política de Colombia de 1991 y que responden a tres preguntas básicas: ¿por qué una política pública diferencial? Frente a ésta se ha definido un marco de orientación: ¿qué debe contener esa política?, define lineamientos para el cumplimiento de la misión y ¿cómo implementarla? construye los marcos de un programa o una perspectiva de actividad y acción.

2.3.1. ¿Por qué una política pública de protección diferenciada?

A toda política pública de protección subyace una teoría del cambio social, en virtud de la cual una relación de causa y efecto está contenida en las disposiciones que rigen y fundamentan la acción pública considerada. Esta causalidad es normativa. Se identifica a través de los objetivos, los contenidos y los instrumentos de acción de que se dota a la autoridad gubernamental para generar, a partir de realizaciones, los efectos o impactos sobre el tejido social. En otros términos, los servidores públicos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deben leer los nuevos acontecimientos que se han dado a la luz de los tratados internacionales, la Constitución, la jurisprudencia, la doctrina y, en general, la gran riqueza de las relaciones con las comunidades indígenas. Si el ICBF recurre a generar un cambio, entonces es necesario definir ¿qué será inducido? y ¿por qué? La institución sabe que su acción como autoridad gubernamental se comporta como un operador, al asumir que su intervención producirá un resultado. Los nuevos lineamientos son portadores de una representación de las razones por las cuales se generará dicha consecuencia, de una legitimidad de su eficacia que es también una anticipación del encadenamiento de acontecimientos, entre sus propias realizaciones y los efectos sobre las comunidades indígenas y los niños de éstas que se encuentran en dificultades.

2.3.1.1.Los pueblos indígenas sujetos de discriminación positiva

Es importante destacar que los pueblos indígenas como sujetos de *discriminación positiva* en la Constitución, como hemos visto, son sujetos de derechos fundamentales como pueblos. Los derechos de los pueblos indígenas como sujetos colectivos deben ser tenidos en cuenta de manera obligatoria, lo que cambia el panorama por cuanto antes de la Constitución actual sólo existían derechos para los sujetos individuales. Colombia, además de proteger los derechos de las personas, tiene que proteger los derechos de grupo de estos pueblos.

Puesto que los pueblos indígenas y sus comunidades hacen parte de un Estado independiente y no son ellos mismos estados independientes, es importante que sean tratados con igual consideración. Este tratamiento justo implica, por una parte, el reconocimiento, como pueblos, de los derechos diferenciados de grupo; por otra, el reconocimiento a los individuos, en tanto individuos, de los derechos que se conceden a los

demás ciudadanos. En particular, es importante la garantía de la no discriminación negativa por su pertenencia a grupos indígenas²⁸.

Estos dos conjuntos de derechos, los diferenciados de grupo y los individuales pueden, sin embargo, entrar en contradicción. Los derechos individuales, nacidos dentro de la tradición liberal occidental, no necesariamente hacen parte de las cosmovisiones de los grupos indígenas. El despliegue de la autonomía de cada pueblo indígena puede implicar la violación de los derechos individuales de sus miembros. ¿Cuál derecho debe prevalecer: el derecho del grupo o el derecho del individuo miembro del grupo? La respuesta no es fácil. Si se hace prevalecer el derecho del individuo, se está exigiendo que el grupo adopte los valores de la tradición liberal monocultural y con ellos una forma distinta de ver el mundo, lo que es contrario a la filosofía que inspira la protección a los derechos de grupo, por ejemplo, la que sostiene que cosmovisiones distintas de la liberal también son valiosas. Si se hace prevalecer el derecho del grupo, por otra parte, se deja al individuo que hace parte del grupo, sin ninguna protección del Estado al que pertenece. En cuanto valora y protege la diversidad, la mejor alternativa frente a esta disyuntiva es la del balance, o como planteaba Aristóteles, la de encontrar el justo medio, el término medio. Ya se ahondará en este asunto cuando se trabajen los casos²⁹.

2.3.1.2. La autonomía

A partir de esta construcción de la diferencia, se define como principal derecho de los pueblos indígenas la autonomía, que en este caso implica que el grupo puede tomar las decisiones que son vitales para su permanencia como grupo; es decir, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas.

Con base en los derechos de grupo de los pueblos indígenas, los niños y niñas indígenas de Colombia que se encuentren en situación irregular, deberán ser tratados de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando no se vulneren los mínimos jurídicos que trabajaremos en el capítulo siguiente.

2.3.2. ¿Qué debe contener esa política?

- ◊ *Un marco constitucional y legal.* Es necesario que incluya y enmarque el derecho que garantice a los niños, niñas y jóvenes indígenas su protección, sin vulnerar el derecho de su pueblo para seguir teniendo una existencia cultural alterna.
- ◊ *Un enfoque metodológico.* La investigación-acción - que permite tomar decisiones a los profesionales, con base en un conocimiento particular-, no se reduce a transferir

²⁸ Op. cit. Sánchez Botero Esther JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. Este derecho también ha sido incluido en la mayoría de las declaraciones y proyectos de declaraciones internacionales mencionados. Véanse, entre otros, los arts. 8 numeral 3 y 20 numeral 3 del Convenio 169, de la OIT. Art. 2 en el Proyecto de las Naciones Unidas y el art. 6 del Proyecto Interamericano.

²⁹ Ibid.

actuaciones modelo estandarizadas, técnicamente precisas, sino que cada caso requiere una aplicación construida de manera edificante que se pueda distinguir de otras. Presupondremos que los actos o medidas asumidas se articulan en torno a uno o algunos ejes específicos que comparten un denominador común.

- ◊ *Orientaciones valorativas.* La actividad pública del Defensor de Familia es la expresión de finalidades y de preferencias, que él aborda y valora conjuntamente con el equipo, para decidir, el interés superior del niño pero sobre la base del fortalecimiento de la etnicidad y la cultura del pueblo al que pertenece.
- ◊ *Intercomunicación de autoridades.* La actividad pública del Defensor de Familia procede de la autoridad de la que está investido. Sin embargo, sabe que debe proceder con otro igual, quien como autoridad también tiene la competencia y la legitimidad que es la de la autoridad tradicional legal. Por ello, el acto público está habilitado en tanto que sea expresión de las potestades públicas. La autoridad de la que están investidos se impone a la colectividad.
- ◊ *Competencia social.* Por último, una política pública, por su competencia, por los actos y disposiciones que afectan la situación, los intereses y los comportamientos de los pueblos, debe identificar el campo particular de la acción considerada y las implicaciones que trae. Esta noción no puede reducirse bajo ningún pretexto a un enfoque jurídico solamente.

2.3.3 .¿Cómo implementar la política pública de protección?

Con base en los marcos sustantivos que establecen un campo para la acción, los equipos de apoyo de los Defensores de Familia deben iniciar los cambios en los procedimientos que de manera práctica se tienen que registrar en las historias sociofamiliares. Estos cambios son de dos tipos: unos formales, como una nueva estructura de historia sociofamiliar que permita dar cuenta de los aspectos particulares de una sociedad marcadamente distinta y otros que, de manera directa, tocan el corazón de la política, es decir, todos los ajustes necesarios para fortalecer al pueblo indígena particular del que provenga el niño.

2.3.3.1.Implementación de la política pública de protección con las autoridades indígenas tradicionales.

Un Defensor de Familia, en su esfuerzo por proteger a un niño perteneciente a una minoría étnica y cultural indígena, está obligado a contactar a las autoridades del pueblo en cuestión, dando cumplimiento al art. 246 de la Constitución de 1991, que dispone el reconocimiento y valoración de la diversidad étnica y cultural y de conformidad con los arts. 7 y 70 de la Carta Política, según los cuales se deben realizar actuaciones coordinadas en todos los casos.

Recordemos que uno de los derechos constitucionales fundamentales del niño, reconocido en el art. 44 de la Constitución, es el derecho a la cultura, derecho que en el marco de una sociedad multicultural debe ser interpretado, en primer lugar, como el derecho a la cultura propia.

Las regionales ICBF deben promover e implementar encuentros entre autoridades indígenas y no indígenas de Protección, con el objeto de garantizar los derechos de los niños indígenas. Estos encuentros permiten compartir el conocimiento para actuar en prevención de situaciones que pongan en peligro los niños, niñas y jóvenes indígenas, particularmente para definir medidas compartidas, con el propósito de atenderlos en situaciones difíciles.

Los Defensores de Familia y sus equipos técnicos deben reconocer y valorar la autoridad indígena como depositaria de legitimidad y dotada de potestades públicas. La Constitución les abrió paso a sus demandas y les otorgó una condición que los coloca en igualdad de condiciones para tomar medidas de protección.

En este proceso de ajuste de todas las instituciones en relación con la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, un problema que afronta el Defensor de Familia es el relacionado con el hecho de que en los pueblos indígenas existe toda una gama de instituciones, de organismos, de “estatutos” que forman una zona gris, conocidos como *autoridades tradicionales*. Estas autoridades pueden definirse porque vigilan y administran bienes colectivos, con base en procedimientos específicos. Dado que generalmente se cree que las autoridades actúan por medio de un aparato organizado (pero no siempre), puede caerse en la tentación analítica de incurrir en un positivismo ingenuo, si sólo se toman en consideración los parámetros de la sociedad mayoritaria y la manera como allí se producen actuaciones, ya que se puede cometer el error de atribuir al actor actos jamás elegidos ni considerados por él.

La gestión interna del Defensor de Familia consiste en la movilización que hace como autoridad pública de los recursos propios que puede utilizar, a fin de producir realizaciones concretas. Dicha actividad pública, en principio, está regulada de manera interna porque dispone de lineamientos, instrumentos y herramientas que permiten asegurar una relación entre los medios y los resultados que se desean obtener como productos identificables. Desde este punto de vista, aparte de las particularidades ligadas al contexto jurídico es importante valorar que, aunque de diferentes maneras, las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades tradicionales son, en principio, recursos jurídicos propios.

2.3.3.2. Implementación de la política pública de protección con los supuestos normativos, jurídico-constitucionales y de filosofía política del multiculturalismo

La acción multicultural de protección a un menor indígena debe quedar registrada en la historia sociofamiliar, por una cadena de pruebas que busca informar: a) la pertenencia de un niño a un pueblo particular; b) los motivos por los cuales el menor se encuentra en la sociedad mayoritaria y no es objeto de protección internamente; c) las relaciones que se establecen culturalmente entre un menor y su familia, entre la familia y su comunidad y entre ésta y la autoridad tradicional³⁰; d) las situaciones definidas cultural y normativamente en el pueblo particular que lleven a concluir que un menor se halla en situación irregular, lo cual a la luz del Código del Menor significa que técnicamente se puede encontrar en una de las situaciones descritas en el art. 30 de la citada normativa , en especial, en peligro o

³⁰ Ver anexo. Instrumento sociocultural de Protección.

irregularidad, consecuencia de la inasistencia o el abandono; visión normativa abierta y edificante de lo diverso, e) las manifestaciones de pluralismo jurídico que con base en el ordenamiento propio informen sobre los antecedentes y tratamientos dados, según las normas que se orientan a proteger al niño y, finalmente, f) la evidencia de las causas u origen de la situación, diferenciando entre causas materiales, económicas, de enfermedad, malformación, orfandad, y causas culturales definidas, como el nacimiento de mellizos, el rechazo a un miembro de género masculino, la estigmatización al hijo de padre o madre no indígena, o la demanda del duende para recibir un niño, entre muchos otros ejemplos.

2.3.3.3. Implementación de la política pública de protección con trabajo interdisciplinario e intercultural

En el presente análisis mostramos cómo las experiencias más enriquecedoras y eficaces para los casos de Protección, son aquellas en las que tanto el equipo de trabajo interdisciplinario, indispensable para tomar decisiones integrales de Protección, acuerda medidas con bases transdisciplinarias que trascienden el enfoque disciplinario individual, y culturalmente definido desde una sola sociedad. Este enfoque, además de enriquecer la simple perspectiva legal que puede tener un caso, transforma con el otro profesional un nuevo modo de actuar frente a situaciones estructuralmente equivalentes; es decir, la afirmación apunta a una participación de todas las partes de manera propositiva y de resultados.

Los trabajadores sociales han venido trascendiendo una sola visión de *vida buena, de calidad de vida o de desarrollo*. Quiere decir, que en sus encuentros con las familias indígenas y con el marco de la metodología investigación-acción, encuentran explicaciones y justificaciones que deben ser valoradas desde estas sociedades. Saben que el equilibrio de una familia no radica en los bienes materiales exclusivamente, sino en condiciones socioafectivas que son las fundamentales para que un ser humano crezca y tenga bienestar. Los puntos de referencia, entonces, no son apreciados desde una sola sociedad, sino desde las mismas comunidades, lo que permite la construcción de conceptos sociales próximos a la realidad particular.

Visitada la casa para posible hogar sustituto del niño Chocue, encontré piso de tierra, duermen en el suelo en esteras, comparten con un perrito. Adolecen de vajilla, ollas y en general, elementos de la vida urbana. Toman el agua de una fuente a una cuadra más o menos. Sin embargo, pude apreciar una calidad de vida especialmente armónica, en donde suavemente la madre da órdenes, se preocupa porque sus hijos coman bien y para ello dispone de una buena huerta con comida suficiente. Creo que Tomás estaría muy bien con esta familia que desea cuidarlo. El padre manifestó su deseo de tenerlo como un hijo. Trabajadora Social.

En reunión con el gobernador del Cabildo, éste nos dice que cree que los niños necesitan familia nacional. Esto hay que considerarlo, porque aunque los tíos de los niños viven en casa buena de cemento, tiene ciclas, varios semovientes y son estudiados, no manifestaron aprecio y amor a los niños y esto es lo que debemos

mirar. Mi informe y recomendación es que dentro de la comunidad no hay condiciones buenas para los niños Joly. Trabajadora Social.

El Defensor de Familia reconoce legitimidad y criterios valorables en las autoridades indígenas, sean políticas, religiosas, médicas o judiciales. Sabe que con éstas y con el equipo llegarán a propuestas de salida edificantes.

Aunque dice la madre que no deja el niño en el hospital porque de acuerdo con sus costumbres un niño enfermo debe permanecer con su madre, es necesario dejarlo, pues el niño está en peligro de muerte. Podemos pedir que el médico tradicional le informe a la madre en sus códigos de salud, que ésta es enfermedad de blanco y que no se puede poner en peligro de muerte al niño. Esta afirmación comporta dos elementos de capital importancia: el derecho constitucional fundamental a la vida y la prevalecia del interés superior de los niños. Defensor de Familia.

La psicología transcultural y comparada parte del reconocimiento de que los estados de bienestar psicológicos son parcialmente definidos por la cultura. Los diversos factores que producen miedo, sentido del éxito, desprecio o estigma social provienen de patrones culturales que definen para los individuos estados emocionales no necesariamente compartidos por todas las sociedades. Mientras unos mellizos producen terror en una sociedad, para otras pueden significar fertilidad y buen augurio. La construcción y sentido o juego del lenguaje de peligro, o de padre amoroso, se comparte socialmente, pero debe ser desentrañado. Las señales sólo son señales en tanto no sean descodificadas y para ello se requiere conocer el significado que en la particular sociedad se da a una determinada realidad.

Los psicólogos que trabajan en Protección vienen registrando mediante la investigación-acción, la observación de casos individuales orientados a definir posibles trastornos intelectuales o emocionales de niños, niñas y jóvenes indígenas en situación de peligro. El diagnóstico y la terapia han contribuido de forma sinérgica y como tal indispensable, para el abordaje de casos muy complejos. Su gran aporte radica en que se ubica desde un referente psicológico en la otra sociedad, con apoyo del antropólogo y, desde allí, definen medidas. Algunas actuaciones permiten predecir el impacto de una medida sobre un menor.

No se qué significa ojeado y dicen los padres que el niño está desnutrido porque estaba ojeado. Es necesario que mientras el niño esté en el hospital, se le proporcione y mantenga con el amuleto que los padres creen que necesita. Esto les da tranquilidad a los padres y no afecta al niño para nada. Esta creencia genera tanto en los padres como en el niño seguridad y confianza. Psicóloga.

Las manifestaciones del joven al acariciar físicamente a otro joven no son clasificables como homosexuales. Los Inga tienen maneras para relacionarse entre sí a nivel del género masculino, que no se identifican con las de nuestra sociedad. Vale la pena agregar que es necesario respetar estas expresiones como las formas propias culturales que existen entre los jóvenes Inga para darse afecto. Psicólogo.

Los nutricionistas del equipo de protección saben que en su trabajo con la familia indígena el consumo de los alimentos, como otras actividades biológicas de sustento son un aspecto del comportamiento cultural. En ninguna sociedad se permite comer cualquier cosa, en cualquier sitio, con cualquiera y en todas las situaciones. Por el contrario, el consumo de alimentos está sometido a reglas y costumbres que se entrecruzan en diferentes niveles de simbolización. Éstas definen los contextos y agrupaciones sociales dentro de los cuales se consumen alimentos, o una clase particular de alimentos, y prohíben o consideran como tabú algunos de ellos. Tanto definir qué es alimento, como su producción, distribución y consumo tienen siempre lugar con relación al status y categorías de los individuos, así como con variedad de relaciones de proximidad, fraternidad, religioso-rituales y de familiaridad. La alimentación culturalmente definida por una sociedad determina alimentos por género, edad, estados de salud o enfermedad y también alimentos tabú.

Al comienzo, en mi primera visita a la comunidad, pensaba ¿qué comerán? Realmente no veía huerta, animales y el mercado en la casa era escaso. Posteriormente me di cuenta que cazaban pájaros, palomas, animales de monte, comían muchos cogollos que desconocía por completo y me dije: "todo esto es comida, comida distinta y es la que ellos tienen y de la que disponen en su medio". Entonces me dediqué a aprender recetas de ellos y ahora dialogamos sobre alimentación con base en sus propias condiciones. Yo sólo he recalcado la importancia de una alimentación muy especial para los chiquitos y para las embarazadas. Antes yo definía e imponía unas dietas y minutas que aunque realmente elevaban condiciones nutricionales, terminaban por eliminar sus propios patrones alimentarios. Hoy podemos elevar condiciones sobre la base de sus propios hábitos alimenticios y conocimientos culinarios, que son realmente culturales.

No es válido que por el hecho de haber estado en un hogar sustituto de blancos, la niña no pueda volver a adaptarse a la comida de su familia indígena. Los Nukak Maku tienen muchos productos que transforman en alimentos para ofrecerle y ese no sería motivo para impedir su regreso. Los seres humanos podemos adaptarnos a los cambios de comida. Al comienzo habrá rechazo, o a lo mejor retomará, por recuerdo, el agrado a la comida que comió antes de llegar al hospital.
Nutricionista.

Frente a los casos provenientes del mundo indígena, el Defensor de Familia y sus equipos deben preguntarse: ¿cómo se explica y comprende el caso particular con relación a los diferentes aspectos investigados por los miembros del equipo? ¿con qué frecuencia se presentan situaciones parecidas? ¿cómo se puede contrastar la interpretación y la explicación desde ese otro sistema con relación al caso? ¿cómo las categorías de protección, peligro, abandono, enfermedad, lo definido como prohibido, lo permitido, las transgresiones y sanciones, entre otras categorías que emergen y se reconocen, según marcos culturales y dinámicas internas, participan frente al caso? Finalmente, ¿cómo el intercambio de saberes contribuye al entendimiento intercultural?

2.3.3.4. Implementación de la política pública de protección interpretando las señales que emiten los pueblos indígenas

Las señales que emiten estos pueblos deben ser interpretadas desde dos posiciones: desde la mirada del otro, y desde el equipo de Protección. El objetivo es definir con claridad tanto las tensiones y conflictos culturales como los biológicos, físico-nutricionales, psicológicos y normativos que los casos presentan.

Los sistemas indígenas son autorregulados, cerrados, desde el punto de vista de la información. El significado de una *señal* no se traslada del emisor al receptor; lo único que se traslada son las señales y éstas son sólo señales en tanto alguien pueda codificarlas, para lo cual es indispensable conocer su significado.

¿Qué significa que una madre paez mastique el alimento para su hijo hasta que el niño camine?

¿Por qué un niño puinabe no puede comer el alimento que le ofrece y regala su vecina, cada vez que ella lo llama para darle una cabecita de pescado?

¿Por qué un niño Wayu se identifica sólo con el nombre del clan de la madre y no se registra con el del padre?

Con base en estos ejemplos cabe preguntarse, ¿para conocer los significados que entrañan mundos culturales distintos debemos codificarlos sobre la base de nuestro propio sistema y, adicionalmente, clasificarlos acorde con nuestras propias matrices de órdenes? Esta pregunta es común para todos los grupos envueltos en la sociedad multicultural. Sin embargo, ¿cómo establecer diálogos de entendimiento intercultural si se supone que este tipo de intercambio se ha realizado sólo con base en el discurso propio de una de las partes?

Como de lo que se trata es de *explicar, de comprender* un hecho, ello significa *captar conexiones*, y captar e interpretar el sentido consiste básicamente en conocer la *conexión de sentido*.

Para aproximarnos a las culturas Paez, Puinabe y Wayu, en las que evidenciamos los hechos que observamos y expresamos anteriormente, podemos conectar y encontrarles sentido con base en las siguientes reflexiones, que corresponden a cada uno de los ejemplos mencionados:

Los paezes que tienen una alta valoración por los niños, consideran que estos no pueden tragar alimentos sólidos. Deben estar hechos papilla en la boca de la madre, para luego pasarlos al niño. Existe una sobreprotección comparativamente con nuestra sociedad y una cercanía a la madre, la cual crea en la primera infancia un vínculo muy estrecho y una conciencia muy clara de lo privado. Es el padre el que después insertará al niño en el ámbito de lo público. La comida masticada por la madre no es, según los paezes, una fuente de contaminación.

Con base en un sistema de organización social exogámico, matrilocal, los Puinabe, a través de la madre de un pequeño hijo, van conectando a este con mujeres con las

que él como adulto, posiblemente podrá hacer pareja; recibirá comida preparada por parte de su posible suegra. Si hace pareja en el futuro con la hija de esta mujer que de niño le daba cabecillas de pescado y gallina, deberá ir a vivir al territorio de ella, con su hija y ésta como esposa, le preparara comida y él, entonces, ya casado, comerá en el territorio al cual ha migrado.

El parentesco Wayu se define por línea materna.

2.3.5. La construcción de entendimiento intercultural parte de lo local

Los casos de Protección, competencia de los defensores de familia, deben constituirse en la base de una directriz para la formulación local de políticas de atención a la familia indígena, entendiendo por éstas, las unidades estructurales, según concepciones culturales, usos y costumbres particulares. Sin esa fuente de información, las políticas en defensa de la familia que aplique la Regional ICBF en cuestión, correrán el riesgo de no corresponder a las necesidades reales de los grupos que están dentro de su jurisdicción, que además debe atender y serán, por tanto, ineficientes.

La historia sociofamiliar diseñada a nivel nacional es un instrumento que puede adecuarse y potenciarse para registrar los casos de protección a niños indígenas, los cuales por provenir de diferentes etnias y culturas, requieren de un manejo diferencial de la información.

Debe recordarse que el Estado debe “promover la investigación y la difusión de los valores culturales de la nación” (art. 70 de la C.N.). Este mandato hace pensar que los servidores públicos encargados de gestionar asuntos con indígenas, son los más indicados y responsables de la promoción de la investigación cultural necesaria para el óptimo desempeño de sus labores. En conclusión, un Defensor de Familia y el equipo interdisciplinario que adelantan una investigación de Protección de un menor indígena, para evaluar desde una perspectiva multicultural y de pluralismo jurídico el caso, deben realizar un gran esfuerzo por ahondar en el conocimiento complejo de la sociedad indígena respectiva.

En Colombia, tal perspectiva se aprecia en las sentencias de las cortes³¹ y las sentencias provenientes de las autoridades de los mismos pueblos³²; también se ha comenzado a establecer un sistema de investigación previo que busca con estos pronunciamientos conocer las señales desde el ámbito donde éstas se emiten para poder comprender, explicar, y consecuentemente, juzgar y decidir.

³¹ SÁNCHEZ BOTERO Esther. *La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado pueblos indígenas en Colombia*. Ámsterdam: CEDLA, 1998.

³² Estudio de casos de protección a niños y niñas indígenas fallados de acuerdo a las autoridades indígenas. ICBF.

Torturar con fuete para castigar a un asesino es diferente de la necesidad de ser tocado por el rayo para pasar de un estado de oscuridad a uno de claridad³³.
Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en una sociedad multicultural implica el *conocimiento profundo de las señales* que cada sociedad emite como construcción diferente de la vida armónica, y del límite para evaluar el peso de las acciones dañinas sobre su universo natural, animal y personal. Deben rechazarse las argumentaciones genéricas, tecnicistas, que si bien facilitan salidas en derecho a los casos, no exaltan, ni edifican con sentido de justicia una nueva realidad con base en la diferencia. El objetivo no es administrar justicia ni aplicar un proceso administrativo de protección como legislación especial para un niño indígena, con base en las mismas razones que se establecerían si fuera un raizal o un campesino, sino que se debe definir y valorar lo concerniente al modelo cultural específico que porta el individuo o grupo.

Frente al tema que nos ocupa, la interpretación de los hechos permite reforzar las formas propias de sanción para descuido, desatención, abandono, riesgo, peligro, y trascender la propia idea que se tiene sobre una señal, para lograr que el aparato de protección involucrado, reconozca elementos que caracterizan esta identidad.

Conocidos los campos de la cultura que intervienen de manera particular en un caso, es indispensable establecer las tensiones y los conflictos normativos, y definir los mínimos jurídicos impuestos para todo colombiano sin distinción de etnia, raza o cultura. Para ello, el Defensor de Familia y su equipo se preguntan: ¿hasta dónde pueden llegar las manifestaciones diversas? ¿se deben considerar todas las acciones jurídicamente válidas porque provienen de un pueblo indígena? ¿cómo proteger las manifestaciones de lo propio que garantiza la autonomía, cuando éstas resultan ilegales o antijurídicas para las normas del derecho nacional? La respuesta solamente puede darse si se aplica un cuestionario orientado a verificar el orden cultural y jurídico normativo respetable y valorable, y aquél que no puede ser admitido para ningún caso colombiano, es decir los mínimos jurídicos.

2.4. Herramientas básicas para la interpretación en la sociedad multicultural

El Defensor de Familia y su equipo, para asegurarse de que la medida que se ha tomado garantiza la efectividad de los derechos del sujeto colectivo, el pueblo indígena del que hace parte el niño en protección, -derecho reconocido constitucionalmente-, deben someter su análisis a unas pautas mínimas dictadas por la dogmática jurídica y, en particular, por las teorías de la interpretación constitucional y de nuevos paradigmas de la ciencia. Las seis pautas más importantes son:

- ◊ El principio de constitucionalidad, base para todos los argumentos.

³³ El Magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la ST-523/97 desarrolló una importante argumentación para diferenciar la tortura de una práctica cultural como es el uso del fuete entre paeces, argumento en peritaje antropológico de Sánchez Botero, Esther y recogido del indígena Senador de la República Piñacue Jesús y de la historiadora Margarita Garrido en entrevista personal.

- ◊ Los mínimos jurídicos de obligatorio cumplimiento.
- ◊ El Interés superior del niño en conflicto con el derecho indeterminado a la diversidad étnica y cultural
- ◊ El principio de proporcionalidad.
- ◊ La teoría del núcleo esencial.
- ◊ El test de igualdad.
- ◊ La aplicación edificante de la ciencia³⁴.

Es importante diferenciar que aunque la interpretación se orienta a justificar las actuaciones del equipo de Protección a la cabeza del Defensor de Familia, muchos casos provenientes de estos pueblos realizados por un sujeto o un grupo, no necesariamente guardan concordancia con la cultura; es decir, existen aberraciones, enfermedades mentales y transgresiones a las normas, que expresan una desarmonía en la salud, en los comportamientos obligatorios, que de ninguna manera son los productos culturales compartidos de una determinada sociedad, así sean frecuentes. Puede afirmarse que es una desviación que se está dando históricamente, o casos particulares, pero que no hacen parte de lo “marcado” en los miembros como deseable culturalmente. Una situación como una violación a un niño no hace parte del marco cultural de sexualidad de un pueblo, lo cual está establecido en el derecho propio. Pero, culturalmente sí existe el caso de un hombre adulto que pague dote para tener relaciones con una mujer de otro clan, distinto al suyo, mujer que no es su pariente, pero que es su hija biológicamente hablando. Podemos afirmar que este caso no sería una extensión de la prohibición del incesto en esta sociedad.

La historia de los derechos fundamentales y de los Estados constitucionales modernos reporta dos momentos de gran significación: el primero, el momento de las *declaraciones* de este tipo de derechos, y el segundo, el momento de la *aplicación judicial* de los mismos. El momento de las declaraciones se remonta a los últimos años del siglo XVIII, siendo la más importante la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa de 1789. La aplicabilidad judicial de los derechos fundamentales nace en 1803 con el fallo de un juez de los Estados Unidos, en el que se declara la *primacía de la Constitución* sobre el derecho ordinario. Mientras que en el momento declarativo de los derechos humanos éstos son vistos como “ideales”, en su aplicación judicial son reconocidos como “normas jurídicas” aplicables a los casos concretos. La función principal radica en limitar al poder burocrático, logrando así que valores mínimos sean respetados por la autoridad administrativa, e incluso respetados por la mayoría política que diseña las leyes, por cuanto éstas no pueden atentar contra los derechos fundamentales de los asociados.

³⁴ Tanto el principio de proporcionalidad, la teoría del núcleo esencial y el test de igualdad fueron desarrollados con base en el artículo de Luis Carlos Sotelo Castro, *Derechos humanos en una república monocultural. La supervivencia cultural de lo diferente*. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 9. Bogotá, Universidad Nacional, 1998.

La aplicabilidad judicial de los derechos fundamentales, en Colombia, nace con el control constitucional judicial que inspira la Carta Colombiana de 1991, a través de la acción de tutela: toda persona (art. 86 de la Constitución) puede someter al estudio de un juez si la acción o la omisión de cualquier autoridad pública amenaza o vulnera efectivamente uno de sus derechos fundamentales. De manera que las acciones u omisiones de los funcionarios del ICBF pueden ser objeto de control constitucional vía acción de tutela, como de hecho ya lo han sido.

La Constitución Política de 1991 introdujo un elemento que podría permitirnos hablar de “un tercer momento histórico” de los derechos fundamentales: el de la *aplicabilidad administrativa* de los mismos. En efecto, el art. 4 de la Constitución establece que “*La Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. Es decir, según este nuevo elemento, la primacía de la Constitución autoriza no solamente a los jueces de tutela, sino a toda autoridad pública a inaplicar en un caso concreto las normas generales que sean contrarias a la Constitución. En consecuencia, también los funcionarios administrativos deben velar porque en sus actuaciones los derechos fundamentales sean respetados. El funcionario no aplicará al caso concreto la norma legal que sea contraria a la interpretación constitucional vigente y en cambio, aplicará directamente la norma constitucional, ejerciendo de esa forma un control constitucional administrativo, técnicamente denominado *excepción de inconstitucionalidad*, desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución; acertadamente, así lo ha afirmado la Honorable Corte Constitucional³⁵.

Ejemplo claro de la utilización de esta herramienta es la orden proferida por la Corte Constitucional en su fallo T-384/94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. En esa oportunidad, la Corte estudió si la aplicación de una circular proferida por el Gobernador del Guainía, en la que prohibía hacer proselitismo político en una lengua distinta al español por la radio oficial, vulneraba algún derecho fundamental del ciudadano indígena que había interpuesto la tutela y, en general, de las comunidades indígenas que habitan y hablan esa lengua en ese departamento. En la parte motiva de ese fallo, la Corte aclaró que:

Empero, no se trata de anular, por la vía de la tutela, una norma de carácter general e impersonal, como lo es la circular; sino de dejar sin efecto su aplicación, en un caso particular y concreto, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental.

“Esta potestad” de poder inaplicar a un caso concreto una norma general que continúa siendo válida y vigente en el orden jurídico, no sólo es de exclusiva potestad de los jueces, sino

³⁵ El magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz reafirma en Sentencia C531 de 1993. La Constitución es el eje del ordenamiento jurídico, porque no podrá pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las materias abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad (...) De hecho, la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida en que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de proceso abierto del cual depende su efectiva materialización y permanente enriquecimiento.

también, de los funcionarios de la administración pública. Por eso, en su parte resolutiva, la Corte ordena a la “Gobernación de Guainía”:

Inaplicar la circular 003 de febrero 2 de 1994 al señor Félix Gómez González, en todo lo que pueda implicar una discriminación en razón de su lengua materna y abstenerse en el futuro de incurrir en hechos como los que originaron el presente proceso. (T-384, parte resolutiva).

2.4.1. Los funcionarios hacen control de los principios constitucionales como base de todos los argumentos

Como “autoridades estatales” encargadas de proteger a los menores indígenas, los funcionarios del ICBF cuentan con la herramienta del art. 4 constitucional, para que así sus actuaciones u omisiones tengan respaldo en normas jurídicas generales (Código del Menor, resoluciones del ICBF); además, siempre deben revisar si dichas actuaciones u omisiones legales, aplicadas a un caso concreto, no amenazan o vulneran alguno de los derechos fundamentales de los destinatarios de sus actuaciones, en este caso, los menores indígenas y sus comunidades. Así mismo, los funcionarios deben interpretar las normas legales y reglamentarias que regulan su trabajo, *de conformidad con los principios constitucionales*, de suerte que si encuentran que una norma tiene varias interpretaciones posibles, prefieran aquella que, en el caso concreto, refleje mejor las decisiones axiológicas de la Carta de 1991. Por lo anterior, los funcionarios del ICBF no pueden limitarse a conocer las normas legales reglamentarias y que regulan su trabajo, sino que deben conocer la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales en general, y sobre derechos fundamentales especiales de los pueblos indígenas, en particular. De lo contrario, corren el riesgo de atentar, en sus actuaciones u omisiones, contra el derecho vigente y vinculante para ellos: los derechos constitucionales fundamentales de los pueblos indígenas.

Esta importante motivación se suscita porque durante mucho tiempo los juristas consideraron que el sistema jurídico estaba conformado únicamente por leyes, o sea por reglas específicas y determinadas, relacionadas con el modo de razonamiento del “todo o nada” y que solo a estas se les debía reconocer. La existencia de normas de carácter distinto se pensaba, solamente desempeñaban un papel importante para la argumentación, pero nada más. Con el arribo del Estado Constitucional se empiezan a reconocer y a valorar los principios³⁶ o sea esas otras normas que se caracterizan porque: a) dan identidad y realidad a la organización de la sociedad y del Estado; b) generalmente se encuentran formuladas de modo indeterminado, amplio e incompleto; c) originan cambios de direccionalidad del modo como una sociedad viene siendo, ya que reflejan ideológicamente tendencias específicas y aspiraciones; d) conllevan resultados impactantes para la integridad del orden jurídico y, e) son confiados para su interpretación última e imperativa a una jurisdicción específica³⁷.

³⁶ Es pertinente aclarar que cuando hablamos de reglas y de principios, nos estamos refiriendo a dos tipos de normas con características diversas.

³⁷ STERN Klaus, Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1987

Debido a estas características, es necesario considerar una serie de aspectos para interpretar la Constitución teniendo en cuenta sus peculiaridades y el referente superior que hay en ella, lo cual despliega problemas. Uno de estos problemas es la *indeterminación de las normas constitucionales* por lo que se presenta una mayor necesidad de interpretación, pues la zona de penumbra de las normas constitucionales es mucho mayor que en el resto de leyes de inferior jerarquía. Los principios son conceptos de mandato que potencian o restringen situaciones como significaciones axiológicas, que proporcionan criterios para establecer si algo es bueno o malo y en qué medida o grado. La mayoría de las normas constitucionales están establecidas como *principios* o sea, como mandatos de optimización que le dan seguridad al ordenamiento jurídico.

Aunque tanto las reglas como los principios definen lo *que debe ser*, sin embargo, presentan diferencias.

Generalidad

Los principios tienen un grado de generalidad mucho mayor, comparativamente con las reglas. Esta diferencia llamada de grado, es considerada como la más importante entre las reglas y los principios.

Carácter de su aplicación

Las reglas son aplicadas a la manera de *todo o nada*, es decir, o es válida y pertinentes su utilización - lo cual implica efectos jurídicos -, o no. Por ello, no es posible dejar de tenerlas en cuenta a la hora de tomar una decisión. Únicamente pueden ser cumplidas o incumplidas. Los principios por ser indeterminados al ser aplicados permiten proporcionar o derivar a favor o en contra de una decisión. Tienen una dimensión de obligación que se hace evidente cuando se presentan tensiones.

Mandatos de optimización - cumplimiento gradual

Los principios son descritos y su cumplimiento puede ser gradual.

Si existen diferencias estructurales entre reglas y principios, las salidas y procedimientos para conciliar entre principios o entre reglas también son distintos. Entre dos principios reconocidos como válidos en el sistema jurídico, la solución no será eliminar del ordenamiento jurídico uno de los dos o introducir una excepción en la utilización del principio en el caso determinado. Las tensiones entre principios como normas de igual jerárquica, deben ser resueltas por medio de una ponderación. Es decir, se trata de encontrar en el caso concreto cuál de los dos o más principios tiene mayor peso para adoptar la decisión. Al principio que tiene menor peso se le determina un menor valor, pero no puede declararse inválido ni puede eliminarse del ordenamiento jurídico. El conflicto entre reglas se resuelve declarando o la inhabilidad de una de ellas o, introduciendo una excepción a la aplicación.

Los derechos fundamentales son derechos abstractos y de hecho, no tienen ningún valor si se considera que el derecho lo otorga una regla. En este caso, sería una regla que admite

cualquier excepción. Haciendo excepciones se podría remover el derecho por completo. Por tal razón los derechos fundamentales deben ser consagrados bajo la forma de principios y, según la teoría constitucional, son considerados como derechos y es una obligación de los Estados garantizar su cumplimiento de la forma mas óptima posible tanto fáctica como jurídicamente.

El funcionario como intérprete constitucional

El funcionario como interprete de la nueva Constitución no solo busca una solución al caso particular, sino también la delimitación precisa de un campo de legalidad. El modo de argumentar debe ajustarse a los cánones de la razonabilidad y por ello la decisión adquiere mayor responsabilidad pues no concibe la decisión como si se derivara solo de una norma legal, sino de un principio constitucional. Para desempeñar esta tarea debe realizar algunos pasos para establecer el contenido de las normas, pero ante todo para fundamentar las diversas razones, que llevan a tomar determinada decisión.

Comprensión de la norma

En este paso se busca una primera aproximación a la norma para definir el problema jurídico a resolver.

Comprensión

Es decir, se contrastan y contraponen las normas con las circunstancias y los hechos más relevantes en el caso concreto.

Concretización

Es un proceso mediante el cual se determinan los contenidos de las normas constitucionales para optar salidas a los casos a partir de la utilización de diversos argumentos y de la fundamentación de las razones a favor o en contra de los mismos. Se hace necesaria la utilización de métodos tradicionales de interpretación con el objeto de delimitar el texto de la norma constitucional y posibilitar su comprensión.

Control de antecedente jurisprudenciales

La lectura y utilización de la jurisprudencia es fundamental para aportar a una mayor comprensión.

La motivación de las decisiones

Se constituye, en un mecanismo de control de la sociedad multicultural que exige decisiones fundamentadas, resultado de un ejercicio argumentativo en el cual queden satisfechas tanto las fuentes normativas del sistema jurídico para aseverar la seguridad jurídica, como las circunstancias más relevantes del caso concreto.

Legitimación

Si se tienen en cuenta que las normas constitucionales, son indeterminadas, vagas y borrosas, deben ser aplicadas las normas lo más racionalmente posible, de modo que realmente se realice el Estado multicultural.

El Interés superior y el impacto de constitucionalidad

El Defensor de Familia debe lograr establecer una respuesta tal que las autoridades tradicionales o miembros de las comunidades vean razonable la medida y justa la decisión. Debe demostrar la totalidad de las razones que lo llevaron a acoger determinados criterios. Así la sociedad multicultural tendrá posibilidades de configurarse por la racionalidad de las decisiones de los administradores de justicia.

La primacía de la Constitución Política

Para efecto de las reflexiones propias de la necesidad de examinar que la aplicación de normas no esté en contravía de la Constitución - pues ha de primar el artículo constitucional siempre - , el Defensor de Familia puede revisar los siguientes aspectos:

Primacía de la Constitución sobre las demás normas.

Primacía de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Prevalencia de los derechos constitucionales fundamentales de los niños.

El control constitucional difuso: inaplicación de reglas generales a casos concretos.

Conformidad de un marco jurídico afín con la Constitución.

Este derecho puede extenderse a las actuaciones administrativas como las medidas para que por medio de la adopción los niños puedan tener una familia indígena o no indígena si fuera para proteger el interés superior del niño.

Empero, “no se trata de anular una norma de carácter general e impersonal”, dice el Honorable Magistrado -como sería el concepto de Asuntos Indígenas-, sino de dejar sin efecto su aplicación en casos particulares y concretos, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental. Es decir cuando habiendo autoridad indígena reconocida legal para actuar frente a asuntos de su jurisdicción especial, ésta no se tiene en cuenta.

Pero cuando el Defensor de Familia o el juez de familia no encuentre mecanismo para conocer de las autoridades indígenas medidas aplicables al caso, deben acudir a la entidad competente. Ello deberá quedar sustentado en la historia sociofamiliar. “Todos los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y completa del derecho constitucional fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno más eficaz han de utilizarse. Así como la Constitución no permite que se suplante a la autoridad para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias” (Sentencia T-100/94, 9 de marzo, Sala Cuarta de Revisión, p. 4).

La Corte Constitucional demanda que se inapliquen normas que violen los derechos fundamentales; sin embargo, afirma que se deben mantener las normas toda vez que sea necesario, como por ejemplo, para acudir a la autoridad pública de Asuntos Indígenas que debe definir o no la adopción de un niño indígena, de acuerdo con el Código del Menor, cuando no se encuentre autoridad indígena competente (art. 246 de la C.P.) y sea necesario entonces considerar el caso en esta instancia.

Efectos de los fallos de control constitucional

El art. 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, es declarado exequible y establece, respecto a las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en cumplimiento del control constitucional, que “*Sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva*”, y que “*la parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general*”. A este respecto, la Corte explicó en la Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, lo siguiente:

“*... sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella*”.

Entonces, los derechos constitucionales fundamentales sólo pueden ser limitados por medidas que formal y materialmente sean acordes con la Constitución, es decir, con la interpretación constitucional vigente. Las limitaciones deben hacer parte del orden constitucional y no pueden ser contrarias bajo ningún pretexto a dicho orden.

2.4.1.1. Reflexiones en torno al Código del Menor y al control constitucional

El Defensor de Familia deberá tener en cuenta los siguientes artículos del Código del Menor para realizar críticamente una interpretación de los mismos, teniendo en cuenta la Constitución Política de 1991 que obliga a reformular y controlar todas las normas antecesoras de esta Carta Política.

Además de los artículos 2, 3, 4, 5, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, que son fundamentales, es también importante interpretar a la luz de la Política de Protección a la Diversidad, los siguientes artículos del Código del Menor:

Artículos 1 y 2

Además de consagrar los derechos del niño como sujeto individual de derecho, también ha de consagrarse el derecho del niño como miembro de un sujeto colectivo de derecho, lo cual lo diferencia de otros niños. Por tanto no todos los artículos del Código podrán aplicarse a todos los niños “sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión (...)”. La pertenencia de niños, niñas y jóvenes a estos pueblos indígenas será un factor a tener obligatoriamente en cuenta pues no siempre el Código puede ser aplicado directamente. El paso del Estado monocultural al Estado multicultural exige tener presente esta condición.

No necesariamente todos los derechos podrán ser reconocidos a los menores indígenas y

ello se hará bajo el principio de discriminación positiva por razones de etnia y cultura, toda vez que la protección del derecho al individuo vulnere derechos fundamentales del sujeto colectivo al cual pertenece el niño.

Artículo 5

El derecho de filiación debe realizarse con base en los criterios culturales que determinan esta relación. Por ello el menor indígena será registrado de acuerdo a los patrones culturales relacionados con organización social y parentesco que definen tres modalidades de filiación. Dos de estas son unilineales: la matrilineal y la patrilineal y una es bilineal. En las dos primeras situaciones el niño es pariente de la parentela materna, o paterna según sea el caso; en la tercera, es pariente de ambos progenitores. Estos usos y costumbres son valorados por la nueva Constitución Política del 91 que declara la igualdad de las culturas de la Nación.

Artículo 11

El núcleo esencial del derecho al ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión deberá ser examinado en casos de niños, niñas y jóvenes indígenas, ya que no tiene igual valor este derecho que el 7º constitucional. Expresa la Corte Constitucional que no cualquier derecho tiene mayor peso que este fundamental derecho. Este deberá ser *proporcionando* respeto al derecho del sujeto colectivo al que pertenece el menor y, fundamentalmente con relación a los dos derechos fundamentales que como mínimos jurídicos afectarían la libertad individual: el derecho a la vida y la integridad del cuerpo de estos pueblos.

Artículo 14

El interés superior del niño y el derecho a la educación se puede encontrar en tensión con el interés del niño para implementar las etapas de desarrollo físico, responsabilidad y confianza que lo potencian como un hombre adulto adecuado a su medio físico y cultural. Por otro lado, puede encontrarse en tensión respecto de los deberes solidarios necesarios a la existencia del pueblo. En no pocas ocasiones el trabajo es necesario para la reproducción biológica, entrando en tensión con este derecho a la educación.

Artículo 21

Los Defensores de Familia y el equipo técnico deben investigar las condiciones culturales en que se desenvuelve un menor como miembro de un pueblo indígena. Leer estas sociedades es asunto de expertos que asumen criterios para definir situaciones. Aunque muchos indígenas conocen y viven su cultura, no todos pueden expresar su estructura y comprensión para una explicación. Esta es una tarea de expertos indígenas o no indígenas. La nueva constitución otorga a las autoridades indígenas autoridad y potestad jurisdiccional. Deben ser tenidos en cuenta siempre y cuando puedan ser consultados. De no ser así, Asuntos Indígenas (DGAI) en el Ministerio del Interior deberá contribuir a la resolución constitucional del caso.

Artículo 28

La definición de menor con base en los años (18 años) es un modo de la sociedad mayoritaria para clasificar a los sujetos. Deberán tenerse en cuenta los modos culturales

para definir la mayoría o minoría de edad. Aspectos fisiológicos como por ejemplo los cambios fisiológicos en la mujer o el hombre, o en ocasiones la participación en rituales extraordinarios que definen esta situación.

Articulo 30

Las situaciones irregulares descritas en este artículo para clasificar cuando un menor se encuentra en situación irregular, deben ser re-definidas en términos de la cultura a la cual pertenece el menor, teniendo en cuenta la jurisdicción especial cuando la situación lo amerite. Estas nueve situaciones descritas, si bien son existentes en la sociedad mayoritaria, muchas no existen en pueblos indígenas particulares y no pueden buscarse, extendiendo las categorías de nuestros propios referentes culturales a ellas. Es necesario conocer en cada sociedad cuando un menor se encuentra en situación irregular.

Articulo 31

Es importante agregar que hay que tener en cuenta la Autoridad tradicional indígena para ser informada en caso que sea un niño indígena o habitante dentro de su Pueblo y jurisdicción.

Artículo 36

No solamente “corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro...”, sino que podrá corresponder esta declaración a la autoridad indígena.

Artículo 37

“El Defensor de Familia de manera inmediata al conocimiento del hecho podrá abrir la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas...” o según el caso, determinará si corresponde a la jurisdicción especial indígena en el evento de que esté en condiciones de asumir el caso la autoridad indígena con competencia.

Articulo 40

Se deberán ampliar estas formas de comunicación a los diferentes pueblos indígenas a fin de lograr una comunicación ya sea en su lengua que es oficial en sus territorios, o utilizando medios de comunicación propios de la sociedad particular. Son variables las reuniones de trabajo, para el ejercicio de la justicia, rituales etc, en estos pueblos distintos.

Articulo 42

Los términos de una investigación deberán ser flexibles en los casos de niños indígenas aplicando circunstanciales de tiempo que pueden corresponder a aspectos de cultura importantes de ser reconocidos y valorados. La sentencia de la Corte Suprema de justicia del 13 de enero del 91 invita a flexibilizar estos tiempos estos tiempos siempre y cuando estén orientados a proteger los niños.

Artículo 50

“De no ser posible la notificación personal, ésta se hará por medio de edicto que deberá contener(...). La palabra edicto (...). Al ser las lenguas indígenas oficiales en el territorio

en que éstas se hablan socialmente habrá de implementarse la difusión de información escrita en lengua propia o a través de emisoras o mensajes orales que permitan ser comprendidos por las comunidades. Lo importante es agotar la publicidad como principio esencial de la actuación administrativa que imprime transparencia al ejercicio de la función pública.

Artículo 58

“Igualmente podrá el Defensor de Familia, con el objeto de ofrecer una adecuada atención del menor en el seno de su familia, si es el caso, disponer que los padres o personas a cuyo cuidado esté el menor, cumplan algunas de las siguientes actividades (...)", el Defensor de Familia podrá concertar con las autoridades indígenas, de acuerdo con las personas especializadas, los usos y costumbres, estas actividades.

Artículo 71

“De la diligencia de entrega del menor se elaborará acta suscrita por el Defensor de Familia y las demás personas que intervengan en ella, en la que se hará constar las obligaciones y derechos que competen a quienes asumen la custodia del menor, así como las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las primeras”. En donde intervenga autoridad indígena se dejará constancia de los acuerdos en torno al ejercicio de obligaciones y derechos, así como de las sanciones con base en los usos y costumbres del pueblo en cuestión.

Artículo 73

“La colocación familiar (...), que deberá ser decretada por el Defensor de Familia (...), podrá ser decretada por la autoridad indígena competente o en algunos casos podrá ser compartida, mediante un documento que formalice tal auto.

Artículo 74

“La medida de colocación familiar se decretará por el menor término posible (...), sin exceder de seis meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla por causa justificada (...)" Se ha aprendido de la experiencia la necesaria exigencia de la motivación suficiente para la prórroga de la medida que permita justamente la definición de la situación jurídica del menor. En lo posible, se debe privilegiar el retorno de los niños a su medio familiar, en atención a lo dispuesto por el in. 2 del art. 44 de la norma superior. Esta medida deberá ser concertada con la Autoridad Indígena que conoce del caso o del cual es autoridad para los niños involucrados.

Artículo 75

“Decretada la colocación familiar del menor, se hará entrega del mismo a los responsables de hogar sustituto mediante acta (...)" Podría extenderse el sentido a “clan sustituto, banda sustituta” toda modalidad de estructura social de un pueblo indígena apta social y culturalmente para dar soporte y atención a un niño”. Las actas deberán ser concertadas con la Autoridad Indígena cuando participe como homólogo del Defensor de Menores.

Sobre el particular es preciso puntualizar que los hogares sustitutos donde se decrete la colocación familiar de menores indígenas, de manera preferente, deben constituirse dentro

de las mismas comunidades indígenas o en su defecto, deben tener asesoría y seguimiento especial por parte de expertos.

Artículo 76

“Las personas que reciben al menor en colocación familiar, estarán obligadas a: (...) 3º solicitar autorización al Defensor de Familia (...)"". Estas obligaciones podrán concertarse de acuerdo con los usos y costumbres, y la Autoridad Indígena correspondiente podrá autorizar.

Artículo 79

Con relación a este artículo por medio del cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá asignar un aporte mensual para hogares sustitutos, esta asignación deberá ser avalada por la Autoridad Indígena, a fin de no distorsionar costumbres de distribución de los recursos en pueblos en los cuales se asumen de forma comunitaria, obligatoria, rotativa, y muchas veces gratuita. Al respecto, cabe observar que el clasificador del gasto público social se refiere de manera particular a una cuota de sostenimiento, dotación y emergencia que incluyen gastos de salud y por analogía corresponde a una cuota alimentaria que, con destino a los niños, asume el ICBF en representación del Estado.

Artículo 89

“Podrá adoptar (...)"". Las reglas establecidas en este artículo deberán ser demandadas por inconstitucionales dado que ellas fueron establecidas tomando como modelo características de la sociedad mayoritaria, y no de los pueblos indígenas. El promedio de vida de los indígenas en Colombia, por ejemplo, y el tiempo para iniciar una familia, son considerablemente menores que en la sociedad mayoritaria, de acuerdo con los estudios etnográficos realizados. La discusión aún no se ha cerrado, toda vez que el criterio para definir “abandono” no es unívoco y por ello no necesariamente corresponde a la norma o categoría jurídica del Código del Menor.

Artículo 93

“Sólo podrán ser dados en adopción los menores indígenas que se encuentren abandonados fuera de su comunidad. Para este efecto, se consultará a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior o al organismo o entidad que haga sus veces. En realidad dada la jurisdicción especial y los cambios sociales podrán ser dados en adopción en caso que la Autoridad tradicional así lo decida y siempre que sea probable que la medida se orienta al interés superior del menor.

No obstante, aún en el evento previsto en este artículo, se procurará, en primer término, su reincorporación a la comunidad, siempre y cuando se le brinde la debida protección. En caso que la situación de abandono se presente dentro de la comunidad a la cual pertenece el menor, se respetarán los usos y costumbres de ésta, en cuanto no perjudiquen el interés superior del menor". Uno de estos usos y costumbres puede ser acudir a la sociedad nacional de la cual hacen parte, cuando internamente no se encuentre salida.

El control de constitucionalidad que puede y debe realizar el Defensor de Menores, define que este artículo sólo deberá cumplirse con respecto a la consulta a la División de Asuntos

Indígenas del Ministerio del Interior, cuando no exista autoridad indígena para actuar con relación al caso.

Artículo 97

“(...) El adoptivo llevará como apellidos los del adoptante”. Dado que algunos pueblos indígenas no usan apellidos, el adoptivo tendrá derecho a que se le suceda la denominación de identidad de acuerdo a la cultura como por ejemplo el nombre del clan al que pertenece.

Artículo 105

“A la demanda con los requisitos y anexos legales se acompañarán los siguientes documentos (...). Quienes pueden ofrecer pruebas idóneas de acuerdo a sus usos y costumbres para llenar estos requisitos, son las autoridades indígenas.

Artículo 160

“Siempre que quien tenga la administración de los bienes de un menor (...), y “si en desarrollo de esta atribución el Defensor de Familia demandare a quien ejerce la patria potestad (...). Tanto la autoridad indígena como los usos y costumbres con relación a los derechos patrimoniales y personales de un menor indígena, tendrán que tenerse en cuenta para dar cumplimiento a este artículo.

Artículo 211

“Cuando se trate de menores que tengan deficiencias físicas, sensoriales o mentales, o sean adictos a sustancias que produzcan dependencia procurará el Juez que la medida se cumpla en establecimiento que disponga de servicio especializado para brindar al menor la asistencia que le sea necesaria en estos casos.” Es necesario abrirse a otro tipo de “establecimientos que dispongan de servicios especializados”, no ortodoxos, de acuerdo con los patrones definidos en términos propios por cada pueblo.

Artículo 237

“Se entiende por menor trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, al menor de doce (12) años en cualquier caso de ocupación laboral y a quien, siendo mayor de esta edad pero menor de 18 años...”. Es necesario determinar las condiciones y concepciones culturales sobre el trabajo y aquellas que definen la mayoría o minoría de edad³⁸.

Artículo 267

“Al que promueva o realice la adopción de un menor (...), sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción (...). Las Autoridades Indígenas en uso de sus facultades jurisdiccionales y sin la “respectiva licencia”, podrán dar en adopción niños indígenas al interior de su propia jurisdicción, con base en sus usos y costumbres, por cuanto desde el punto de vista formal y del ordenamiento jurídico, la adopción debe ser una alternativa restringida de conformidad con la preceptiva constitucional de los art. 42 y 44 de la Carta Política.

38

Una mujer que haya menstruado en el pueblo Wayú no será pensada como menor de edad y no solamente podrá, sino que deberá trabajar para responder a una demanda normativa del derecho propio como es involucrarse en las actividades productivas del pueblo. En consecuencia, la mayoría y minoría de edad debe pensarse y considerarse en armonía con la cultura.

2.4.2. El Interés superior del niño en conflicto con el derecho a la diversidad étnica y cultural³⁹

Otra importante herramienta para contribuir a interpretar los casos de protección de los niños, niñas y jóvenes indígenas está relacionada con el interés superior del niño y su relación con la cultura que lo ha formado de un modo determinado, no necesariamente bajo iguales principios a los de la sociedad mayoritaria.

La Constitución política del 91 reconoce al niño como sujeto de derecho y en el artículo 40 manifiesta que prevalecerá el interés superior del niño, cambiando las disposiciones preexistentes destinadas a proteger los niños. Esta formulación se ve ampliamente potenciada al ratificar el país la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en el artículo 3 establece, que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o de órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁴⁰. El segundo principio declara que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del niño.

Los Estados Partes, define la Convención, “respetarán los derechos enunciados y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

La aplicación de la Convención es un factor importante para dar un mayor grado de certeza al contenido del principio del interés superior; ofrece un repertorio de valores aprobados formalmente por el Estado pero, plantea significativos interrogantes en una sociedad multicultural cuando no proporciona claridad sobre cómo servirá mejor a los intereses del niño en situaciones concretas, lo cual es explicable como norma general.

³⁹ Esta herramienta para la interpretación de casos en los cuales este involucrado un niño, una niña o un joven indígena, esta inspirada en las reflexiones de Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh *El interés superior del niño*. UNICEF Comité español 1999 Imprenta Faresco, S.A.

⁴⁰Ibid Pag.9 A nivel internacional ya se reflejaba en una serie de variaciones del principio en los instrumentos que tratan específicamente del niño los cuales aparecen ya enunciado en algunos documentos previos en los cuales encuentra su precedente: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, aprobada por la Sociedad de Naciones, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, constituye la que podríamos denominar “piedra angular” de todo el sistema de protección y garantía de los derechos del niño, pues el contenido material de la Convención, expresado en los derechos reconocidos en su texto a lo largo de 41 artículos, puede entenderse como parte de la labor de concretar el alcance del mismo.

Las implicaciones del principio

En el ámbito internacional las normas sobre menores se resumen en tres etapas: la primera muestra al niño sometido a la autoridad paterna absoluta. En la segunda el legislador interviene para proteger al menor de la explotación; y, en la tercera se presenta al niño como titular de derechos propios, que puede ejercer, en contra de sus propios padres⁴¹. El paso del interés superior de la infancia, considerada al servicio de los intereses generales de la sociedad y no del niño como individuo, inspiró cambios en muchas naciones que precedieron la Convención y como leyes se orientaron a proteger a los niños en los ámbitos del trabajo infantil, de los contratos de aprendizaje y de la escolarización obligatoria. Este enfoque se ve modificado, es decir proyectado desde una perspectiva liberal, que centra el derecho en el sujeto, siendo la sociedad quien debe otorgar y proteger los derechos del individuo. Desconoce así otra manera de concebir a la sociedad como la portadora de los derechos y a sus miembros como sujetos de deberes.

En las naciones que rompieron el modelo de Estado Monocultural para reconocer y valorar la diversidad étnica y cultural, caso de Colombia, para constituirse en una Nación multicultural, este principio del interés superior no puede ser la única consideración posible. No siempre consigue aplicarse sin conflicto; ha de tener un significado y una aplicación diferente, por el hecho de emplearse en medio de entornos socioculturales con principios jurídicos diferentes. El reconocimiento constitucional en Colombia del pluralismo jurídico legal, que registra la existencia de otras sociedades con otros sistemas de derecho distintos del positivo estatal, es la base de este conflicto ya que los valores utilizados para dar contenido al principio del interés superior provienen de una naturaleza culturalmente sesgada de las leyes internacionales universalistas como son los mismos derechos humanos, que vulneran la estructura de sociedades apuntaladas en otros fundamentos. En Colombia como en otros países, este principio ha enfrentado a padres indígenas contra sus hijos indígenas y a los hijos contra sus padres⁴²; a los miembros de una unidad social de la cual depende un niño contra el niño⁴³; a autoridades externas y autoridades internas⁴⁴ y a pueblos indígenas contra autoridades externas⁴⁵.

El interés superior del niño es una extensión de los principios de occidente y no necesariamente es realizables en todas las culturas y para todos los casos. El sentido que tiene el interés del niño, solamente enmarcado como sujeto individual de derecho, desconoce, para empezar, el reconocimiento constitucional a las sociedades indígenas como sujeto colectivo de derecho. La aplicación generalizada, no selectiva e impositiva de este principio, además de inconstitucional, puede ser etnocida al eliminar valores culturales indispensables a la vida biológica y cultural de un pueblo.

Aplicación del principio

⁴¹ UPRIMY RODRIGO *El menor y su protección. Documento inédito. Bogotá Pag.1*

⁴² Caso de Karem

⁴³ Caso paez

⁴⁴ Caso uwa

⁴⁵ Caso wayu

Para examinar el principio del interés superior del niño, a ser aplicado en "todas las medidas concernientes que tomen las instituciones públicas o privadas de Bienestar Social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", nos preguntamos: ¿Cómo, hermeneuticamente identificar los criterios que habrán de seguirse para evaluar las opciones alternativas que se le ofrecen al Defensor de Familia, al Juez que tiene que tomar la decisión cuando pretende actuar en defensa del interés superior del niño? ¿Cómo llegar a definir una salida si se trata de un principio abierto e indeterminado, es decir vago, confuso, ambiguo, nebuloso, borroso... porque su aplicación en situaciones concretas, no conduce necesariamente a un resultado predecible? Como lo afirma Abella la determinación del interés superior tiende a ser más una respuesta de corto plazo que de futuro; lo que es bueno para el niño a menudo no se proyecta a veinte años después de la infancia⁴⁶. Por estas razones no es difícil comprender por qué los asuntos fallados en las Acciones de Tutela son tan polémicos y cuestionados desde la antropología jurídica⁴⁷.

¿Cuando aplicar el principio?

La Convención es enfática en que este principio debe aplicarse en *todas* las medidas concernientes a los niños.

Pero, ¿quién debe aplicar el principio?

El principio del interés superior del niño lo deben aplicar "sus padres o tutores, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". Las palabras iniciales del artículo, referidas a "todas las medidas" parecen sugerir que cualquier persona que actúe en un asunto que tenga que ver con un niño o grupo de niños, debe tener en cuenta cuál es el interés superior de ese niño o grupo de niños. Esto incluiría a gobiernos, organismos públicos y privados e individuos como los padres. Sin embargo, se sugiere un formulación aparentemente más especializada que limita la aplicación del principio a "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". Pero, una interpretación aún más estricta sugeriría que el principio se aplica, en primer lugar, a los actos de las autoridades públicas, aunque también podría aplicarse por organismos privados siempre y cuando actúen en el campo de la Protección. Pero a la hora de los conflictos judicializados tendrá que ser aplicado tanto por los individuos, como por los organismos públicos y privados.

⁴⁶ Abella (1994, pág. 542)

⁴⁷ SÁNCHEZ BOTERO Esther Concepto sobre el Fallo de tutela proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera del 13 de mayo de 1997 que ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior el reintegro de los niños Nukak Maku lo cual implicaría su muerte.

SÁNCHEZ BOTERO Esther. Consideraciones como perito a la Corte Constitucional de Colombia S T N° 127 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente T407143 Acción de Tutela incoada por Edilma Pardo Valencia contra el Cabildo Indígena de Belalcazar Cauca. Caso del niño paez ladrón privado de la libertad para ver a su mamá. Expediente T 4077143 2001

Caso de niña wayu a quien se le tutela su decisión de no retornar al Pueblo Wayu y hoy es una rueda suelta en la sociedad mayoritaria.

¿Es entonces el interés superior del niño una consideración primordial?

Lingüísticamente hablando, la construcción y sentido del interés superior del niño como la *consideración primordial*, que necesariamente *es* la consideración, no favorece a los pueblos indígenas. Pero si se interpreta como: *una* consideración, sugiere que el principio es importante, pero que debe razonarse junto con otros factores, es decir solo como una consideración importante. El hecho que el intereses del niño deban ser una consideración principal parece crear una especie de carga probatoria que no admite otras alternativas posibles, ni aceptables sobre los que intentan demostrar que, en ciertas circunstancias, el principio afectaría la sociedad y por supuesto al niño Alston, 1994 b, pág. 17⁴⁸. Sopesar y proporcionar su aplicación a casos en que estén involucrados niños y jóvenes indígenas, puede llegar a resultados que no coincidan con la filosofía de la Convención. Es necesario un enfoque del interés superior del niño, para justificarla en todas las situaciones en las que se podría aplicar este principio, dado que existen situaciones de conflicto entre los intereses de la sociedad y los intereses del niño.

¿Quién determina lo que es mejor para un niño?

En términos generales son los adultos los que deben tomar decisiones sobre los factores “objetivos” que se consideran óptimos para el desarrollo del niño”. Incluyen estos factores las bases culturales que definen un marco de convicciones acerca de lo que es mejor para el interés superior del niño, en esa sociedad concreta pero, de acuerdo a la Convención, los niños deben participar de forma activa en la toma de decisiones que afectan sus vidas⁴⁹. Entre los pueblos -solo para mencionar un pueblo indígena - la participación de los niños y jóvenes en la toma de decisiones sobre aspectos que involucran a terceros como expresión de su derecho, no existe. Y en un caso concreto⁵⁰ son, tanto la madre - en un primer momento- y luego la autoridad tradicional, quienes definen que un joven debe ser recluido e incomunicado para ser protegido por su condición de trasgresor.

Una madre demanda ante la jurisdicción nacional a la autoridad Paez que en uso legítimo de su competencia como autoridad, ha definido no permitir a esta madre ver a su hijo, un joven de 15 años, ladrón de gallinas. En realidad la autoridad esta protegiendo el interés superior del joven buscando hacerlo un hombre paez, no un –pesue- o ladrón que puede ser linchado. El juez constitucional ordena al juez de familia local, pedir declaración al joven para que “participe” exponiendo sus deseos y consideraciones.

Esta actuación del magistrado, permite deducir que de este modo se estarían fortaleciendo los principios de la Convención que plantean “escuchar a los niños” y animarlos a que intervengan en la decisiones, de modo que ellos mismos contribuyan a la decisión⁵¹. Se considera que, por el simple hecho de que el resultado haya sido, al menos, en parte establecido por el niño, sirve para demostrar que se ha llevado a cabo en aras de su interés

⁴⁸ ALSTON y GILMOUR – WASLSH Op, cit. Pag 23

⁴⁹ Este es un campo muy polémico aún para la sociedad mayoritaria.

⁵⁰ S T N° 127 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

⁵¹ Expediente T 4077143 Corte Constitucional 2001. En este caso actuamos como perito.

superior. Eekelaar (1994, págs. 47 – 48)⁵², sostiene, sin embargo, que se deben combinar elementos tanto objetivos como subjetivos, y sugiere que las evaluaciones objetivas pueden ser útiles, pero dependen de un “consenso sobre valores”, difícil de lograr. ¿Cómo dar salida al conflicto que plantea la Convención de otorgar a los niños posibilidades reales de decidir lo que ellos creen, porque creen que les favorece, aún cuando es demostrable que desconocen principios sociales y culturales a preservar, que han cuidado miembros autorizados de su pueblo indígena y que hoy también protege constitucionalmente su nación?

Niña indígena wayu.

“Yo no quiero regresar al clan. Yo tengo derecho al desarrollo de la libre personalidad y a la educación”.

Tío materno wayu

“Kareme como wayu no es libre de hacer lo que quiera. Yo digo que ella debe regresar y casarse porque no podemos permitir que se quede por aquí donde no tiene familia, no tiene su gente....de otro modo tampoco tenemos medio, en el clan, para que nuestros hijos se puedan casar”.

Este conflicto de “valores” entre la lucha de un pueblo indígena para que no se queden en la ciudad los jóvenes y el deseo de estos de quedarse, ha de ser sometido a consideración para determinar qué impacto frente al derecho a la vida y a la integridad del cuerpo de los wayu, -que son derechos fundamentales como sociedad indígena - trae aceptar el deseo hablado de niños y jóvenes que expresan la aspiración de escindirse y desligarse.

El segundo argumento contra la inclusión de un elemento subjetivo es que incitaría al niño a adoptar un comportamiento impulsivo o egoísta; comportamiento que, a largo plazo, podría ser perjudicial tanto para él como para la sociedad en general.

Niña wayu

“No me gustan los chivos, no hay abanico, no hay agua, ni televisión. No quiero estar en la ranchería y tener que trabajar”.

Eekelaar⁵³ reconoce que quizás el niño no tenga la capacidad para decidir si sus impulsos coinciden con sus metas de desarrollo a largo plazo, pero sostiene que esto no constituye un motivo para no aceptar un cierto grado de autodeterminismo⁵⁴.

⁵² Citado por Alston y Gilmour, Op, cit. Pag 31. El pueblo wayu no acepta culturalmente esta participación y entre los paeces la mujer es silencio, lo cual condicionaría la participación de las niñas en estas eventualidades.

⁵³ Se plantean tres situaciones si intervienen los niños: 1) que excluyan lo que dicen otros miembros; 2) podrían ser visiones impulsivas y 3) no necesariamente son proyectivas al largo plazo. Citado por Alston y Gilmour, Op, cit. Pag 23

⁵⁴ Los casos relacionados con Bioética en los cuales los niños son sujetos de decisiones de vida o muerte los casos se complejizan porque precisamente no se considera que los niños tienen todo el conocimiento que requieren para tomar decisiones. Conversación personal con el filosofo Germán Calderón L (Bogotá 2001)

Perito antropóloga

Kareme es una niña wayu que en la ciudad es una sirvienta que cuida dos señoras que le dan un salario menor al obligatorio si estuviera autorizada para trabajar como menor. Entre los wayu es una princesa. En la sociedad mayoritaria ella no tiene identidad que le permita ubicarse adecuadamente tanto psicológica, como socialmente.

Lo importante, es que los mayores busquen un equilibrio entre los deseos inmediatos del niño y “sus futuras relaciones sociales”.

La Defensora de Familia opto por complacer a Kareme de modo que se pueda quedar en la sociedad mayoritaria. 5 años después de tomada la medida, en seminario de evaluación consideró equivocada la medida. Kareme es una rueda suelta con un gran conflicto de identidad. Presenta depresiones constantes y desadaptación⁵⁵.

Con el autodeterminismo se pretende asegurar que el niño crezca contando con el máximo de oportunidades para crear y perseguir las metas de vida que reflejen en la mayor medida posible que se trata de una “elección independiente”.

Perito antropóloga

El problema que presenta este caso es que no se trata de un sujeto que puede hacer una elección independiente. En las sociedades que definen que los sujetos son sujetos de deberes, la elección es limitada⁵⁶. Se puede optar independientemente toda vez que no se vulnere el derecho del sujeto colectivo que como tal es el sujeto de derechos.

Si al proporcionar las decisiones de un niño mediante la aplicación del test de proporcionalidad se encuentra que son autodestructivas y que le impedirían su desarrollo en tales circunstancias, las decisiones autodeterminadas deben ser rechazadas. De esta manera, y si se acepta el análisis de Eekelaar⁵⁷, las decisiones referentes al interés superior del niño no se deben tomar haciendo referencia solamente a aquellos criterios objetivos que se consideren representativos de esos intereses, sino que también se debe tener en cuenta la propia decisión del niño al respecto.

Perito antropóloga

Cuántas más personas puedan participar en un sistema de confianza, mayores serán las ventajas que cada uno obtenga. Este es el problema más contundente cuando alguien expresa desconfianza, hacia el sistema....Esta que es una escala aparentemente muy pequeña, solo se puede solucionar mediante la coacción,

⁵⁵ Seminario ICBF para la Construcción de entendimiento intercultural para los casos de Protección. Santa Marta 2001

⁵⁶ DOUGLAS Mary. *¿Cómo piensan las instituciones?* Alianza Editorial. Alianza Editorial, 1986, Madrid.

⁵⁷ Eekelaar, J., The Emergence of children rigths. 6 Oxford Journal of Legal Studies 161. 1986

cediendo a iniciativas individuales que sean de bajo coste para el colectivo de pensamiento, o mediante una combinación de ambas estrategias.

¿Metodologías para aplicar el principio?

La aplicación del principio del interés superior no conduce a una respuesta determinada en ningún caso concreto ya que podrían justificarse resultados totalmente distintos para la misma situación; pero en ambos casos, se podría argumentar de forma convincente que se ha aplicado el principio del interés superior. Las principales metodologías que pueden utilizarse para justificar la tesis de la indeterminación son: la elección racional y el escepticismo de la regla.

La elección racional

La teoría de la elección racional, tal y como la concibió Stephen Parker(1994, pág. 29)⁵⁸, establece que en cualquier problema referente a las decisiones, para que exista una respuesta determinada, comprobada y demostrada, habrán de cumplirse generalmente las siguientes condiciones:

- Se deben conocer todas las opciones
- Se deben conocer todos los resultados posibles de cada opción
- Se deben conocer las posibilidades de que se produzca cada uno de los resultados posibles
- Se debe conocer el valor que se concede a cada resultado.

El principio del interés superior es indeterminado, impreciso, nebuloso, porque así son todos los principios; pero también porque los que deciden siempre tendrán valores diferentes para aplicar y, por lo tanto, responderán de forma distinta ante la cuarta condición. Parker mantiene que también existe margen para el desacuerdo en relación con los otros tres puntos. Indica que, incluso si se conocen todas las opciones - por ejemplo, en el caso de la custodia de un niño, que ha de concederse a la madre o al padre -, los requisitos del segundo y del tercer punto nunca pueden cumplirse plenamente. En realidad, el conjunto de resultados posibles de cada opción constituye, en palabras de Parker, “un asunto de pura especulación” basado en un “ejercicio impreciso de apreciación del carácter y del modo de ser de las personas”. A ello se suma el problema de decidir la probabilidad de los diferentes resultados, que también es una decisión subjetiva⁵⁹. Además, cuando el conflicto es intercultural cada una de estas respuestas estará enmarcada en el modo como la cultura asume en general y en particular, el tratamiento de los casos. Puesto que hay muchas situaciones en las que personas diferentes podrían decidir sobre una o más de las cuestiones de forma distinta, puede concluirse que el principio del interés superior es indeterminado. En otras palabras, este principio no estipula, ni conlleva a un resultado

⁵⁸ ALSTON y GILMOUR – WASLSH, Op, cit. Pag 33. Si los que toman las decisiones adoptan puntos de vista diferentes ante cualquiera de los pasos anteriormente mencionados, puede decirse entonces que personas diferentes podrían llegar a respuestas diferentes sobre lo que es el interés superior del niño en situaciones idénticas.

⁵⁹ ALSTON y GILMOUR – WASLSH Op, cit. Págs. 30- 34

concreto, lo cual es problemático, ya que equivale a decir que quien decide puede justificar prácticamente cualquier decisión basándose en que es el interés superior del niño.

La influencia de los ejemplos previos

Los ejemplos previos pueden ilustrar únicamente una norma para los que siguen una norma, mientras que una serie de ejemplos provenientes de otros pueblos ofrece potencialmente un número infinito de normas, lo cual rompe la realidad pensada desde una sola norma concreta. En otras palabras, los ejemplos previos para conocer cómo se han tratado cuestiones concretas en unas determinadas sociedades, puede llevar a alguien a apegarse por una norma de entre un número infinito de normas posibles. Si se acepta este argumento, se puede tener alguna seguridad de que el que toma las decisiones aplica efectivamente el principio del interés superior y no otra norma.

Aplicación a un caso Wayu⁶⁰

La protección de los niños wayu en caso de muerte de la madre corresponde a los parientes de la unidad social del clan matrilineal y matrilocal en su conjunto. La sucesión de bienes y el manejo de la herencia como relativos a la custodia de los niños huérfanos, están estrechamente relacionadas no sólo con los lazos matrimoniales, por cuanto el afín dentro del clan tiene derechos y deberes diferentes, sino también con la sociabilización de los patrones culturales orientados al reconocimiento de la autoridad del tío materno, como garante de la continuidad del sistema social.

La muerte de una madre wayu, casada con un arijuna o blanco, conduce al padre de tres niños a poner una Acción de Tutela ante los tribunales de la jurisdicción nacional, para tener la custodia de sus hijos y con ella el manejo de la herencia a la que tienen derecho sus hijos, según él y ante la negativa de los parientes de la madre⁶¹.

Perito antropólogo

Dentro del sistema cultural wayu el padre no es pariente de los niños, no tiene la patria potestad y los bienes del clan matrilineal son indivisibles. Desde el punto de vista de la sociedad mayoritaria, occidental, existe una fuerte tendencia a considerar la importancia de que los niños vivan con sus padres y en caso de muerte de uno, tienen el derecho de que el otro, proteja y llene de afecto a sus hijos. Pero, frente a este caso, como el padre biológico no es pariente de ellos, ni los niños han sido socializados para sentir el deber de que sea su padre el responsable de cuidarlos o protegerlos, estadísticamente el interés superior de un niño en la

⁶⁰ Expuesto en el seminario taller para la Construcción de Entendimiento intercultural Octubre del 2001 realizado en la Regional Guajira.

⁶¹ Es necesario aclarar que al no tener esposa, el arijuna y no ser pariente de sus hijos, tendrá que optar decisiones como: casarse de nuevo, si desea vivir dentro del clan, marcharse a otro clan con otra esposa, o irse.

sociedad wayu, consiste en que viva con sus parientes por muerte de uno, o de divorcio.

Se deben conocer todas las opciones

La primera opción

Al ser el padre un blanco, un *arijuna*, el Defensor de Familia define el principio del interés superior del niño determinando que:

“lo mejor para los niños, es que vivan con su padre. Es que él realmente es su papá. No puedo imaginar que este sea un derecho cuestionable por razones culturales. ¿Pero por qué va a valer más la cultura wayu de la madre frente a la del padre?

Segunda opción

La autoridad tradicional utiliza su “Convención” y su criterio del interés superior del niño. Al tomar sus decisiones, llega a resultados muy diferentes de acuerdo a la importancia que da a las consideraciones culturales.

“En la concepción cultural wayu que tiene sus principios para organizar la vida, esos niños estarán siempre protegidos por un sistema social comunitario y por un grupo de parientes que no diferencian sus deberes y derechos frente a estos niños huérfanos o a otros niños del clan. Ellos han crecido así y bajo esa realidad fueron engendrados”.

El tío materno y probablemente el palabrero que interceden como autoridades con competencia jurisdiccional, definen que de acuerdo a sus formas tradicionales de organización social, el interés superior del niño en este caso es, quedarse con los miembros del clan materno quienes tienen el deber y el derecho de proteger los bienes que garanticen su vida y protección. Nótese que se dice “*los bienes*” y no “*sus bienes*.”

Así pues, no está claro a qué conclusiones debería llegar una persona encargada de decidir; porque ¿qué importancia conceder al desarrollo emocional de los niños al lado de su padre o de sus parientes y de la posibilidad de acceder como individuos a los recursos de herencia? La existencia de estos usos y costumbres insertos en un derecho propio, no tiene por qué conducir necesariamente a una aplicación determinada del principio del interés superior. El Defensor de Familia basándose en consideraciones culturales propias, del derecho positivo estatal y en particular del Código del Menor, podría argumentar que debe concederse la custodia al padre y con esta el cuidado de la herencia, considerando que se cumple así el interés superior del niño. Su razonamiento sería que, en vista de la muerte de la madre, el vínculo de parentesco más importante y en primer grado, es el del padre; además que no existe un vínculo afectivo más estrecho que el de padres / hijos. En aras a proteger el interés superior de los niños decide el Defensor de Familia que es el padre quien debe manejar la herencia.

Desconoce el Defensor sin embargo que:

No en todas las culturas el vínculo más importante es el de padres e hijos. Sí existen vínculos más estrechos en otras sociedades que el de padres e hijos. Reclamar “la herencia” como un derecho individual es para los wayu una contravención a un derecho de grupo. Dividir una herencia para que la usufructúe un papá y sus hijos, no existe en esta cultura donde los bienes pertenecen a un colectivo.

Bajo el Estado monocultural no habría duda que el Defensor de Familia estaba actuando en derecho y culturalmente; pero bajo el Estado multicultural y plurinétrico tiene que ponderar sus decisiones a fin de definir si puede pasar por alto el interés superior del niño wayu tal y como lo concibe la Convención wayu.

Pero, volviendo al interrogante del Defensor con relación a definir cuál cultura pesa más en este caso, por ser los niños hijos de miembros de culturas distintas, tiene mucho sentido. La respuesta es la misma que se aplicaría si ella, la mujer wayu, hubiese vivido entre la sociedad mestiza como la esposa wayu del *arijuna* y hubiese aceptado durante toda la vida que tanto ella como sus hijos se guiaran por los principios del derecho positivo y de la llamada sociedad blanca y, que a la muerte del esposo, tomara la herencia para su clan en detrimento de los derechos individuales de los niños⁶².

Los resultados posibles de cada opción

Opción N° 1 planteada por el Defensor de Familia

- Desadaptación de los niños al menos de manera temporal
- Ruptura de lazos de parentesco muy fuertes con quienes se ha vivido y que cognitivamente están clasificados como la parentela
- Desmembración y debilitamiento del pueblo wayu
- Anticonstitucionalidad de la sobrevaloración de una cultura sobre las demás
- Anticonstitucionalidad del principio de diversidad

Opción N° 2 y resultados

- Desde antes de nacer los niños recibieron una carga cultural que los hizo sentirse miembros de un grupo de parientes con los cuales van a seguir compartiendo
- No salen del ambiente en que se han desarrollado
- Están protegidos materialmente por el conjunto de miembros del clan
- Se respeta la diversidad cultural
- Se respeta el pluralismo jurídico

Se deben conocer las posibilidades de que se produzca cada uno de los resultados posibles

Opción 1. Se pueden producir
Opción 2. Se pueden producir

Se debe conocer el valor que se concede a cada resultado.

⁶² Conversación personal con el Magistrado Carlos Gaviria Díaz. Año 2000

Opción 1

- ¿Que valor se da a la existencia de la familia wayu?
- ¿Que valor se da a otra concepción de parentesco?
- ¿Que valor se da a otra concepción de sucesión de bienes?
- ¿Qué valor se da a la convivencia de unos niños en un medio familiar con parientes consanguíneos que siempre representaron un referente de amor y cuidado?

Opción 2

- ¿Qué valor darle a la relación biológica de un padre y sus hijos?
- ¿Qué valor darle a los sentimientos de un padre que convivió al modo de su esposa pero muerta ésta, decide retornar a su modo de vida?
- ¿Qué valor darle a la consideración de pensar lo otro como si fuera lo mismo, siendo que es diferente?

El escepticismo de la regla

La teoría del escepticismo de la regla tiene su origen en discusiones filosóficas sobre lo que significa seguir una regla. Kripke en 1982 se pregunta si realmente podemos estar seguros de que una persona concreta aplica una regla, por ejemplo la regla de la adición. El punto central de su argumento es que, debido a la existencia de un número finito de maneras posibles de aplicar una regla, nunca se puede estar seguro de que otros también aplican la misma regla. Supongamos que los niños se quedan con el papá. De ahí se puede inferir que los niños se quedan con el papá o se quedan con los wayu. Pero a esa misma conclusión se llega por la regla de la adición suponiendo que los niños se quedan con los wayu.

La definición del interés superior del niño al que llega un Defensor - al dejar del lado del padre a sus hijos porque el padre es muy cariñoso, puede ser un argumento completamente diferente al valor otorgado a la relación biológica que define la paternidad. Al quedarse los niños al lado de su padre - bajo el principio del interés superior del niño -, es comprobable que no se aplicó la misma regla.

Regla de inferencia

Una regla de inferencia es una cierta relación entre proposiciones que garantiza que una de ellas se deduce de las otras.

Son niños wayu

Son parientes del clan de la madre

Relación entre proposiciones aceptadas

Cuando dos personas llegan a la misma respuesta sobre un asunto concreto, dan la impresión de seguir la misma regla. Es decir hay *correspondencia* lo cual quiere decir que la interpretación de un hecho desde el ángulo de dos culturas diferentes tiene *significado conocido aparentemente*. Pero como las posibilidades son necesariamente finitas, es posible que en realidad estén aplicando reglas diferentes que van a producir conclusiones iguales al momento, pero completamente distintas en un momento futuro. Si varias personas llegan a

un resultado por ejemplo de 6 es posible que una sumo 3 más 3, otra 4 más 1, mas1, otra 1 más 5. Si se acepta este argumento la conclusión, ha de ser que, en realidad, con respecto a un caso de protección, nunca se puede estar seguro que un adulto, una Autoridad Tradicional indígena, un Defensor de Familia, aplique de manera más acertada la regla de la consideración principal del interés superior de los niños. Aunque pueda parecer que los que deciden aplican el principio del interés superior, ello nunca se puede verificar porque los casos de aplicación aparente de la regla son finitos. Las decisiones o el comportamiento posteriores pueden revelar que una persona aplicó, al tomar una decisión, una regla diferente a la del interés superior del niño y que fue mera coincidencia el que dicha decisión pareciera derivarse de la aplicación de la regla del interés superior.

Si se aceptara uno de los argumentos, o los dos, se llegaría a la conclusión de que los efectos reales del principio del interés superior, tal y como se utiliza en el artículo 3 de la Convención, son muy escasos. Según la teoría del escepticismo de la regla, ni siquiera se puede estar seguro de que una persona aplique el principio al tomar una decisión; mientras que, según el argumento de la elección racional, incluso si la persona que decide aplica el principio, éste puede emplearse para justificar casi cualquier resultado.

La cultura ejemplo de indeterminación y la teoría de la elección racional.

La influencia de la cultura sobre el sistema de valores de una sociedad es un claro ejemplo de la indeterminación potencial del principio del interés superior. Tomando un solo elemento de la teoría de la elección racional, como es el valor concedido a los diferentes resultados, puede demostrarse que el principio del interés superior puede utilizarse tanto para justificar como para condenar una misma práctica. Lo que constituye el interés superior de un niño está determinado por la cultura de una sociedad particular que comparte la clasificación sobre distintas realidades y el orden deseable para los diferentes asuntos que incumbe resolver internamente. El interés superior del niño pensado desde occidente es una posibilidad solamente deseable desde esta sociedad. El análisis de casos de protección permite asir la lógica de los mundos culturales y sociales particularidad viviendo una realidad históricamente situada. Aunque cada caso es uno en el universo finito de las configuraciones posibles, estos casos permiten encontrarle y justificar salidas diferenciadas a los casos de protección. Esta realidad que orienta el cómo deben ser ciertas directrices, se fundamenta en los referentes de cada cultura es decir, en los *juegos de lenguaje*⁶³ juegos que se juegan y que se pueden jugar porque se conocen las reglas de ese *juego* en la sociedad determinada, como resultante de un sistema con principios y modos de hacer las cosas, sometidos a reglas que buscan afianzar la estructura o espina dorsal en la sociedad particular. Esta invariante no se encuentra al primer vistazo, porque no son las manifestaciones exóticas o curiosidades superficiales que pueden observarse las que permiten interpretar la realidad cultural. La interpretación de un hecho cultural parte de

⁶³ PEÑA AYAZO Op. cit pág. 24 El concepto de *juego de lenguaje*, es un sistema constituido por conjuntos de actividades sujetas a reglas. Así entender un juego de tejo, supone entender una serie de reglas. Entender un mecanismo determinado de protección supone también conocer una serie de reglas.

encontrar los mecanismos para la reproducción de un mundo sociocultural determinado⁶⁴.

El matrimonio prescrito de una “niña” wayu.

El matrimonio wayu se efectúa mediante la compensación de animales, a veces de dinero o collares, recursos que simbólicamente manifiestan aprecio a la novia. El intercambio es circular y desde la familia del marido hacia la familia de la futura novia tiene dos funciones principales: la primera, validar el matrimonio; la segunda, transferir la capacidad procreadora de la novia desde la familia hacia la de su marido. Mediante esta transferencia se concede a la mujer y a su familia el derecho a reclamar a todos los hijos que tenga la mujer, sea con un hombre wayu o no wayu. Debido a que la sociedad considera que todos los niños nacidos durante el matrimonio pertenecen al clan materno, la protección de los niños en caso de ruptura matrimonial o muerte se considera que es un derecho del clan materno. No obstante, el concepto matrilineal de filiación de los niños responde también a razones de cohesión social más amplia. El matrimonio ha sido el medio para asegurar alianzas entre distintos clanes, de ahí se considera a los niños como vínculo esencial de unión entre clanes.

La sociedad está organizada en clanes formados por tres generaciones de descendientes por línea materna, es decir, la madre y sus hijas y los hijos de sus hijas hasta edad casadera. Este grupo es el que realiza importantes prácticas económicas, espirituales y rituales. En este contexto, es importante para el tío materno que tiene la autoridad en el clan, aunque viva en el clan de su esposa, el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los niños y jóvenes hijos de sus hermanas, para cumplir con realizaciones y funciones necesarias la reproducción del clan inserto en una unidad mayor su pueblo.

Los clanes a los que pertenecen los jóvenes en calidad de futuros cónyuges están muy implicados en la concertación del matrimonio. El joven novio debe someterse a los deseos y posibilidades de su clan para “negociar” a la muchacha y el joven a la decisión del tío materno y del palabrero si fuera el caso. Esta negociación de la dote hace parte de la cultura y tiene una importancia social considerable. Este paso sin edad mínima para el matrimonio es señal de la capacidad de un clan de acoger a una nueva familia para participar en la vida social y de su progresión hacia la madurez. Teniendo en cuenta lo anterior, se podría alegar que el matrimonio prescrito constituye el interés superior de los jóvenes porque de no participar en este, serían ruedas sueltas, no clasificables y excluidos de la sociedad tradicional, sin opción de casarse ni de conformar una familia internamente. Por otra parte, esta costumbre busca romperse por los jóvenes que quisieran abrirse a opciones externas con hombres o mujeres no wayu, porque les trae comodidades y realizan el principio de libertad según su visión. Esto justificaría el argumento de que el matrimonio prescrito es contrario al interés superior de los jóvenes. Si sólo se tomara en consideración el interés superior y, la práctica mencionada no contraviniere otras estipulaciones de la Convención, el resultado dependería del valor que se diera a factores relevantes como la integración de los jóvenes en la sociedad. La situación se torna más compleja cuando también un padre

⁶⁴ BOURDIEU Pierre, *El oficio del sociólogo. Espacio social espacio simbólico. Introducción a una lectura japonesa de la distinción*. Conferencia pronunciada en la Casa Franco Japonesa, Tokio, 4 de octubre de 1989

puede tener relaciones sexuales con su hija, si entrega una dote para el clan, lo cual ha provocado que en ocasiones, jóvenes tengan relaciones sexuales con el esposo de la madre que no es su pariente. Esta es una práctica social y cultural aceptada, aunque estadísticamente muy escasa, dado que difícilmente un clan dispone de medios económicos para entregar otra dote. Una vez más, el principio del interés superior podría servir para justificar tanto apoyo como de rechazo ante tales prácticas⁶⁵. La cultura es tan fuerte que en general estos matrimonios son duraderos y responden a las expectativas de los jóvenes de manera satisfactoria. Minoritariamente unos pocos migran a la ciudad y las consecuencias de separación del entorno social y familiar podría ir en contra de su interés superior.

La tensión entre un argumento y otro se da porque una parte, busca la protección de lo cultural para resistir la homogeneización y universalización cultural, consideraciones que justifican la práctica, ya que viven en una sociedad donde impera el respeto hacia la tradición institucionalizada del matrimonio. Si un joven se negara a una decisión acerca de su matrimonio, tendría que sufrir el disgusto de una sociedad que respeta ante todo la autoridad. En un contexto en el que el niño tiene que seguir viviendo en la misma sociedad, se podría decir que el interés superior del niño es someterse a tales decisiones. Por otra parte, una serie de consideraciones relacionadas con los derechos del sujeto, apoyan el argumento de que este tipo de prácticas no buscan el interés superior del niño porque impiden seriamente la libertad y la autonomía del niño.

¿Cómo superar la indeterminación en la aplicación del principio?

Una realidad esta *determinada* cuando se conocen condiciones específicas como por ejemplo la dimensión de un terreno, el valor de una cosa, o la situación de embarazo de una mujer. En derecho las normas son determinadas y los contextos socioculturales precisan normas predecibles y *determinadas* como base para la actuación de quienes tienen que tomar decisiones judiciales. La *indeterminación*, contrariamente, no está definida y por ello es relativa. Por ejemplo si decimos *esa persona es muy religiosa*, no es una afirmación determinada, porque ¿cuanto religiosa es esa persona? Situaciones como estas requieren una mayor interpretación, pues existe una situación de opacidad o media – luz. Los principios constitucionales como ya se expuso son indeterminados y la cultura, los hechos de cultura son indeterminados también.

El principio del interés superior tal y como aparece en la Convención, no puede leerse por fuera del conjunto de una cultura concreta; por ello puede chocar con otras “convenciones” pensadas y realizadas bajo otro conjunto de situaciones y en otras sociedades. Esta idea inspirada en Parker propone una respuesta a la indeterminación que esta basada en el reconocimiento de las “convenciones” aceptadas por las comunidades de usuarios de las normas. Porque qué piensa la gente y que hace la gente en concreto? Esta consideración puede constituir una respuesta a los argumentos de los defensores de la teoría de la elección racional.

⁶⁵ Esta posibilidad estadísticamente muy extendida en la sociedad mayoritaria y prohibida legalmente, si se ponderara frente a la costumbre wayu, no contraviene mínimos jurídicos. Por ello su restricción no prima sobre el principio de la diversidad cultural.

Los Defensores de Familia, los jueces y magistrados, y las Autoridades Indígenas se han de enfrentar continuamente a la complejidad que supone el cumplimiento de ciertas normas, en virtud de una determinada tradición legal, de los procedimientos judiciales, de su fidelidad a las situaciones precedentes, a la jerarquía y a la autoridad. El resultado de tales interacciones entre las dos comunidades legales –expresión legal de pluralismo jurídico– para la aplicación de las normas legales en determinadas situaciones puede denominarse “convenciones”. Según Parker, dichas “convenciones” proporcionan una orientación sobre cómo aplicar normas tales como el principio del interés superior. Como consecuencia, hay una valoración y determinación para la toma de decisiones que depende de la “convención” de la cual provengan los principios y los procedimientos.

Si tomamos ejemplos de indeterminación cultural, como el caso de orfandad de los niños wayu con relación a la herencia, la costumbre cultural es que el clan asuma la custodia de todos sus parientes en situación vulnerable. Esta medida, está relacionada con toda la organización social wayu. Las líneas al pensamiento que cognitivamente se comparten, pueden establecerse de modo que nadie dudaría que los parientes por línea materna estarán siempre en el clan y que los varones que también son miembros del clan vivirán en el territorio de su clan hasta que contraigan matrimonio, sea cual sea la circunstancia.

Los wayu en Colombia, que tienen esta cultura, estos usos y costumbres se diferencian de los Nukak Maku que son matrilineales también los cuales mediante entregan una dote fortaleciendo las alianzas matrimoniales con los hijos resultantes por el intercambio de mujeres de bandas distintas dentro de la tribu. Sin embargo su “convención” define que sólo cuidaran a un huérfano si es posible dentro de la banda o dentro de otra banda “que pueda hacerlo”; es decir, siempre que el niño no ponga en peligro la existencia de la banda, porque de no darse esta feliz circunstancia, se comparte la opción hoy, de sacarlo del pueblo nómada para protegerlo en la otra sociedad.

Se puede ver en términos de Parker, que estos referentes culturales defendidos entre los wayu por el tío materno con el palabrero y entre los nukak maku por todos los miembros del clan o de la banda, caso que se analizara a continuación, son proyecciones de una determinada *convención* según la cual, se considera que el interés superior de los niños es que permanezcan en el clan wayu sea cual sea la circunstancia custodiados y protegidos bajo la figura del tío materno, o que salgan de su sociedad hacia la otra sociedad, caso Nukak Maku, ya que deben *proteger* la vida de los huérfanos y enfermos entregándolos a la sociedad mayoritaria que puede tenerlos vivos, en mejores condiciones de nutrición y salud, opción que ellos no tienen realmente⁶⁶.

Pluralidad en la diversidad

Dentro de todas las sociedades existen fisuras que rompen los esquemas tradicionales de lo normativamente dispuesto. La introyección de los derechos como nacionales colombianos,

⁶⁶ En nuestra sociedad pasa algo similar cuando una madre desesperada porque no encuentra medios para responder a su hijo enfermo devuelto de hospitales por no tener sus padres como pagar un tratamiento resuelve “abandonarlo” a la entrada de un hospital. ¿Es este un acto de abandono o de protección?

es decir como sujetos individuales de derecho, invaden a muchos indígenas entrando en contradicción con los propios valores culturales. Esta situación que es otro componente importante, ha de tenerse en cuenta. Por un lado, la Constitución respeta y valora la diversidad cultural y por otro, protege al sujeto individual para salvaguardar derechos fundamentales. La experiencia en Colombia de sujetos que buscan rechazar medidas tradicionales generalmente provienen de líderes o personas cuyas condiciones socioeconómicas son distintas porque han recibido educación foránea y disfrutan de una buena posición socioeconómica. De modo oportunista buscan ser excluidos de deberes culturales⁶⁷. El análisis supone que hay dos grupos de usuarios de normas que inquieren aplicar “convenciones” diferentes sobre cómo aplicar el principio del interés superior: las que siguen el derecho propio y las que no.

Sistemas de derecho y convenciones coincidentes

En las sociedades multiculturales y en las que se reconoce el pluralismo jurídico legal como el caso de Colombia (Art. 246 de la Constitución), es posible encontrar frente a un mismo caso, la aplicación de diferentes reglas provenientes de dos sistemas culturales y sistemas de derecho distintos. El caso llamado de los niños Nukak Maku, que se ha mencionado muestra que existen dos convenciones⁶⁸ en conflicto y que cada una define el interés superior del niño de forma diferente, al aplicar reglas, normas y procedimientos distintos provenientes de cada una de las sociedades en contradicción. Sin embargo llegan al final a proteger la vida de los niños como valor y principio supremo.

Los niños Nukak Maku bajo protección: conflictos culturales y colisión de derechos.

En 1988 unos pocos indígenas Nukak Maku, mujeres, jóvenes y niños sin ropa, casi sin ningún elemento y sin hablar castellano, llegaron a Calamar. Un misionero de Nuevas Tribus, informó acerca de este grupo que se llamaban a sí mismos Nukak, y que hablaban una lengua cercana a la de los Bara, los Maku y Okakwa.

Los Nukak Maku son un pueblo indígena de cazadores, conocidos también como los últimos nómadas que existen en el mundo. Viven en el departamento del Guainía y en una amplia área aprovechan para cazar, pescar y recolectar productos silvestres. Una característica fundamental de la forma de vida de los Nukak Maku es su organización social tribal dividida en bandas que oscilan entre seis y treinta personas unidas por relaciones de consanguinidad, afinidad o sea de alianzas matrimoniales. Se diferencian de otras sociedades tribales porque tienen un nomadismo

⁶⁷ Ver caso Guillermo Jembuel o llamado del flete ST 523 de 1997

⁶⁸ Este análisis es el resultado de un trabajo en equipo para contribuir a apoyar las decisiones trascendentales que el caso ofrece. Muchas personas de la comunidad y de las instituciones de San José del Guaviare, estudiantes, profesores, personal de salud, miembros de la Organización indígena local y regional, misioneros, juntas de Acción Comunal entre otros, dieron su aporte para contribuir a pensar salidas alternativas a la protección de los niños Nukak Maku que se encuentran en protección. Bogotá febrero de 1998.

permanente. La familia nuclear más sus aliados realizan las tareas de subsistencia según la división social por edad y sexo, sin que existan instituciones económicas formalizadas, especializadas o intermedias. No hay división de clases, ni propiedad privada y el inventario de la cultura material es reducido y fácilmente alcanzable para cada grupo dentro de la distribución territorial. El intercambio es recíproco y se da entre los grupos habitantes del mismo territorio.

El grupo indígena desconocido para la cultura occidental hasta 1988 avanza dentro de su territorio y entran en contradicción con el tratamiento al medio ambiente protegido por este pueblo⁶⁹ frente al que le dan sus vecinos colonos. El desequilibrio que tiene el medio ambiente hoy, también por los efectos de la coca los han hecho vulnerables.

Dos años después de conocerse la existencia de este pueblo, es decir, entre 1990 y 1996 ingresaron a Protección del ICBF, 7 niños Nukak Maku encontrados fuera de su territorio y “abandonados” por diferentes personas. Los menores se encuentran en situación irregular debido a que para tomar una decisión de adopción, por ser indígenas, primero se debe tener el concepto emitido por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas y hasta el momento no se ha dado cumplimiento a la petición. Los niños no pueden ser adoptados y por ello, a nombre de estos, el Defensor del Pueblo presenta Acción de Tutela.

La tutela⁷⁰.

El 17 de enero de 1997, el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, inicio el trámite de una Acción de Tutela en contra de la Dirección General de Asuntos Indígenas ante la demora de esta entidad estatal para suministrar el concepto para adopción. La Acción de Tutela se interpone en representación de siete menores miembros de la comunidad indígena Nukak Maku. Se sustenta porque ante la omisión de la DGAI los menores representados se encuentran en situación irregular de hecho y de derecho; de derecho porque sin el concepto que debe rendir la DGAI el Defensor de Familia que tiene los casos no puede definir la situación para la adopción de los menores indígenas abandonados.

El fallo

En primer lugar los derechos de los niños son prevalentes por mandato constitucional. En segundo lugar corresponde suministrar concepto a la División General de Asuntos Indígenas, el cual debe estar debidamente sustentado, pues sobre los menores indígenas la decisión de proceder a la adopción además de requerir el estudio concienzudo que la

⁶⁹ Defensoría del pueblo 1993

⁷⁰ Consejo de Estado sala del Contencioso Administrativo. Sección tercera, actor: José Fernando Castro Caicedo, marzo 13 de 1997

situación de un niño en estado de abandono requiere, amerita el análisis profundo de la posibilidad de que el proceso de adopción no conlleve desarraigo de su comunidad ni de su cultura. Agrega que “además no es fácil la adopción de un menor que pertenece a otra cultura por cuanto se deben prever muchas situaciones y en especial hacer estudios profundos sobre dicha comunidad indígena”. Por tanto, no puede decirse que la Dirección General de Asuntos Indígenas no haya realizado diligencias tendientes a solucionar la situación de los menores indígenas teniendo en cuenta que la condición de niños de otra cultura hace que sea más difícil tomar determinaciones que favorezcan a los menores para su desarrollo sociocultural”. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ordena al Instituto de Bienestar Familiar el reintegro de los niños a su comunidad proceso que debe iniciarse a partir de las cuarenta y ocho horas.

Los efectos del fallo

Retornar los niños acarrea estas preguntas ¿dónde se reintegran? ¿a quién se entregan? En este proceso el Instituto de Bienestar Familiar busca comprender la presencia de estos niños fuera de su territorio como *señales* bajo el principio del interés superior del niño desde la *Convención interna Nukak Maku* que es un referente de origen cultural⁷¹, es diferente a la de la sociedad y cultura mayoritaria, occidental. Explicar los diferentes hechos sucedidos en el marco de su cultura, tiene que ubicarse en la perspectiva de cómo su Convención se ha modificado bajo el contacto con colonos, lo cual los ha aproximado – mediante importantes cambios- a definir alternativas de protección, acordes con los derechos fundamentales que protegen a los niños. Desde los referentes de la Convención Nukak Maku sobre los derechos del niño, serán también pensados como seres humanos para ser trasladados a otra sociedad para que puedan existir y ser tratado de la mejor forma posible. Estas medidas tomadas por miembros de las bandas se enmarcan en el concepto de *fatalidad*. Una acción ocurrida se cataloga como fatal, cuando no había otra posibilidad de actuar como la que se dio. Para el caso son fatales las situaciones de los niños huérfanos, sordos, ciegos... El individuo y la colectividad tienen que actuar bajo esas condiciones muy concretas, siempre que se presenten este tipo de fatalidades. El análisis con base en la cuantificación de casos es una buena manera para deducir lo predecible, es decir lo que puede suceder siempre que se presente determinada situación⁷².

Las preguntas desde la antropología

¿Cuáles son las razones para que estos niños hallan sido abandonados?

Según diferentes versiones recogidas en las historias sociofamiliares, en la documentación en entrevistas en el Guaviare, la presencia en San José y otros pueblos de niños Nukak,

⁷¹ SÁNCHEZ BOTERO Esther. Peritaje para responder al Consejo de Estado las justificaciones por las cuales los niños no pueden regresar. En el marco de una división del trabajo de apoyo al Instituto para encontrar las mejores salidas a cada niño, se reorientó el camino iniciado, con el objeto de encontrar las explicaciones estructurales que corresponden al origen de esta situación y por lo tanto a su salida adecuada.

⁷² SÁNCHEZ BOTERO Esther, *Melicio Cayapu Dagua esta preso mi sargento. Estado de Normas Estado de rupturas. En Antropología Jurídica en Colombia. Normas Formales costumbres legales.* Editorial Antropos 1992 Bogotá.

obedece a las siguientes causas: a) los colonos los han robado, b) los Nukak Maku los han abandonado, los han regalado niños, los han intercambiado por bienes y productos que ellos no producen, los cambian por perros indispensables para la caza, los entregan temporalmente para que se los sanen en la sociedad que puede asumir estas enfermedades y manifiestan llevarlos en otro viaje y luego no los recogen....

¿Son seres en devenir Nukak Maku o son seres para el abandono?

Los miembros del clan y de las bandas de la organización social tribal, evalúan las reales condiciones en que nace un niño, desde dos aspectos fundamentales: condiciones físicas y condiciones sociales. El niño ¿oye?, ¿ve? ¿está su cuerpo completo? Pero, adicionalmente, se preguntan ¿si existen las condiciones materiales, sociales y afectivas para que pueda obtener los cuidados de los mayores a quienes corresponde su protección? Con base en los resultados del proceso de evaluación que siempre está presente, incluso hasta la vejez, será clasificado como ser humano que debe ser cuidado mientras es *incapaz*, para ayudarlo a ser un adulto Nukak Maku o, será clasificado como niño para ser entregado a la sociedad mayoritaria culturalmente o de colonos que es la que ellos conocen para ser protegidos.

La lectura en profundidad de los expedientes y datos acopiados, genera una hipótesis diferenciada de las causas anteriormente descritas, relacionadas con tres condiciones esenciales de las instituciones sociales, que permiten un sustento fundamental y de principio, al concepto que se esta discutiendo, es decir a la existencia de una *convención* sobre el interés superior del niño Nukak Maku diferenciada de la Convención “con mayúscula” que a juicio de algunos, es la única a imponer en el mundo entero.

¿Niños defectuosos niños huérfanos desechados o protegidos?

Realmente estos niños y niñas indígenas no son idénticos a los otros Nukak Maku pues tienen un defecto físico que les impide ser caminantes, nómadas; b) portan una circunstancia que es la orfandad, pensada como conjunto vacío que impide el ámbito social y afectivo necesario, indispensable e irremplazable de uno o dos de los padres para que generen la seguridad alimentaria y cuidados necesarios para los primeros meses y años de vida de un niño incapaz de sobrevivir por si mismo. Estas dos situaciones en el marco de un medio de vida, culturalmente *determinado*, es decir nómada, definen clasificatoriamente a estos seres como distintos, es decir, como no plenamente completos o como incompletos físicamente para ser caminantes, que es la esencia de su mundo nómada. Con base en el tercer elemento, aquellos a los cuales no se los puede sustentar, porque no están los parientes que deben hacerlo y por si mismos no podrán asumirlo, se “abandonan” en una decisión de vida o muerte que es fatal, en los términos expuestos anteriormente. Esta argumentación, asume *cómo están siendo* los Nukak Maku hoy. Remueve la extensión de ideas o argumentaciones desde posiciones etnocéntricas, por medio de las cuales se traslada el marco ideal de lo que debe ser nuestro ideal de cuidado a los niños, así sea contrario en la realidad⁷³, y que por idealización del otro, o por extensión de visiones racistas se atribuyen explicaciones falsas.

⁷³ En la realidad en Colombia los niños son abandonados por la sociedad y el Estado. O cuantas veces hemos pasado por encima de ellos cuando los vemos solos y sin protección en las calles?

Los Nukak Maku asumen los casos por razones culturales y en el marco de su derecho propio

Para aproximarnos a una explicación deductiva del mundo Nukak Maku, y por comparación de lo que sucede en todas las sociedades, como en la sociedad colombiana mayoritaria, se utilizan tres ejes para establecer un referente cognitivo, es decir un modo peculiar de comportamiento del pensamiento en la cultura.

Las instituciones definen lo idéntico

A un hospital sólo entran seres humanos para ser sanados. Un caballo no puede ser atendido en el hospital.

Las instituciones clasifican.

Las instituciones médicas identifican a los enfermos y los separan de los sanos.

Entre los enfermos clasifican a los enfermos de riñón.

Entre los enfermos de riñón, clasifican a los que requieren diálisis.

Entre los que requieren diálisis clasifican a los que la pueden pagar.

Entre los que no la pueden pagar, clasifican a los que la institución está en posibilidad de hacerles diálisis

yquedan los otros los que se van a sus casas porque las instituciones medicas no pueden hacerles diálisis.....

Es decir las instituciones toman decisiones de vida o muerte.

¿Esta respuesta institucionalizada en nuestra propia sociedad es justificable con base en similares argumentaciones a los que realmente, éticamente podríamos encontrar en este pueblo indígena? ¿Los recursos que entre todos los colombianos se producen son verdaderamente escasos en nuestra sociedad? ¿A quien podemos responsabilizar de la imposibilidad de recibir atención un enfermo? ¿Existe insolidaridad real? ¿Hay una inadecuada distribución de los recursos escasos? ¿Es necesario un cambio para que esto no suceda?

El pensamiento refiere a conductas.

Un semejante en el marco de una unidad social Nukak Maku da o recibe comida: es sujeto del dar y recibir. Este *hábito* aparentemente simple, encierra como todo hábito cultural una ética. Por ser cultural un hábito no es estático o cerrado y por consiguiente así como cambia un hábito también puede cambiar la ética. Una manifestación de clasificación taxonómica y de hábito cultural en este sistema, hace relación a la comida y la etnografía registra especies vegetales y animales numerosas para ser comidas; también registra formas de obtención preparación y distribución de los alimentos. En algunos de los expedientes se manifiesta *la manera* tanto para excluir de alimento a estos niños, como también la entrega de pepas rojas para alimentarlos, significado culturalmente coherente no sólo con un sistema clasificatorio, *lo que puede o no comerse*, sino con un sistema ético: *¿quién debe dar*

comida, quién no debe dar comida?, quién debe recibir comida? ¿qué clase de comida debe recibir el otro? A un semejante corresponde comida semejante a un distinto corresponde comida distinta en esta cultura.

En el vocabulario Nukak Maku se reflejan las taxonomías de una sociedad cuyas instituciones también clasifican. Algunos elementos de estas clasificaciones por su pertinencia para el caso son por ejemplo, la condición de distintos de un hombre /nawajat/ de una mujer /yad/; de un *niño* /webuto/ de una *niña* /yanawe/. Pero también ellos así mismos se identifican como *gente distinta* del hombre blanco /kswede/ y reconocen seres que no son Nukak Maku ni tampoco hombres blancos, sino seres sucios, cubiertos de pelo largo⁷⁴ - léase no rasurados como ellos -, seres que no comen alimentos tradicionales. Este ser /Bepipn/, indeseable, es de la selva no humanizada y no pertenece a un grupo social, es *carente* de grupo o unidad social. Estos niños como los animales de pelo no pueden rasurarse como lo hacen ellos, siendo esta condición expresión de cultura. Quien se rasura está realizando una costumbre cultural, es decir una modificación natural. Otra categoría en la mente de este pueblo de la que no encuentra expresión lingüística: es *huérfano* / /⁷⁵; no existe concepto para *huérfano* en esta lengua y esta situación asume características especiales frente al conjunto de los individuos *no huérfanos* pertenecientes a la comunidad Nukak Maku que de acuerdo a nuestra clasificación, *no son huérfanos*. Si un conjunto se define por las propiedades que lo caracterizan, es posible inferir que no tiene sentido para dicha comunidad expresar esas propiedades; mientras si se cambia el universo donde se genera el discurso, por ejemplo a nuestra sociedad, el conjunto de los individuos de la comunidad que son huérfanos, ese conjunto es distinto de vacío ya que la propiedad que lo caracteriza, esto es ser huérfano, esta definida y tiene sentido. Es deducible entonces que el *ser humano carente* especialmente de amparo o protección se diferencia de aquel que debe *defenderse o guarecerse o sea que pueda defenderse*. Esta división sin duda, refleja una diferenciación muy profunda frente a unos seres y a otros.

¿Se trata entonces de *seres carentes*? Esta categoría utilizada por Roberto Pineda Camacho para otros pueblos indígenas⁷⁶, significa que hay seres que no son semejantes? Significa que se es carente, pero ¿carente de qué? ¿carente de clan?, ¿que es lo qué desaparece, o de qué se carece como identidad para que no se los identifique como semejantes? Son los problemas físicos los que definen la carencia y son éstos los únicos referente para establecer semejanzas? Se puede afirmar que no, ya que en trabajos previos se ha establecido que otras sociedades tratan a los huérfanos como *carentes* porque no tienen personas que los cuiden. En la sociedad mayoritaria desafortunadamente también los huérfanos y los defectuosos tienen que ser asumidos por las instituciones públicas porque los familiares, vecinos o personas en general de la sociedad, no asumen estadísticamente ni los niños con defectos, ni los huérfanos.

¿Imaginarios contrarios a la realidad?

⁷⁴ Se le caracteriza por tener vestido. En nuestro análisis identificamos este ser con el pelo propio de los animales y contrario a los Nukak Maku u hombres sin pelo. Recordemos que ellos se rasuran completamente tanto hombres como mujeres.

⁷⁵ Concepto Vacío igual a conjunto vacío, no existente.

⁷⁶ Conversación personal con el lingüista Jon Landaburu. 2 /98

En un conjunto de palabras⁷⁷ un joven Nukak Maku en protección⁷⁸ evidencia en sus traducciones las clasificaciones como el vocablo */hijillo/ o sea el que no es /hijo/* estableciendo una identificación con el diablo, que es trasgresor, con atributos de animal porque tiene cachos y con capacidad de hacer daño. Estos seres indeseables de su cultura */kawd/* y */bpip/* son los que utilizan como genéricos para referirse a los no Nukak Maku. La extensión que hace Belisario García identificando un *diablillo* con *hijillo* obedece a un principio de relación ya que en su cultura existen seres diferenciados del ser humano que son peligrosos. El que alguien sea peligroso en esta cultura es porque no da, porque toma sin ofrecer en reciprocidad nada. En entrevista realizada a un Puinave en 1991, cuya lengua pertenece a la misma familia lingüística Nukak⁷⁹, se describen con gran precisión las características y rasgos de un *makuse (maku - se)*, la cual apoya la existencia de seres que pertenecen a *mundos posibles* que para las teorías de la coherencia la verdad de su existencia consiste en las relaciones de coherencia entre un conjunto de creencias⁸⁰.

Estos seres viven en Joreta; no tiene diferenciados los ojos, la boca, la nariz. Tienen un solo órgano para ver, comer, comen pepas rojas y hacen mucho daño por ahí⁸¹. “No tienen ojos, ni boca, ni nariz, tienen un solo ojo para ver, comer, oler y respirar. Andan para atrás, comen pepas rojas y aunque hacen daño nadie los puede ver⁸²”.

La existencia de estos seres que hacen daño, puede relacionarse con las consecuencias del mal sobre estos sujetos que representan una deformación física y espiritual como representación. Estos seres son sujetos para ser eliminados del nosotros. Hoy deberíamos decir seres que antes eran eliminados.

Si bien pueden clasificarse a estos seres como no humanos, no se identifican a los *carentes* de clan o de ojos para ver, de pies para caminar, de fuerza para trabajar bajo la categoría de animales, aunque el sistema clasificatorio manifiesta que estos seres *humanos carentes* hacen daño al grupo porque crean una relación asimétrica perdurable en el tiempo en cuanto *toman y no aportan* lo cual pone en peligro al grupo. Se diferencian estos distintos además, porque no pertenecen a la selva humanizada (donde transcurre la vida cultural) y porque no son caminantes. Los no humanos son para los Nukak Maku clasificados como los de pelo, los que tienen pelo, elemento de su condición y naturaleza, opuesto clasificatoriamente a los *rasurados o sin pelo* que son los Nukak Maku que, además pueden aportar con otros a la vida del grupo por las reales capacidades de hacer acciones, una bastante importante en su cultura que es poderse rasurar.

⁷⁷ Vocabulario suministrado por la antropóloga Leonor Sánchez

⁷⁸ Belisario Garcia Joven Nunak Maku en Protección

⁷⁹ Reina Leonardo La lengua Nukak Maku ICAN 1985

⁸⁰ En el “mundo real” Puinave existen *makuses*. Para una persona de nuestra sociedad los makuses son solo “mundo posible” y en cambio los ángeles, o la Virgen María son mundo real. Estos serán solo mundo posible para los Nukak Maku o para los Puinave.

⁸¹ Sánchez Botero Esther Ibid Pag:14

⁸² SANCHEZ BOTERO Esther, Entrevista personal a Melicio Moyano indígena Puinave, Familia Maku 1992

El abandono de los “enfermos graves”, de ancianos y en ocasiones de los niños huérfanos, que tanto asombro produjo a misioneros y viajeros, ha sido una práctica cultural, entre grupos de economía estacional y gran movilidad espacial. Este abandono constituye una de las expresiones más significativas de la actitud cultural preventiva tendiente a garantizar la vida colectiva.

Los Nukak acostumbran abandonar a los miembros que en condiciones de “enfermos muy graves que no pueden desplazarse por si mismos” pueden amenazar la supervivencia del grupo. Se estima que los seres causantes de la enfermedad se alimentan de la sangre del enfermo y este los atrae, poniendo en riesgo de enfermar y matar a otras gentes del grupo. Este abandono, en ocasiones puede extenderse a los menores huérfanos quienes imposibilitados para acceder a los alimentos se constituyen en una carga para el grupo.⁸³

“La importancia del grupo doméstico o bien de la unidad doméstica es vital para la supervivencia de los menores, puesto que de otra manera esta supervivencia puede estar en juego. Por lo tanto, la posibilidad de vida de un menor en condiciones de retraso secundario es más difícil, puesto que el mecanismo de supervivencia particular o individual entra en desventaja con el de los otros menores de su edad”⁸⁴.

Los Nukak recuerdan que el niño vivió un tiempo con ellos, cit lo quería criar como hijo, pero en una epidemia de gripe fue abandonado en el bosque como lo hacen tradicionalmente con sus enfermos graves que no pueden caminar por si mismos.⁸⁵

Cuando los Nukak quedan huérfanos especialmente por el lado materno, ellos los guardan como grupo, los cuidan pero el niño, realmente puede morir por desnutrición, por descuido, o sea porque no tienen la misma preocupación que tiene la mamá. Ahora hay otro conflicto para la infancia; los Nukak no aceptan los defectos físicos. Tuvieron el caso de un niño que nació sin ano y lo llevaron a Villavicencio, lo operaron lo trataron bien y cuando lo regresaron su familia lo vio como un imperfecto y no lo cuidaron de la misma manera. El niño tenía que tener cuidados especiales. Murió después de 4 meses de entregárselo a los padres porque para ellos es inaceptable los defectos. A otro niño con meningitis le pasó lo mismo; se lo entregaron a los padres y después que los padres lo tenían lo dejaron. El concepto cultural, no admiten la imperfección⁸⁶.

Btu nos decía que cuando aspiraba euru podía ver a una gente que llama budd? Bd “gente muerta” bt es la raíz del verbo “morir” y d una partícula que unida a un verbo lo convierte en un sustantivo, que se encuentran en otro nivel del mundo⁸⁷.

⁸³ CABRERA, Gabriel et al, Ibid 412- 417. 9

⁸⁴ Ibid 414

⁸⁵ Ibid 414

⁸⁶ Misionera de Nuevas Tribus participante seminario taller San José del Guaviare, agosto 1997

⁸⁷ CABRERA, Gabriel et al, Op. cit.

Como puede observarse clasificatoriamente hay quienes participan de otros niveles del mundo, que son mundos a donde van los enfermos y los huérfanos.

Cambios en la complejidad cultural que asume el abandono entre los Nukak Maku.

Lo concreto es que las bandas *han venido dejando a estos niños* y los expedientes demuestran la presencia de estas dos variables: orfandad y discapacidad física en cada uno de los diferentes niños. Es deducible la complejidad que debe generar al grupo la decisión *de dejar* a un niño. Aunque la etnografía registra a los Nukak Maku en relación a otros grupos como especie de esclavos, e incluso su nomadismo se reconoce hoy como consecuencia de un proceso de cambio, hasta su aparición en Calamar, ningún colono “tropezaba” con niños abandonados y los Nukak Maku se encontraban en el mismo territorio y bajo las situaciones establecidas dejaban los niños porque las condiciones eran fatales.

La importancia del grupo doméstico o bien de la unidad doméstica es vital para la supervivencia de los menores, puesto que de otra manera esta supervivencia puede estar en juego. Por lo tanto, la posibilidad de vida de un menor en condiciones de retraso secundario son más difíciles, puesto que el mecanismo de supervivencia particular o individual entra en desventaja con el de los otros menores de su edad⁸⁸.

Con la llegada de la misión Nuevas Tribus a su territorio y el encuentro con los colonos, éste hábito cultural se modifica al *conocer y reconocer que el otro puede asumir estos casos porque ese otro tiene recursos que los Nukak Maku no poseen*. Hay hoy una expresión muy humanitaria de entrega del individuo huérfano y enfermo reconocido como frágil, para que *en la otra sociedad tenga una oportunidad, otra oportunidad para que pueda vivir*. Los casos manifiestan esta doble realidad: a) casos de niños cuyo estado físico es verdaderamente grave según la medicina alópata y cuyo diagnóstico debió ser similar en su propia sociedad, son “abandonados” en la selva⁸⁹; b) *casos de niños que se quedaron, que los dejaron y no regresaron por ellos; niños que se regalaron a un colono* todas estas situaciones manifiestan un cambio para hacerlos posibles, para que participen del mundo de los vivos no de los muertos. En ambas situaciones es deducible y se puede constatar regularidades que toman forma como hábito cultural inmodificado para los primeros casos, o sea casos que acarrean la muerte y son el resultado coherente de un pensamiento y acción que no hubiera podido ser de otra manera y variado para los segundos, o sea los que son el resultado de un pensamiento y acción que busca una salida no fatal. Es así como un *mundo real* puede verse cambiado y transformado en *un mundo posible*.

Cuando los enfermos no se pueden desplazar normalmente y si están cerca o en la zona de colonización otros Nukak Maku pueden llevarlos hasta la casa de algún colono y luego de dejar al enfermo continúan con sus recorridos, pues saben que allí los atenderán con medicamentos y alimentos. Cuando el enfermo mejora parte en busca de su grupo local. Una situación similar ocurre en la sede los misioneros.

⁸⁸ Misionera de Nuevas Tribus participante seminario taller San José del Guaviare, agosto 1997

⁸⁹ Se trata de un proceso de eutanasia para casos de extrema gravedad.

Con base en estos postulados que serán demostrados en cada caso, se parte para realizar una sustentación contraria a enmarcar los casos bajo la figura del abandono y por el contrario exaltar los mecanismos de los Nukak Maku para poner bajo protección estos niños. Además y siendo el principal motivo de esta sustentación, demostrar que seguir lo ordenado por el Consejo de Estado sería condenarlos a la muerte.

Las dos funciones que pueden resumir al líder Nukak Maku es que por un lado es el representante de su grupo local frente a otras “gentes” y por otro que debe proteger y garantizar el bienestar social, tanto material como espiritual, de su propia gente. En los momentos de peligro o conflicto con otro grupo local, cada líder debe demostrar su fuerza, destreza y valor para defender a su grupo local... Cada líder se denomina weept o buu. El líder tiene un estatus⁹⁰, y aunque otros hombres adultos también lo tienen, el primero se diferencia de ellos porque su grupo local puede ser denominado con su nombre personal, así sus integrantes son la “gente” del líder. Este líder con su gente, toma decisiones como autoridad con competencia jurisdiccional y en este caso decisiones administrativas para definir la situación de los niños.

Conclusión numero uno

Acudiendo a lo dispuesto en el Código del Menor, Artículo 31, Numeral 3, donde se señala que serán declarados menores en abandono si “faltaran en forma absoluta o temporal las personas que conforme a la Ley han de tener el cuidado personal de su crianza y educación, como parece deducirse de estos casos, se hace necesario formalizar esta declaración en función de fortalecer condiciones de vida regulares para todos los involucrados en estos casos.

Los deberes y derechos bajo las clasificaciones analizadas son parte del sistema cultural pero especialmente del sistema de derecho. Los Nukak Maku, centran este derecho en categorías que están distribuidas socialmente entre todos sus miembros, que están cognitivamente compartidas. La existencia de un sistema clasificatorio: tribu, clan, mitad, bandas, hermanos, cabeza de grupo doméstico, grupo doméstico, orienta el comportamiento en cuanto a los deberes y derechos y son el lugar donde se toman todas las decisiones. Aunque los Nukak Maku han disminuido recursos de la selva por el impacto de la colonización y efectivamente algunas bandas manifiestan desestructuraciones, existen patrones culturales que como en nuestra sociedad delimitan la responsabilidad del individuo y del grupo, para apoyar al desvalido física o socialmente, ya que materialmente no pueden asumirlo.

La tesis central

Podemos afirmar que en el pasado los Nukak Maku no podían asumir estos niños, pero que en su encuentro con la otra sociedad, y producto de su observación y análisis, encuentran tres condiciones en la sociedad de colonos y campesinos vecinos que ellos no tienen: 1) son sedentarios, 2) tienen un sistema de salud que puede contribuir a aliviar enfermedades que

⁹⁰ Entendido como la posición relativa de una persona con respecto a otras con las que se halla en relación social, Mair Lucy 1965, 1982: 17.

ellos no pueden curar, 3) disponen de comida acumulada en despensas, tiendas y neveras. En un proceso de *adaptación* de la cultura, demandan de la sociedad vecina – que tiene las características mencionadas - el apoyo solidario para ofrecerles a estos niños una familia, sustentarlo alimentariamente y mejorar condiciones físicas si ello fuera posible. Lo que es leído como *abandono*, es un acto de *protección* ético, humanitario y claro, acorde con la Constitución, la ley, la Convención internacional de los derechos del niño y la Convención Nukak Maku.

Los casos⁹¹

Los casos, permiten deducir las razones de fuerza mayor enunciadas y que llevan a tomar las decisiones dentro de este pueblo. La crueldad, basada en el racismo y etnocentrismo para juzgar sus comportamientos y decisiones como actos de abandono, contrarían el altísimo valor moral y ético de los Nukak Maku⁹².

Ever niño con grave lesión cerebral

Está bajo cuidado desde hace 15 días al encontrarlo un campesino en una chagra abandonado y con el peligro que alguna fiera le haga daño y sin alimento que comer. Tenerlo representa riesgo por el delicado estado de salud. La progenitora del menor no quiere al niño, lo rechaza y desea regalarlo.

¿Cuantas personas conforman su grupo? Siete.

¿De que lugar vienen? De la Charrasquera.

¿Cuanto hace que se vinieron? 10 noches.

¿Porque se vinieron de allá? Para enfermos.

¿Usted es la madre de Ever? Si. Papá Martín

¿Porque Ever está aquí en casa de pueblo, aquí en San José?

Porque es chichón, porque no comía. Estaba enfermo. Yo dejé otro día en monte.

¿Por qué lo dejo en el monte?

¿Quiere hijo? No ya no quiere Ever.

¿Porque no quiere Ever? Porque no tiene fuerza niño; papá no tener;

¿Porque no quererlo? Porque no tiene papá.

Este niño entre 4 y 5 años fue abandonado en Mapiripán en noviembre de 1989. Muy seguramente a causa de su deficiencia física. El examen medico demuestra estado de desnutrición crónica. Ha presentado problema de convulsiones. emparejamiento derecho, lenguaje escaso. Hemiatrofia del hemisferio cerebral izquierdo y las secuelas que esto genera. Se dialogo con las mujeres especialmente jóvenes y ancianas. Al conocer que el menor era maku. Las mujeres ancianas especialmente manifestaron que “cuando niño

⁹¹ Toda la información aquí expuesta proviene de los expedientes, documentos formales de funcionarios o científicos sociales y de entrevistas a personas de reconocido conocimiento. Con el objeto de exaltar los datos que originan la hipótesis de trabajo se resalta en cursiva, negrilla y subrayadas información desde los expedientes.

⁹² SÁNCHEZ BOTERO Esther *Peritaje antropológico para responder al Honorable Consejo de Estado que ordena el reintegro de los niños a la comunidad.*

pudiera traer⁹³ tortuga, pescado y comida, si lo recibirían y además tenían muchos niños por alimentos y vestir y lo que tenían para su cuidado no les alcanzaba. Manifestaron poca aceptación ante la posible ubicación del menor. Sugiriendo que cualquier decisión al respecto fuera realmente aceptado por todos los miembros de la comunidad". Ever tiene grave lesión cerebral

Belisario y Manuel dos huérfanos.

En 1994 rindió declaración un señor quien dijo conocer a Belisario desde 1999 en el Caserío El Resbalón. Un grupo grande de indígenas visitó el caserío y se les quedó el niño. En octubre de 1994 el señor se fue a vivir a San José del Guaviare y Belisario se quedó con ellos. En su declaración dice: yo andaba para aquí y para allá en la montaña y llegué al Resbalón al tiempo que llegaban un grupo de Maku y ellos se pasaron y yo me quede ahí en el Resbalón. Mis padres murieron cuando yo estaba pequeño yo no me acuerdo de ellos, ni los conocí.

Paola Andrea

En mayo de 1995 se rinde declaración Paola Andrea de 13 años de edad. Mi mamá se murió cuando yo chiquita, yo lloraba y me perdía, mi papá cuando yo estaba pequeña él se enfermó y murió en el monte. Paola presenta además una velocidad de crecimiento deficiente. Presenta grave defecto en los ojos

Yudy Tatiana

En septiembre de 1995 rinde declaratoria una señora residente en Unión Alta con su esposo y tres hijas. Dice que la edad de la niña es de dos meses, y que un grupo indígena se la regaló a una señora y esta a su vez se la entregó a ella. La madre de la niña no quiso hablar con la señora a quien se la entregaron. Dijo que si no la recibían la iban a picar con machete porque lloraba mucho. Que sí, que los otros indios la remedaban cuando lloraba y por eso las tenían alejadas durmiendo en una hamaca. Yo la recibí con el fin de salvarle la vida, yo le ofrecí protección hasta mis alcances y como lloraba mucho por las noches y mi esposo llegaba cansado me decía que mirara haber que hacía con la niña.

Diana y Edilma

Las niñas Diana y Edilma llegaron a una finca en octubre de 1993. Un grupo grande de indígenas estuvo en una mata de monte por 20 días. Cuando se fueron se quedaron las niñas. El grupo volvió en 1994 y se quedaron 2 niños, uno de 10 y otro de 5 años llamados Mauricio y Daniel. En uno de los desplazamientos del grupo al Retorno las dos menores estaban en una mata de monte; se repitió la situación en varias oportunidades hasta que por pesar el compañero señor Vergara dijo que recogieran a las menores en vez de que se quedaran en la montaña aguantando reprivaciones. Edilma parece ser sorda y realmente no es como igual de normal que la otra. Allá, dice ella, no hay hermanos, ni hermanas, ni papá, ni mamá, allá no hay nada con que comer. Dice ella, que otros indios no daban comida a nosotros; los grandes se comían todo. Nos daban las pepas que comen los micos,

⁹³ Pronombre personal que no se encuentra en el expediente y que la autora coloca para aclarar el contenido de la frase.

el churuco, miel, ellos dormir solos. Chinchorro tampoco. Andamos en la montaña, dormíamos.

Los elementos guía para establecer el concepto

◊ *Conflictos culturales y adaptación*

El modo selectivo de actuación frente a los niños es una manifestación de la diversidad y de los valores respecto al papel que deben jugar las unidades familiares y sociales propias de este pueblo. La socialización está orientada para defender la subsistencia del individuo y de los miembros que pueden contribuir a reproducirse como cultura y sociedad, en detrimento del individuo carente. Una manifestación de la visión del individuo para protegerse individualmente frente a la obtención de recursos para la subsistencia, que se diferencia formalmente, es la forma como se apropián los alimentos. La siguiente cita manifiesta un hábito cultural al momento del primer encuentro.

Nos tocaba distribuir la comida. Al comienzo decíamos: mire aquí esta la comida para ustedes, la fariña, el pescado lo que fuera. Eso llegaba uno solo, lo cogía una sola persona y no le daban a nadie y entonces nos dimos cuenta de que no se le podía dar a una sola persona. Nos tocó darle a cada persona lo que le correspondía

◊ *El conocimiento de la sociedad mestiza influye para un tratamiento distinto.*

Una argumentación que puede proponerse para leer estos casos, es que la incidencia de la cultura “mestiza” ha influido en la forma de actuar frente a estos niños. Podemos suponer lo que significa para ellos recibir alimentos, droga y servicios que provienen del sistema externo y son apropiados sin ningún desgaste energético, muy distante de lo que les toca a ellos en el diario vivir. Comer algo que no ha sido cazado o recolectado, recibir medicamentos que curan, produce cambios en el sistema cultural propio que implican, en este caso, la incorporación de lo sensible cognitivamente en términos de tener en cuenta el referente externo, es decir comparar y reconocer en la otra sociedad - con la cual se está en contacto -, una tecnología, un saber y una capacidad distinta para afrontar una situación como la orfandad, o los graves defectos físicos. Con base en este referente se realizan adaptaciones y cambios cognitivos que antes no se asumían porque estaban centrados en referentes muy sólidos pero exclusivamente interno.

Un hábito nuevo: entregar los niños al otro, a la otra sociedad, hace parte de un proceso cognitivo adaptativo de la cultura Nukak Maku y de un significativo cambio ético. Esta expresión nueva debe ser tenida en cuenta y valorada en el marco de la sociedad multicultural, en cuanto comparte modos selectivos de actuación en dirección a la protección de la vida como valor supremo. Es una adaptación cultural que manifiesta la expresión que asume la cultura hoy producto de una elaboración del pensamiento que se traduce en un nuevos hábitos para sortear una estrategia también nueva. Esta ocurrencia de la cultura Nukak Maku es tendiente a poner los niños dentro de un medio que les asegure

un entorno apto para vivir y crecer, para sanar y estar con otros. Una cultura es entonces el resultado de lo propio y lo apropiado e incluso de lo impuesto.

◊ *Conflictos normativos manifestación de pluralismo jurídico*

Los casos manifiestan la coexistencia de dos órdenes jurídicos o de intereses jurídicos distintos; de dos “convenciones” distintas que terminan siendo armónicas. Por un lado, el de las instituciones del Estado que intervienen en el caso sustentando únicamente desde la perspectiva y el derecho de la protección de la esfera individual de los menores. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Asuntos Indígenas, la Defensoría para el niño de la Defensoría del Pueblo, los Tribunales de Justicia. Todas estas instituciones desconocen el derecho de ese nuevo sujeto de derecho reconocido en la Constitución de 1991: los pueblos indígenas.

Las acciones que emprenden los miembros de las unidades sociales de los Nukak Maku son la manifestación del ejercicio de sus identidad como pueblo manifestado en sus leyes, su sistema de derecho propio orientado a la defensa del interés general. Un niño que por las situaciones antes mencionadas pone en peligro las condiciones de la sociedad y vulnera gravemente la existencia del grupo básico impactando así toda una red de consecuencias, no es posible de ser considerado para ser alimentado y cargado, si por sus propios medios no puede hacerlo. Hoy como individuo para ser protegido, es entregado a la sociedad mestiza, de modo que tanto él, como el pueblo Nukak Maku que es un sujeto de derecho a la vida y a la existencia cultural alterna-, puedan vivir. Es contundente entonces que los derechos del pueblo Nukak Maku como sujeto colectivo, no eliminan los derechos individuales: sólo los redefinen y que los derechos fundamentales de los niños Nukak Maku como sujetos de derecho individual, no eliminan los derechos del pueblo como sujeto colectivo. Dado que estos dos enunciados anteriormente citados son la base del conflicto entre el derecho individual fundamental de cada uno de los niños y el derecho del pueblo como colectivo, es importante analizar en qué forma podrían ser los dos revaluados y redefinidos de manera que logren dar como resultado una solución que no obstruya a ninguno de los dos de formas negativa.

Si se analiza desde el punto de vista Constitucional, se están haciendo respetar los derechos de los niños como sujetos de discriminación positiva, pero con base en un tratamiento distinto a los distintos, ya que los derechos de la niñez constituyen el reconocimiento de los niños como miembros activos de la sociedad y el compromiso de garantizarles las mejores condiciones para el desarrollo integral de sus múltiples facultades: físicas, intelectuales, psicoafectivas y espirituales. Adicionalmente se está protegiendo el derecho que tiene un pueblo y una banda en particular, en el ámbito de dos esferas: como minoría étnica -sujeto de protección especial y, como colombianos en general.

◊ *El Fortalecimiento de la etnidad y la cultura en conflicto*

Lo establecido por el Defensor del Pueblo en representación de los niños Nukak Maku en situación irregular, promoviendo los conceptos de Asuntos Indígenas y los comentarios

críticos del Consejero ponente del fallo del Consejo Estado que consideran los derechos de las familias Nukak Maku para acceder a los niños, no sólo son la manifestación de una salida anticonstitucional por cuanto se pone en peligro realmente la vida de los niños, unilateral para el tratamiento hoy de estos casos pues se inspiran las salidas solamente en lo que a “palpito” de cada funcionario cree que es mejor, desconociendo al otro, a los otros, sino que es la manifestación clara del conflicto que genera la construcción de relaciones de entendimiento intercultural en la sociedad multicultural. El reconocimiento y valoración de la decisión del Pueblo Nukak Maku que establece que las bandas conocen la existencia de un límite jurídico con relación a toda situación que pone en peligro al pueblo⁹⁴, y por lo tanto la valoración de proteger que no puede ser leída superficialmente como “abandonar” estos niños, trae necesariamente otro conflicto en relación a lo establecido normativamente para el abandono de los parientes a un niño, el cual puede ser sancionado gravemente.

Tratar de afrontar un caso como el de los menores Nukak Maku similar al de otros niños colombianos, es ilógico y ausente de sentido común. Es imposible encontrar los padres biológicos de estos infantes; de encontrarles no se sabe cual será su reacción al intentar devolverles sus hijos; si los reciben ¿qué pasa cuando se enfrenten a sus costumbres de vida de la comunidad cazadora, recolectora, y nómada?

Defensor del Pueblo Guaviare

◊ *Potenciación de la Cultura*

Si partimos de una orientación tendiente a proteger la sociedad Nukak Maku como pueblo y minoría, siguiendo el espíritu y la orientación del Artículo 7 constitucional para proteger y valorar la diversidad cultural, el regreso de estos niños a su pueblo y sociedad como medida para “considerar los derechos de las familias Nukak Maku de las cuales son originarios los niños indígenas”⁹⁵, es contraria al pueblo Nukak y al interés superior del niño, pues vería vulnerado el derecho propio bajo el cual unidades sociales han optado por dejar los niños en la otra sociedad.

◊ *El derecho a una familia y a no ser separado de ella factor de conflicto jurídico cultural.*

El derecho según el cual “el niño tiene derecho a crecer en el seno de su familia y no podrá ser expulsado de esta o separado de sus padres y la separación procederá únicamente por decisión de autoridad competente en atención a su interés superior”, entra en conflicto cultural y jurídico por cuanto estos niños Nukak Maku, *no pueden crecer en el seno de su familia son enfermos o huérfanos, y pueden ser separados por autoridad competente, en*

⁹⁴ SÁNCHEZ BOTERO Esther, La perspectiva antropológica permite definir los criterios que pueden ser considerados válidos para juzgar los síntomas que aparecen en este caso. Estos conceptos: criterios y síntomas pueden ampliarse con el aporte filosófico de Wittgenstein

⁹⁵ Expediente No. AC 4458 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera 13 III de 1997. Pág. 12

atención al interés superior del niño. Acorde con la cultura Nukak la incapacidad para la supervivencia individual permanente orienta a la realización de acciones fatales y las medidas tendientes a defender la existencia de la sociedad.

◊ *El Conflicto involucra a la comunidad y a los niños en particular*

En este caso el conflicto involucra a los niños en particular y a la sociedad Nukak Maku en general. Amenaza con crear impactos negativos en los individuos si se los reintegra y en la sociedad Nukak Maku cuyas particularidades permiten establecer que no disponen de condiciones para su recepción.

◊ *Opción uno ¿Reincorporar al pueblo y al modo de vida nómada?*

La opción de *reincorporar* los niños al pueblo y medio nómada, opción dada en la Sentencia de Tutela como respuesta a la Acción de Tutela del Defensor del Pueblo, según el diccionario significa: “volver a incorporar, agregar o unir a un cuerpo político o moral lo que se había separado de él”, amenaza la vida de los niños. Regresarlos implicaría aceptar la visión etnocéntrica de la sociedad hegemónica.

“En la Acción de Tutela fue tomada la decisión con el concepto de algunos; pero sin ningún Nukak Maku, o representante de ellos o de alguien con conocimiento sobre ellos que pudiera fijar con respecto a las costumbres de ellos como se debería actuar frente a los niños”. No es igual una tutela fallada por normas colombianas de acuerdo a los conceptos jurídicos colombianos donde supuestamente el principal derecho que tienen las personas es la vida, entonces eso es lo que debe ser muy bien revisado porque la parte cuestionable es eso, hay testimonios de algunos niños que han muerto, consecuencia de exaltar a los Nukak Maku y de retornarles los niños para que estén con ellos”.

Misionera de nuevas Tribus

En cuanto a los niños huérfanos

Los niños huérfanos en algunas bandas no tienen la posibilidad de recibir comida y cuidados. La cantidad de comida alcanzada a recoger por el grupo de la banda no siempre alcanza para los huérfanos. En virtud del interés superior del niño y con el objeto de proteger su vida los dejan en la otra sociedad. ¿Es este hecho abandono? ¿Al “abandonar” a los niños huérfanos o a los enfermos, están realizando prácticas que sobrepasan los límites impuestos a la diversidad étnica y cultural?

De acuerdo con la solución adoptada por el Consejo de Estado ¿deben abandonar sus prácticas, contravenir la protección de un niño poniéndolo en peligro? Esto es por atentar contra el derecho a tener una familia? O estará el pueblo Nukak Maku defendiendo intereses considerados de superior jerarquía para el tribunal constitucional, como ha expuesto mediante sentencias como la T349 de 1996 y la T 523 de 1997. Estas prácticas coincidentes con el mínimo jurídico del derecho a la vida sólo pueden realizarse

internamente aún poniendo en peligro la vida de los niños y cambiando su condición esencial de cultura nómadas?

En esta perspectiva, se desconocen los nuevos usos y costumbres de los Nukak Maku que son algo más que la suma de procedimientos para abordar situaciones en el sentido de automatismos desprovistos de significación⁹⁶. Estos se originan en el conjunto de contenidos conceptuales “objetivos” y transmisibles que en una comunidad impregnan el pensamiento y el sentir de los individuos a la vez que guían su acción. Esta concepción, concordante con la definición de la cultura como conocimiento codificado y sistema de símbolos,⁹⁷ permite mostrar por qué una intervención externa sobre el sistema normativo de un grupo, afecta su sistema de referencias y de organización, y cómo el uso mismo de categorías jurídicas occidentales, es inadecuado en tales contextos.

De otra parte, la exigencia de un mínimo jurídico unificado como garantía de unidad nacional y por lo tanto, como límite a la jurisdicción indígena, evaca sin resolverla una de las tensiones presentes en el texto constitucional, y anula la posibilidad de un sistema jurídico nacional plural conformado por el mayoritario y los sistemas normativos de las comunidades indígenas⁹⁸.

Opción dos: los niños serán acogidos por la sociedad mayoritaria

Es posible demostrar que respetar las decisiones internas no entra en contradicción con los límites impuestos a la diversidad étnica y cultural en Colombia. La Nación como puede apreciarse no es una sumatoria indiferenciada de individuos; está compuesta también por un conjunto variado de colectividades y personas con distinciones culturales, lengua, conciencia de su identidad y el reconocimiento a esta diversidad es base para tomar decisiones dentro de los marcos de la misma. La igualdad que debe ser superada como principio únicamente formalista, debe concretarse en las decisiones judiciales y administrativas para asumir medidas especiales en favor de grupos minoritarios. Estas medidas que son determinadas no son una violación del principio de igualdad, sino la manifestación de discriminación positiva para la realización concreta del respeto, valoración y protección de la diversidad étnica y cultural.

Reconocer, y valorar las verdaderas razones que conducen a este nuevo hábito cultural, dejando los niños para ser protegidos en la sociedad “blanca” tiene impacto. Significa redefinir derechos y obligaciones, en donde se valoren los marcos de los derechos fundamentales Nukak Maku en correspondencia con los de los sujetos individuales.

⁹⁶ Los sistemas jurídicos tradicionales están basados en la costumbre y son vistos como quasi-legales. Un conjunto de reglas tradicionalmente aplicadas a problemas tradicionales”

⁹⁷ Lo cual corresponde al viraje paradigmático de las ciencias sociales en los años 60, cuando los aspectos fenoménicos perdieron peso relativo en la definición de cultura y en el análisis cultural; esta nueva concepción modificó no sólo la noción de cultura, sino las que se le relacionan como identidad, etnicidad, tradicionalidad, etc. Segato, 1991: 90, 91.

⁹⁸ OCAMPO Gloria Isabel, Diversidad étnica y jurisdicción indígena en Colombia. Boletín de antropología Vol. 11 No. 27 Universidad de Antioquia 1997

Si se hiciera la pregunta sobre ¿si la permanencia de estos niños en la sociedad mayoritaria que los recibe solidariamente fortalece la etnicidad y la cultura Nukak Maku puede responderse afirmativamente porque: aumente la autonomía del pueblo Nukak Maku, fortalecer un nuevo dinamismo adaptativo para proteger a los niños, establece relaciones solidarias ante las posibilidades reales de la sociedad “blanca” para proteger estos niños. El Estado asume la protección y asistencia bajo nuevos atributos para “el bienestar de los infantes porque provienen de una decisión de la familia, que en este caso es extensa, digna de ser asumida por los países que han apropiado la responsabilidad de intervenir directamente en la atención, regulación y control de los programas y normas que protegen los intereses de los niños, hasta estructurar un sistema institucionalizado que actúe como protector y garante de los derechos de los niños⁹⁹. Si asumimos como legítimas las decisiones asumidas al interior de los Nukak Maku, en reconocimiento del artículo 246 de la Constitución, estas medidas son jurisdiccionales y se orientan a proteger estos niños.

Conclusión numero dos

Cuando son demostrables condiciones objetivas de salud de un niño, el paso de un estado de enfermedad a uno saludable, cuando la unidad social del grupo doméstico manifiesta el deseo y la capacidad de sustentar un infante, la reincorporación debe hacerse derrocando visiones etnocéntricas que dudan de la calidad de la vida en esta sociedad .

Valorar a los Nukak Maku, significa reconocer que la existencia de este pueblo bajo condiciones aisladas, es la más óptima manifestación de su enorme adaptación al medio, con base en una cultura alterna que ha permitido la vida humana Nukak hasta hoy.

Salida

Surge entonces el interrogante de si es posible encontrar otra manera de superar la tensión existente entre la diversidad étnica y cultural y los derechos fundamentales, que no obligue a las comunidades indígenas a abandonar sus prácticas ancestrales, de forma que les permita continuar siendo como son. Es decir si puede concebirse una nueva solución en virtud de la cual se pueda contar con argumentos suficientes para que el principio de la diversidad étnica y cultural no tenga que ceder frente a los derechos fundamentales, respecto de las ponderaciones efectuadas con el fin de dar solución a las colisiones que se presenten entre estos dos tipos de valores.

El contexto en el que aparece el principio del interés superior.

Finalmente otro argumento en contra de la indeterminación se refiere concretamente al principio del interés superior tal y como aparece en la Convención. Se ha sugerido que “la Convención en su conjunto recorre al menos parte del camino para conseguir proporcionar el amplio marco ético o de valores que a menudo se consideran el elemento ausente que daría un mayor grado de seguridad al contenido del principio del interés superior” (Alston, 1994b, pág. 19) Se parte de la ausencia o inferioridad de otras Convenciones culturales locales sobre los niños.

⁹⁹ Pacto por la infancia. Resumen ejecutivo Consejería Presidencial para la Política Social - PNUD Proyecto Col 95/007 No. 2 1997

No hay duda de que estos argumentos proporcionan por lo menos alguna manera de superar las afirmaciones de que el principio del interés superior es indeterminado. El principio no tiene por qué ser una doctrina necia, de cuya aplicación se deriven una serie de resultados aparentemente contradictorios. El argumento proporcionado por Parker sugiere que el principio del interés superior tendrá resultados determinados, al menos dentro de las comunidades de usuarios de normas. Por el contrario, el argumentos de Alston y de otros autores sugiere que el principio del interés superior adquiere un contenido más claro y por tanto más determinado si se lee junto con los derechos fundamentales reconocidos en la Convención. Pero esta conclusión aún no resuelve la cuestión más amplia de la relación entre los valores culturales, las tradiciones, las percepciones y el marco global del derecho internacional sobre los derechos humanos.

La relaciones conflictivas entre la cultura y las normas internacionales sobre los derechos humanos

En los últimos 10 años en Colombia se ha concedido una importancia mucho mayor a los valores culturales dentro del marco constitucional y en relación crítica con los derechos humanos, lo cual no sólo ha servido para poner un mayor énfasis sobre los posibles beneficios de un enfoque más cultural sino que también ha destacado el mal uso que puede hacerse de las preocupaciones culturales, que éstas pueden llegar a minar los esfuerzos a nivel interno para promover el respeto hacia los derechos humanos. Como se puede deducir de las anteriores reflexiones los distintos ejemplos, del principio del interés superior es tanto conducto potencialmente importante para los valores culturales como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas que, según la mayoría de los observadores, serían incompatibles con los derechos humanos.

2.3.2. El test de igualdad

En la Sentencia C-530 de 1993 sobre las “limitaciones legales para vivir y trabajar en San Andrés y Providencia y para proteger la integridad étnica y cultural de los raizales”, la Corte Constitucional elaboró una metodología para el tratamiento distinto de los sujetos a partir del principio de igualdad, consagrado en el art. 13 de la Carta, el cual permite conferir un trato distinto a personas, siempre que se den las siguientes condiciones:

En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distintas situaciones de hecho... La comparación de las situaciones de hecho, y la determinación de si son o no idénticas se convierte, así, en el criterio hermenéutico básico para concluir si el trato diferente es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación inadmisible.

En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad... que ha de ser concreta y no abstracta.

En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales... Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales –decisión política de oportunidad-, sino desde la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo o admisible.

En cuarto lugar, que el supuesto de hecho, esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga, sean coherentes entre sí, o lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna... Esta calidad, muy distinta de la razonabilidad, consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, esto es, consistente en que exista una conexión efectiva entre el trato diferente que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.

Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica”.

Concluye la Corte que:

Si ocurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución.

De esta manera, la Corte Constitucional sentó una jurisprudencia fundamental, que da unidad de criterio jurídico y concreción al principio abstracto de la igualdad, de forma que ésta no deshaga las diferencias realmente existentes sino que, manteniendo el principio, lo armonice con la idea de la diversidad.

2.3.2. Los cuatro mínimos jurídicos

Cuando el Defensor de Familia y su equipo se encuentran frente a un caso de protección en el cual está implicado un menor de un pueblo indígena y en el cual es evidente que se presenta un conflicto cultural y/o normativo, deberán preguntarse siempre lo siguiente:

- ¿Se vulnera el derecho a la vida?
- ¿Se vulnera el derecho a la integridad del cuerpo?
- ¿Se vulnera el derecho a no ser esclavizado?
- ¿Se vulnera el derecho a un debido proceso?

Estos mínimos jurídicos reproban el relativismo a ultranza que la antropología durante muchos años validó, como manifestación de respeto a la producción diferenciada de hechos de cultura o referentes compartidos socialmente. Los usos, costumbres y normas que

provenían de un miembro o un pueblo indígena eran reconocidos como manifestaciones de esas culturas diversas. Esta postura, cuyo valor radicaba en apreciar las manifestaciones distintas de las consideradas como superiores en occidente, está cada vez más superada¹⁰⁰.

Así lo expresó la Corte en la Sentencia C-139 de 1996, con argumentación del Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz:

La Carta parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural (art.7), pero establece la limitación de ésta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (arts. 246 y 330). Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta (C-139/96, p.10). (Cursiva fuera del texto).

El fallo que de manera más clara señala cuáles son esos objetivos constitucionales de mayor rango frente a los cuales debe ponderarse el principio de diversidad étnica y cultural, se encuentra en Sentencia de Tutela T 349 de 1996, que plantea los cuatro mínimos jurídicos.

A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud y la prohibición de tortura. A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y las penas, por expresa exigencia constitucional (art. 246 (T 349/96, p. 10).

Es posible encontrar “usos y costumbres culturales” que incidan de manera directa en la vulneración de un mínimo jurídico y que, por lo tanto, deben reorientarse de acuerdo con las instrucciones que los mínimos exigen, establecidos por la Corte constitucional como obligatorios para todos los nacionales sin distinción de etnia, raza o cultura.

Las mujeres emberas, por ejemplo, que a los 13 años ya esperaban su segundo hijo, se estaban muriendo pues el trabajo de la casa y el de la producción que no era comparable al de los hombres, hacia que el alimento que ingestaban no les permitiera recuperar calóricamente la energía perdida por exceso de trabajo. Un estudio, realizado con los médicos tradicionales, mostró que se había limitado la comida proveniente de la actividad de los hombres y ello obligaba a las mujeres a producir más en el área de producción destinada para ellas. El conocimiento de esta realidad, que representaba desequilibrio biológico, precisó la introducción de un

¹⁰⁰ Aunque en muchos peritajes ha sido desarrollado el componente cultural que guía muchas acciones en pueblos indígenas particulares, en Colombia los abogados han encontrado un punto medio y tercera salida enseñado a los antropólogos a relativizar el relativismo como ideología. Ha sido muy asertivo de parte de la Corte Constitucional la definición de los límites o mínimos jurídicos a la diversidad étnica y cultural.

cambio en la división de trabajo por género, de manera que los hombres hicieran trabajos de mujeres¹⁰¹.

Examinar el clítoris de una niña al nacer y según su tamaño quemarlo o no con un tizón, aunque culturalmente aceptado y consistente entre los pueblos, vulnera un mínimo jurídico que habrá de ser sancionado, así sea aplicado y justificado con base en una costumbre cultural.

2.3.3. Principio y test de proporcionalidad

Afirmar que los derechos fundamentales en el nuevo marco constitucional son normas jurídicas vinculantes, es decir, que obligan a los funcionarios a cumplirlas, no es suficiente. Estas normas tienen como característica su vaguedad, ambigüedad y poca claridad; por ello, requieren de un proceso especial de interpretación. En consecuencia, los funcionarios deben conocer tanto las normas consagradas en el texto constitucional, como la interpretación que de las mismas ha hecho la Corte Constitucional como órgano con autoridad y potestad de interpretar la Constitución en su art. 241, y de señalarle a los demás funcionarios cómo deben interpretarla.

Una de las técnicas centrales utilizadas por la Corte Constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales, es la del test de proporcionalidad. Esta técnica hermenéutica parte del supuesto de que en un Estado de Derecho todas las actuaciones de éste encuentran su justificación en el ordenamiento jurídico y que aquellas no justificables según el ordenamiento son arbitrarias. Por tanto, siempre que la decisión de un funcionario encargado de la protección de menores indígenas afecte o amenace con vulnerar un derecho fundamental del pueblo indígena al cual pertenece el menor, debe someter su actuación al test de proporcionalidad.

Para entender este criterio, las preguntas que debe hacerse el funcionario del ICBF al buscar establecer si sus actuaciones u omisiones están vulnerando un derecho fundamental de un pueblo indígena que él debe proteger son:

1. El objetivo perseguido por el funcionario al afectar un derecho fundamental, por ejemplo, el derecho a la libertad de culto o el derecho a la educación, al desarrollo de la libre personalidad... ¿es un *objetivo legítimo* a la luz de la Constitución?
2. ¿Es de superior valor al de la diversidad étnica y cultural?
3. ¿Es el medio escogido por el funcionario para la consecución de ese objetivo un *medio adecuado*?
4. ¿Es el medio escogido por el funcionario para la consecución de ese objetivo un *medio necesario*?

¹⁰¹ GALVIS, Aída. *Estudio sobre nutrición entre los Embera*. Bogotá, Colciencias. 1988.

Lo que busca este *criterio de proporcionalidad*, aplicado a las actuaciones que limitan los derechos de los pueblos indígenas, es que dichas limitaciones no sean arbitrarias, sino que encuentren su justificación en un procedimiento de ponderación de los diversos elementos en juego. En otras palabras, los Defensores de Familia del ICBF y sus equipos técnicos, tienen el deber constitucional de adoptar la medida que mejor concilie los derechos fundamentales reconocidos a favor de los pueblos indígenas, con los otros derechos e intereses constitucionales involucrados en cada caso y, para ello, debe responder las tres preguntas planteadas. La pregunta por la legitimidad del objetivo persigue que el funcionario indique qué otro derecho o valor constitucional está privilegiando sobre el derecho del pueblo indígena. Sólo los fines admitidos por la Constitución y reconocidos por la interpretación de la Corte como de mayor rango, podrían limitar el derecho fundamental del pueblo indígena, como se expuso anteriormente. Sentencia C-139 de 1996

En conclusión, la actuación del funcionario podrá limitar el derecho fundamental del pueblo indígena a la diversidad étnica y cultural, siempre que con ello persiga proteger uno de los derechos de mayor rango enunciados.

Así, por ejemplo, si un Defensor de Familia para proteger los derechos individuales de un joven al libre desarrollo de su personalidad y al trabajo por fuera de la comunidad, le concede la protección de tales derechos individuales, debe considerar si ello afectaría el derecho a la integridad étnica y cultural del pueblo de manera desproporcionada, pues los fines perseguidos por su actuación –libre desarrollo de la personalidad y acceso al trabajo– no son de mayor rango que el de la integridad del sujeto colectivo, el pueblo al que pertenece el niño, la niña o el joven.

Los derechos de los niños, distintos de los mínimos, no prevalecen sobre el derecho del pueblo indígena a ser étnica y culturalmente distinto. Si una actuación administrativa acarrea consecuencias graves para el derecho fundamental de un pueblo, no debe prevalecer el propósito de garantizarle a un niño el libre desarrollo de su personalidad, por ejemplo.

Finalmente, es necesario determinar si el medio escogido va a conducir efectivamente primero a la consecución del objetivo propuesto y segundo si es la única o mejor alternativa posible o si, por el contrario, otras medidas generan un impacto menor en el derecho fundamental del pueblo indígena.

2.3.4. Teoría del núcleo esencial

Según esta teoría recogida por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, cada derecho fundamental y, en consecuencia, también los derechos del sujeto colectivo, reconocidos como fundamentales, tienen un *núcleo esencial*, es decir, un ámbito de protección mínimo, que no puede ser vulnerado por ningún motivo. En otras palabras, si bien es cierto que constitucionalmente se reconoce frente al debate multicultural especialmente, que los derechos fundamentales no son absolutos y que, por tanto, pueden ser restringidos y regulados, también es cierto que ninguna restricción, ni ninguna regulación de esos derechos puede ir hasta el extremo de anularlos. En el análisis de cada

caso se determinará cuándo la limitación o la regulación está afectando el núcleo esencial del derecho en cuestión, para encontrar una salida que proteja su núcleo.

Un ejemplo para hacer más comprensible este importante campo teórico para su aplicación práctica puede verse respecto al derecho que tiene un sujeto de vender o comprar una propiedad. Aunque un indígena tiene el derecho de vender o comprar como colombiano, por ser indígena tiene restricciones para hacerlo dentro del territorio protegido como de todos. Como el derecho a ser propietario o salir de una propiedad tiene un núcleo esencial que no puede ser restringido al punto de eliminar el derecho, él podrá tener una propiedad privada que puede comprar o vender pero fuera de su territorio. Esta misma argumentación la utilizó la Corte Constitucional para proteger el derecho a la libertad de culto de los indígenas arhuacos de modo que por fuera de su comunidad y territorio, lograran practicar la religión que desearan. Sin embargo, adentro de su territorio y comunidad no podían manifestar sus convicciones religiosas distintas y ser coherentes con la condición indígena arhuaca, la cual está ligada a la religión como sistema cultural, al ámbito de lo público y no a lo privado como correspondería a un sujeto individual pensado como libre y racional.

En la medida en que los derechos humanos de los pueblos indígenas son parte integral de una política de Estado, ésta hermenéutica jurídica cumple las siguientes dos funciones: por un lado, incorporan una decisión ética, valorativa, a la cual deben ajustarse todas las políticas y las decisiones del Estado y, por otro, en consecuencia, limitan las posibilidades de decisión y de acción de los órganos estatales. En otras palabras, una Constitución que se decide por el principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no es una Constitución neutral desde el punto de vista axiológico. Y esa decisión ética debe entenderse como armónica con respecto a otras decisiones valorativas de la Constitución, como la decisión de reconocer la dignidad humana como principio fundante del Estado Social de Derecho (Art. 1 C.P.)

2.3.7. La aplicación técnica y la aplicación edificante¹⁰² de la ciencia

Las actuaciones de los equipos de Defensoría de Familia como medios sincronizados que actúan sinéricamente para lograr la protección de un niño indígena, se verían positivamente enriquecidos participando de los fundamentos y grandes valores característicos de la aplicación edificante de la ciencia.

Tanto el abogado Defensor de Familia, en función de apoderado del interés superior de los niños, como el psicólogo, el trabajador social, el antropólogo y el nutricionista, pueden potenciar sus actuaciones y enmarcarlas en un campo que trascienda las aplicaciones técnicas, en el caso de los abogados, actuaciones “legalistas”, “formales,” o “impecables”. Es necesario asumir el derecho sustancial como expresamente lo consagra la Constitución Política en su art.228. Afirma la doctrina jurídica que “al hacer obligatoria la prevalencia del derecho sustancial se derrumba la adoración por lo pequeño e intrascendente, el celo al precario inciso, la falsa visión de la forma que, en innumerables ocasiones, lejos de servir de marco estricto a la decisión del derecho, ha

¹⁰² SANTOS DE SOUZA, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA, 1991.

servido para vulnerarlo”¹⁰³, todo lo cual armoniza con actuaciones que corresponden al modelo de la aplicación del conocimiento científico, postmoderno, o Aplicación Edificante a quien su autor le concede las siguientes características:

- ◊ “La aplicación siempre tiene lugar en una situación concreta en la cual, quien aplica, está existencial, ética y socialmente comprometido con el impacto de la aplicación”.

Habiendo logrado la recuperación de Antonio y teniendo personas de su familia que están dispuestos a atenderlo integralmente, como son el padre y la abuela, considero que el niño debe ser reintegrado a su medio familiar, previa amonestación y notificación al señor Guaneme para que sepa que va a estar con Sebastiana su abuela. Esta medida deberá ir acompañada por un seguimiento estricto por parte de la institución. Así mismo, el niño debe incluirse en el programa de recuperación nutricional y extender alimentos a los parientes, como una medida de excepción porque el estado nutricional de la familia es también precario y sus costumbres culturales impedirían que los alimentos fueran exclusivamente para el niño. Caso Paez. Actuación de la nutricionista.

- ◊ “Los medios y los fines no están separados y la aplicación incide sobre ambos. Los fines sólo se concretan en la medida en que se discuten los medios adecuados para la situación concreta”.

La Protección comporta en consecuencia una destinación más social que individual, cuando se trata de dar vitalidad a la normativa del art. 44 de la Carta Fundamental.

En el siguiente caso Yagua, la decisión, si bien protege a la niña como fin en sí mismo, y la medida permite realizar el derecho para tener una familia, el medio, el mecanismo o medida de protección considerada técnicamente apropiada, pensada como mecanismo idóneo por la autoridad administrativa y judicial al entregarla en adopción, vulnera la existencia cultural alterna, la autoridad y la autonomía del pueblo.

El equipo resuelve dar en adopción a María Stella, indígena Yagua, a una familia capitalina, llenándose de razones para concluir que su bienestar integral es menor, o sea, tiene menos posibilidades de surgir en su comunidad de origen, no obstante las reiteradas solicitudes de su familia extensa indígena y de la comunidad, dispuesta a responsabilizarse de la atención y los cuidados de la menor. Caso Yagua.

- ◊ “Así, la aplicación se constituye en un proceso argumentativo y la adecuación mayor o menor de ésta, reside en el equilibrio, mayor o menor, de las

¹⁰³ OLAYA RODRÍGUEZ, Margarita, ICBF Sede Nacional. Aporte complementario para la primera edición.

competencias argumentativas entre los grupos que luchan por la decisión del conflicto a su favor”.

Las autoridades Uwa queremos los niños para que vivan con su familia y con nosotros en su pueblo. Antes sí se desconocía a los mellizos y por ello se colocaban en hormigueros para que la naturaleza actuara; pero ahora, los de Saravena los pueden conocer. Ya no quedan en los hormigueros, ya pueden vivir con los padres porque ellos son de Saravena y ellos fueron creados al amanecer. Autoridad Uwa.

Conceptos Uwa como “desconocidos”, creencias como que “la naturaleza actúa”; concepciones míticas como “creados al amanecer”, hacen parte de un mundo singular valorable. Aunque ninguno forma parte de la sociedad mayoritaria, todos son *mundos posibles* en algún *mundo real*. En contraste con estas ideas “Dios separó las aguas de la tierra”, o “una mujer virgen es la madre de Dios” son *mundo real* para los católicos mientras que para otras sociedades son solo un *mundo posible*.

- ◊ “El científico debe, pues, involucrarse en la lucha por el equilibrio de poder en los distintos contextos de aplicación y, para eso, tendrá que tomar partido por uno de aquellos que tienen menos poder”.

No es menos importante destacar que Neliño Ascue es persona indígena vinculada a la comunidad indígena de Toribío, situación de hecho especialísima que el Estado reconoce y protege, recibiendo la misma protección y trato de las autoridades y promoviendo las condiciones para la igualdad real y efectiva, tal como lo consagran los artículos 7º y 13 de nuestra Carta Política. Por ese simple hecho de ser indígena, merece toda nuestra consideración. Andrés Silva Iragorri.

- ◊ “Cada mecanismo de poder crea su propia microhegemonía. Quien tiene menos de ese poder, tiende por eso, a no tener argumentos para obtener más de ese poder y, mucho menos, para tener tanto poder como el del grupo hegemónico. La aplicación edificante consiste en revelar argumentos y volverlos legítimos y su uso creíble”.

No es cierto que los pueblos indígenas rechacen incorporar cambios en sus costumbres y tradiciones. La imposición de los cuatro mínimos jurídicos empieza a tener aceptación más que por un sentido de obligatoriedad o de imposición, por una nueva concepción cultural que trae también una nueva concepción ética. Los paeces han decidido castigar a los brujos de otras maneras a la pena de muerte establecida hasta hace pocos años. Esther Sánchez Perito antropóloga.¹⁰⁴

La junta directiva del Cabildo del resguardo indígena del Toribío Cauca, en uso de las facultades constitucionales y en especial las que le confiere el derecho propio, autorizan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,

¹⁰⁴ SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *Peritaje a la Corte Constitucional, caso del conflicto religioso*.

Zonal Indígena de Popayán, para que adelante el correspondiente trámite de adopción del menor Achiucue, debido a la enfermedad mental y a las precarias condiciones económicas de la familia. Caso Guambiano.

- ◊ “La aplicación edificante procura y refuerza las definiciones emergentes y alternativas de la realidad; para eso, vuelve ilegítimas las formas institucionales y los modos de racionalidad en cada uno de los contextos, en el entendimiento de que tales formas y modos promueven la violencia en vez de la argumentación, el acallamiento en vez de la comunicación, el extrañamiento en vez de la solidaridad”.

La verdad es que los funcionarios tenemos que hacer “alcaldadas” pues primero que todo hay que hacer respetar a los niños. ¿Cómo va a ser posible que unos padres sustitutos que viven hace 9 años juntos, que desean adoptar una niña a la que se han apegado y le han dado todo el amor del mundo, puedan correr el riesgo de perderla, cuando el comité de adopciones encuentre que al señor le faltan 3 meses para cumplir el requisito de haberse separado formalmente de la primera esposa? Habrá que hacer algo. Abogada Subdirección de Protección.

- ◊ “Más allá de un límite crítico socialmente definible, una mayor participación en una visión moral y política, es mejor que un aumento en el bienestar material. El *know how* técnico es imprescindible, pero el sentido conferido por el *know how* ético, como tal, tiene prioridad en la argumentación”.

Más que bienestarina lo que esos indígenas pedían era que se les reconociera que ellos sí tenían necesidad como familias y que era necesario que se los incluyera en el programa. Se sintieron más felices de que les reconociéramos que efectivamente tenían derecho, que con la comida misma. Directora ICBF Arauca.

- ◊ “Los límites y las deficiencias de los saberes locales nunca justifican el rechazo *in limine* de éstos, porque eso significa el desarme argumentativo y social de cuantos son eficaces en ellos”.

A las niñas recién nacidas no les duele que les quemen el clítoris con un tizón. El clítoris grande las hace como un caballo que no se puede controlar. Indígena Paez.

¡Hablemos de esto compañeros! Dice el antropólogo.

- ◊ “Si el objetivo es ampliar el espacio de comunicación y distribuir más equitativamente las competencias argumentativas, los límites y las deficiencias de

cada uno de los saberes locales, se superan, transformándolos por dentro, interpenetrándose con sentidos producidos en otros saberes locales, que se desnaturalizan a través de la crítica científica. Es fundamental que esa transformación ocurra en el seno de cada uno de los contextos estructurales: doméstico, de la producción, de la ciudadanía, de la mundialidad, para que pueda ocurrir en los demás contextos de interacción, en cada momento, hechos, deshechos, rehechos, en nuestra sociedad”.

La difusión de la información necesaria de conocer por parte de las autoridades indígenas para la construcción de la sociedad multicultural, ha implicado esfuerzos desde diferentes frentes institucionales. La Procuraduría General de la Nación, por ejemplo, viene trabajando asiduamente en la difusión de la información necesaria y útil en las comunidades indígenas, como también lo vienen haciendo organizaciones no gubernamentales. El siguiente ejemplo así lo demuestra.

Aunque culturalmente muchos pueblos de Colombia han utilizado la pena de muerte para erradicar la fuente de los males, en Colombia a partir de 1991, con la nueva Constitución, se ha prohibido radicalmente esta práctica que en un momento histórico podía ser argumentado como “error condicionado culturalmente”. Hoy ningún colombiano puede transgredir los llamados mínimos jurídicos. Audioteca para pueblos indígenas de Colombia. Embajada de Holanda¹⁰⁵.

(...) Todas las muertes ocurridas en la vereda El Tablón han sido motivadas por la competencia y el mal uso de la Medicina Tradicional entre los mismos comuneros, que como consecuencia ha traído venganzas, muertes de adultos y niños, con complicidad de la comunidad. No es aceptable que la comunidad dé el visto bueno ante un homicidio con el solo argumento de que era brujo, porque se viola el Derecho a la vida y los Derechos Humanos. El comunero Juan Medina Rivera en calidad de profesor, ofendió al Cabildo y violó la norma que dice que nadie puede hacer bulla, ni reírse cuando se está corrigiendo a un comunero, porque este acto es sagrado e inviolable, que se castiga de la misma forma como se está castigando al comunero o según decisión del cabildo. Ninguna comunidad puede tomarse la autoridad de hacer justicia o pasar por encima de la autoridad máxima, porque todos son parte del Resguardo, regidos por la Legislación Indígena de 1890 y el art. 246 de la Constitución Colombiana (...). Aparte de sustentación de las autoridades indígenas del Resguardo de Jambaló¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. Constitución Política de 1991; 2. Desarrollos constitucionales y jurisprudencia; 3. Mínimos Jurídicos obligatorios para todos los colombianos. Parcomún - Embajada de Holanda 1999, Bogotá.

¹⁰⁶ Este extraordinario documento me fue dado a conocer por el antropólogo del ICBF Oswaldo González en Popayán, Cauca, en Julio de 1999. La “sentencia” muestra la capacidad de cambio de un pueblo, al introducir el mínimo jurídico del derecho a la vida para los brujos.

- ◊ “La ampliación de la comunicación y el equilibrio de las competencias apunta hacia la creación de sujetos socialmente competentes. Los mecanismos de poder tienden a alimentarse de la incompetencia social y por tanto, de la objetivación de los grupos sociales oprimidos, por lo que la aplicación edificante de la ciencia corre un doble riesgo. Por un lado, sabe que sus objetivos son alcanzables exclusivamente con base en la ciencia y en la argumentación”. (Y por el otro?)

El proyecto de protección a niños, niñas y jóvenes indígenas no puede realizarse sin la participación como homólogos de las autoridades indígenas. Son ellos los que tienen que ir definiendo porqué, cómo y qué, ya que aunque al comienzo haya necesidad de hacer ajustes, sí debe estar claro que sin ellos el Instituto no puede trabajar y es anticonstitucional. Es importante recordar cómo fue que a partir de los encuentros con autoridades, el programa se cualificó, pues lejos de nosotros el tener idea de qué hacer en ciertos casos. Funcionario ICBF Sede Nacional

- ◊ “Hay intereses materiales y luchas entre clases y otros grupos sociales que usan diferentes medios para imponer lo que les beneficia”.

Aquí en el Chocó, en 1997, el Instituto ha preferido a los niños indígenas; el presupuesto que ellos tuvieron fue superior al de los niños negros. Madre negra.

El equipo investiga el presupuesto y cada niño indígena obtuvo mil pesos (\$1.000) por año para ser atendido. El Chocó es el departamento más pobre de Colombia.

La construcción del Estado Social de Derecho nos orienta y obliga a modificar presupuestos institucionales para que los grupos humanos en Colombia, que por diferentes razones fueron excluidos de la justicia material, hoy puedan ir alcanzando la igualdad real. Ciro Angarita Becerra, 1993.

El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentran en circunstancias de inferioridad, bien de manera directa, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa adoptando medidas a favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Sentencia C-237 de 1997, Corte Constitucional.

- ◊ “Por otro lado, la aplicación edificante tiene, en esta fase de transición paradigmática, que partir de los consensos locales que crean más conflicto, en resultado del mayor esclarecimiento de las razones contingentes que sustentan mucho de lo que surge como socialmente necesario. Este conflicto es visto como condición de la ampliación del espacio

de comunicación y del ensanchamiento cultural, ético y político de los argumentos utilizables por diferentes grupos”¹⁰⁷.

Ellos reclaman que el rubro asignado para el Resguardo no se compadece con las necesidades porque la guerra está ahí y los ha desbaratado... la realidad es que es indispensable que reciban apoyo. Yo creo, doctor, que la medida hay que echarla para atrás porque ellos de verdad nos necesitan; le ruego no continuar con esa medida porque la situación es grave y se empeoraría. Trabajadora Social Caquetá Regional ICBF.

- ◊ “Dentro de la misma comunidad científica, la Aplicación Edificante prospera. Los científicos apostados en ella luchan por el aumento de la comunicación y de la argumentación en el seno de la comunidad científica y luchan, por eso, contra las formas institucionales y los mecanismos de poder que en ella producen violencia, acallamiento y extrañamiento”.
- ◊ “Pero, además de eso, la transformación de los saberes locales ocurre con la transformación del saber científico y con ésta ocurre la transformación del sujeto epistémico, del ser científico. Porque la aplicación se contextualiza, tanto por los medios como por los fines y porque le preside el *know how* ético”.

(...) Este despacho resuelve abstenerse de dar aplicación al contenido de los arts. 193 y 201 del Código del Menor; por cuanto consideramos que la solución efectiva del presente asunto no se encuentra en la aplicación fría y calculada de unas normas, sino en la protección oportuna y real del Estado en beneficio de quien no tiene capacidad para responder por sí mismo, precisamente por su grado de deficiencia. Por tal razón, nadie más indicado que su familia y el Estado para continuar brindándole la protección; pero, desafortunadamente, no cuenta con la ayuda de su familia (...) Ante esta situación sólo nos queda tocar las puertas del Estado (...) para que sea posible la recuperación de Melino Ascue, quien requiere una atención especializada por fuera de toda discusión científica, presupuestal, o jurídica. Andrés Silva Iragorri. Juez Promiscuo de Caloto Cauca.

¹⁰⁷ OLAYA RODRÍGUEZ, Ana Margarita. En comentarios al borrador de este libro. Como puede verse en los apartes que citamos, los científicos, apostando en la realización de una nueva sociedad más justa, difunden los alcances de quienes como el Juez Promiscuo de Caloto Cauca, no escatima esfuerzo para luchar por los derechos de un joven, loco, asesino de su madre y con graves problemas de salud. Toda su argumentación y sustentación es edificante.

- ◊ “El científico edificante tiene que saber hablar como tal y como no científico dentro del mismo discurso y, complementariamente, tiene que saber hablar como científico en los diversos discursos locales, propios de los distintos contextos de aplicación”¹⁰⁸.

Deseo, entonces, que se entienda bien el fondo del asunto, y no tan superficialmente como ha sido tratado por el ICBF, sino como el compromiso de unos derechos fundamentales y prestacionales que asisten a este colombiano y que el ICBF, por más respeto que nos merezca, como que fui Defensor de Familia del Centro Zonal de Protección Especial de Popayán, perteneciente a la regional Cauca, no puedo desconocer amparado simplemente en sofismas de distracción de “la mayoría de edad” y de la “carencia de presupuesto”, por cuanto no se puede ignorar que este es un caso de ribetes extraordinarios que exigen una solución pronta y eficaz para obtener la rehabilitación e integración de un indígena e incapaz que se volvió mayor bajo la responsabilidad protectora del Estado Colombiano. Andrés Silva Iragorri. Juez Promiscuo de Familia Circuito Judicial de Caloto.

- ◊ “Pero si en la comunidad científica como en cualquier otra, no hay seguros contra estos riesgos, es por lo menos posible determinar el perfil de los conflictos en que éstos acaecerían. La aplicación edificante no prescinde de aplicaciones técnicas, pero las somete a las exigencias del *know how* ético”.

Creo que es necesario asumir una posición no sólo científica sino humanitaria y ética que trascienda las explicaciones antropológicas desde la cultura, que le he informado, para afirmar que los niños Uwa deben regresar con sus familias; no sé si usted lo valore, doctora, pero también es mi posición como mujer y como madre y puedo sentir con ellos, sus padres, el dolor que entraña por ser pobres y no poder estar al lado de sus hijos. Esther Sánchez Perito antropóloga. Caso Uwa.

- ◊ “Por el contrario, la aplicación técnica es más radical y prescinde militarmente del *know how* ético”.

¹⁰⁸ Esta transformación, dice Santos, no puede ser exigible en pleno y sin contradicciones al científico individual. La reflexibilidad, para tener algún peso, debe ser colectiva. Pero, además de eso, la transformación es propiciada por nuevas formas de organización, por los medios alternativos de premiar la excelencia del trabajo científico. Estas formas alternativas chocan con la materialidad y la resistencia de las soluciones vigentes. Y también aquí se verifican los dos riesgos anteriormente señalados: no es posible controlar por medio de la ciencia edificante, las consecuencias del aumento del conflicto que ella promueve en esta fase de transición paradigmática; los resultados, además de irreversibles, pueden ser contraproducentes y dejar, por momentos, todo peor que antes. Y tampoco hay seguros contra esos riesgos.

2.4. Las instituciones toman decisiones de vida o muerte después de interpretar los hechos¹⁰⁹

Para concluir este capítulo, es importante internalizar que los profesionales, como miembros de las instituciones: a) definen lo idéntico y b) clasifican y toman decisiones de vida o muerte.

Las instituciones definen lo idéntico.

A un hospital sólo entran seres humanos para ser sanados. Un caballo no puede ser atendido en el hospital.

Las instituciones clasifican.

Las instituciones médicas identifican y clasifican a los enfermos y los separan de los sanos. Entre los enfermos clasifican a los enfermos de riñón. Entre los enfermos de riñón, clasifican a los que requieren diálisis. Entre los que requieren diálisis clasifican a los que la pueden pagar. Entre los que no la pueden pagar, clasifican los que por medio de la institución se beneficiarían de la diálisis... y a los otros.

Clasificar a *los otros* es consecuencia de un acto deliberado de vida o muerte. Las instituciones, en este caso las instituciones médicas, toman decisiones de vida o muerte.

Los Defensores de Familia y sus equipos técnicos traducen estas características institucionales frente a todos los casos, diferenciando si un caso indígena es o no idéntico a otros, para darle tratamiento idéntico o diferencial. También se examinará si se puede clasificar la situación como vulneración de un mínimo, de un derecho fundamental, y si las decisiones se orientan siempre a fortalecer la etnicidad y la cultura del pueblo o no.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *Peritaje antropológico para responder al ICBF y al Consejo de Estado frente a la tutela interpuesta por la Defensoría del Pueblo para proteger los derechos fundamentales de los niños Nukak Makú*. Bogotá, 1998.

CAPÍTULO 3

CONOCIMIENTO APLICADO A LOS CASOS DE PROTECCIÓN

El estudio de casos presenta una realidad tal como se da en su medio e ilustra los aspectos importantes de la rutina diaria de un Defensor de Familia y su equipo técnico, o de las actuaciones o eventos extraordinarios. La estrategia de estudios de casos resulta de especial utilidad para evaluar y mostrar lo que está ocurriendo, desde los análisis sustantivos hasta los procedimentales; los elementos, relaciones y dinámicas sobresalientes. Busca aumentar y potenciar el impacto de los hallazgos para captar realidades de un programa como medio de las operaciones o de los resultados mismos.

El estudio de los casos permite simplificar los datos a considerar perfilando la información esencial, de modo que se logren mejor los propósitos buscados. Su ilustración permite elucidar los significados de los hallazgos esenciales y sus relaciones, fundamentalmente con un sentido cualitativo, que eleve la utilidad del mismo para poder servir de ejemplo de una manera estructural, a situaciones similares.

Los casos que a continuación van a ser expuestos y analizados buscan *explicar* los nexos causales en intervenciones de la vida real; *describir* el contexto de la situación real en que tuvo lugar una intervención; *documentar* la intervención misma, con respecto a la mirada desde el ámbito de la cultura particular y desde la nacional; y *explorar* las actuaciones administrativas y/o judiciales en sus efectos positivos y, también, donde no ha producido ningún resultado.

Quienes toman las decisiones en los programas de protección, en las distintas instancias, necesitan ejemplos específicos, con el fin de mejorar sus actuaciones y la prestación de los servicios.

3.1. La argumentación jurídica de los Defensores de Familia¹¹⁰

Las decisiones con las que los Defensores de Familia ponen fin a una disputa o a un conflicto en torno a la suerte que deben correr los menores indígenas que están bajo su protección, son decisiones de orden jurídico con trascendencia social y cultural. Una decisión de carácter jurídico se expresa en un enunciado normativo aplicable al caso particular que está pretendiendo regular y resolver. El Defensor de Familia dirá, por ejemplo, “el menor X es declarado en situación de abandono y, en consecuencia, se ordena la iniciación de los trámites para darlo en adopción”. Del mismo modo, la argumentación que sustenta esta decisión es de carácter jurídico. Lo característico de la argumentación jurídica es que se construye a partir de razones o sea de fundamentos, cuya coherencia es

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Este capítulo se inspira en las ideas sobre argumentación jurídica expuestas fundamentalmente en este libro.

evaluada dentro del marco que fija el ordenamiento jurídico vigente. Dicho en otras palabras; la proposición normativa que dice “el menor X se declara en situación de abandono” debe estar justificada, sustentada, o motivada suficiente o correctamente a la luz de las premisas normativas tanto constitucionales como legales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano y aducidas como aplicables al caso por el Defensor de Familia.

Lamentablemente, los Defensores de Familia consideran que las únicas normas vigentes y aplicables a los casos de protección de menores indígenas son las contenidas en el Código del Menor, cuando lo cierto es que, a partir de julio de 1991, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales a los pueblos indígenas -en su condición de distintos y de nuevo sujeto colectivo- son de imperativa aplicación. Es más, en virtud del art. 4 de la Carta que establece que: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, debe afirmarse que éstas han de ser aplicadas incluso en contra del tenor literal de una norma del Código del Menor o de otra ley, si el caso de protección así lo amerita. En síntesis, la argumentación jurídica de las decisiones de los Defensores de Familia, para ser correcta, debe dar cuenta tanto de las normas constitucionales aplicables, como de las legales que regulan los casos de protección.

Con todo, la argumentación de los Defensores de Familia que se basan y sustentan en normas legales y constitucionales relevantes, no se puede calificar fácilmente de “correcta” o “incorrecta”, dado que las decisiones jurídicas que se adopten en los casos de protección en general, y en los de protección de menores indígenas en especial, exigen superar al menos cuatro situaciones: 1) la vaguedad de las normas jurídicas tanto legales como constitucionales aplicables; 2) la posibilidad de que se manifiesten conflictos culturales y normativos; 3) la existencia de vacíos normativos frente a casos y situaciones concretas; 4) la posibilidad de decidir, incluso en contra del tenor literal de una norma legal, en casos especiales, particularmente cuando se dan conflictos culturales y normativos.

La existencia de vacíos normativos.

El ejemplo de Karembe, niña Wayu, que interpone Acción de tutela, para que se le proteja el derecho al desarrollo de la libre personalidad y a la educación, entra en conflicto con el derecho que tiene el pueblo Wayu de obligarla a retornar a la ranchería y casarse por matrimonio prescrito con un varón de otro clan que entregaría una importante dote con el fin de equilibrar económicamente a los miembros de su propio clan y sobre la base de la autoridad del tío materno; el caso es elocuente. A pesar de que ninguna norma jurídica ni acto administrativo autorizaba de manera concreta al Defensor de Familia para suministrar una dote a la familia de una niña Wayu de 13 años, a fin de impedir que ella tuviera que casarse según las costumbres de su pueblo, y pudiera continuar estudiando, el Defensor de Familia de la Guajira creó para el caso concreto esa salida, con la cual justificó jurídicamente su actuación.

Otro Defensor de Familia, ante el mismo vacío, pudo haberse mostrado indiferente a los conflictos culturales que motivaban la solicitud de matrimonio que planteaba la familia, y pudo simplemente haber declarado en abandono a la menor, basado en una interpretación de la premisa normativa del art. 31, num.2, del Código del Menor, que sostuviera que los

padres de Kareme incumplían la obligación básica de suministrarle educación formal. Es decir, frente a la presencia de un vacío normativo, la discrecionalidad del Defensor de Familia crece y también se incrementa la gama de posibles decisiones, aumentando a su vez la incertidumbre acerca de cuál es la decisión correcta para el caso, desde el punto de vista del ordenamiento vigente.

Posiblemente, los criterios que se aportaron para diferenciar entre una aplicación técnica y una edificante del derecho, suministren pautas para valorar la mayor “corrección” de la decisión del Defensor de la Guajira, frente a la decisión imaginaria del segundo Defensor de Familia que hubiera declarado a la niña en abandono. Sobre la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma legal, ya se escribió en lo relacionado con el art. 4 de la Constitución. Lo que importa destacar en este aparte es justamente, que los contenidos constitucionales así como los legales, por ser indeterminados, son bastante ambiguos, lo que dificulta decir la última palabra acerca de cuál decisión jurídica es más correcta. Sin embargo, dado que las normas constitucionales, especialmente las referidas a derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas, son parte del repertorio de normas que los Defensores de Familia deben tener en cuenta para la solución de disputas sobre la suerte de los menores indígenas. La argumentación jurídica de los Defensores de Familia debe tener en cuenta la aplicación de las reglas de interpretación y de dogmática sentadas por la Corte Constitucional.

3.1.1. La justificación interna y la justificación externa

La justificación que deben ofrecer los Defensores de Familia, como decisiones jurídicas, puede ser de dos tipos: *interna* y *externa*. La justificación interna estudia si la decisión se deduce lógicamente de las premisas normativas que el Defensor de Familia adujo como aplicables al caso; la meta de la justificación externa es estudiar si las premisas normativas de las cuales partió el Defensor de Familia son correctas.

Para ilustrar la diferencia entre uno y otro tipo de justificación, un buen ejemplo lo ofrece el caso de un Defensor de Familia que respecto a la *justificación interna* deduce del num. 2 del art. 31 de Código del Menor, que se entenderá que un menor se encuentra en situación de abandono cuando las personas que por ley deben responder por él no existan o, existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. La decisión declara en abandono al menor X, porque silogísticamente, “lógicamente”, este artículo le proporciona los elementos para definir la situación. La *justificación externa*, cuestiona si la premisa del Código del Menor es correcta y, más específicamente, si la interpretación que de ella puede hacerse también lo es.

Para ilustrar los rasgos característicos de la argumentación jurídica que deben aplicar los Defensores de Familia al decidir las situaciones complejas de los menores indígenas en situación irregular, profundizaremos en el caso de los mellizos Uwa.

El caso

Una costumbre del pueblo Uwa dispone que los niños que sean producto de un parto múltiple deben ser excluidos de la comunidad. La exclusión ha consistido tradicionalmente en abandonarlos para que *la naturaleza los recoja* en el lugar en el que nazcan, o colocarlos en hormigueros, lo que por lo general significa su muerte. La señora Marciana Aguablanca y su esposo Arturo, al estar esperando su quinto hijo, acudieron como es tradición donde el cacique quien enterado inicia un trabajo espiritual para que todos se encuentren bien protegidos: padre, madre, hermanos, comunidad y el bebe por nacer. Frente a la sospecha de que ella tendría un parto múltiple, lectura que se hace a partir del comportamiento asumido, decidieron ella y su esposo, al momento de los síntomas para que nacieran los niños, salir de su casa en la noche y caminar a Saravena, no avisar al cacique que como es costumbre -llegado el tiempo del alumbramiento- debe realizar ayuno y hacer un trabajo espiritual más intenso.

Después de dos días de camino, se presentan al hospital de Saravena para que un médico atendiera el parto. El 11 de febrero de 1999 nacieron un par de gemelos, una niña y un niño, que tres días después fueron dejados en el hospital por sus padres. Antes de partir a su pueblo, el padre firmó una nota redactada por una enfermera. En esa nota Arturo Aguablanca autorizaba al centro de salud “para que realice gestiones legales de adopción” de sus hijos ya que “por razones culturales no pueden quedarse junto con su familia”. Adicionalmente, en esa nota firmada por el padre, éste manifestaba renunciar “a todos los deberes y derechos sobre los menores”. La madre nunca expresó su voluntad al respecto, por cuanto no habla castellano. El padre, con un dominio limitado del castellano, no redactó personalmente la nota en la que autoriza la adopción de sus hijos. Es decir, muy posiblemente Arturo Aguablanca no entendió el alcance de lo que estaba autorizando. Del mismo modo, la enfermera que recibió a los niños tampoco entendió las señales de lo que los padres le estaban queriendo decir. Lo que ellos realmente deseaban, según pudieron aclararlo después, era dejar sus hijos a salvo mientras se realizaba la purificación que ordenaba la tradición para padres de gemelos, y mientras consultaban con las autoridades Uwa si les permitían, en contra de la costumbre, conservar y acoger a los niños.

La Defensora de Familia del Centro Zonal ICBF Saravena abrió auto de investigación el 16 de febrero de 1999 al recibir los niños llevados por la enfermera, y, entre otras pruebas, solicitó concepto a las autoridades tradicionales Uwa, invocando como fundamento para ello el art. 21 del Código del Menor. A esa solicitud las autoridades Uwa respondieron diciendo que necesitaban un plazo de siete meses para ayunar y consultar sus dioses, y así poder decidir definitivamente. Solicitaban que los niños permanecieran bajo Protección del ICBF en Saravena. Sin embargo, ante la presión ejercida por los medios de comunicación, que difundieron la noticia ampliamente y con fuertes críticas a la cultura Uwa, el 3 de marzo de 1999, la Defensora de Familia de Saravena ordenó el traslado de los menores a Bogotá, justificando esa decisión con el argumento de que la permanencia de los niños en Saravena afectaba su estabilidad emocional. Es importante precisar que la medida de colocación familiar de que trata el art. 57 num. 3 y el art. 73 y ss. se mantuvo al ser trasladados los niños y se solicitó a la Defensora de Familia de Barrios Unidos ubicarlos y efectuar su seguimiento. La Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos de Bogotá recibió a los menores y ordenó ubicarlos en la Casa de la Madre y el Niño, entidad que desarrolla el programa de adopción. Días después, los responsables de esa institución

manifestaron a la Defensora de Familia que los niños habían sido hospitalizados, uno por padecer de neumopatía, y la niña por padecer de Síndrome de Coqueluche.

El 9 de junio de 1999, cuatro meses después, la representante legal de la Casa de la Madre y el Niño en calidad de agente oficioso, interpuso acción de tutela a favor de los menores y contra las autoridades tradicionales Uwa y el ICBF, argumentando que la demora en la definición de la situación legal de los niños los perjudicaba por cuanto no podían ser dados en adopción, ni regresar al seno de su familia. Trece días después, el 23 de junio, la sala civil de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta consideró que en este caso, efectivamente, se estaban violando los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la salud y la familia de los menores, y ordenó al ICBF que en el término de 48 horas continuara con la definición legal de la situación de los menores, es decir, que no debían esperar por siete (7) meses la respuesta de las autoridades Uwa. En consecuencia, la Defensora de Familia de Saravena solicitó el concepto técnico del centro zonal, y tanto el psicólogo como la nutricionista y el coordinador conceptuaron que lo que convenía a los niños era ser dados pronto en adopción para que así gozaran de una familia que les suministrara los bienes básicos que la familia y el pueblo Uwa les estaba negando. Así, el 30 de junio de 1999, mediante Res. 161, la Defensora de Familia de Saravena declaró en situación de abandono a los menores Uwa y ordenó la iniciación de los trámites para su adopción.

El presidente del Cabildo Mayor Uwa, impugno la decisión adoptada por el Honorable Tribunal y el 3 de agosto de 1999 la sala de casación civil y agraria de la Corte Suprema de Justicia confirma la decisión del Honorable Tribunal de Cúcuta. En cumplimiento del fallo de Tutela del juez constitucional (...) y en su lugar ordenó que los menores retornaran al seno de la familia y de su comunidad. El 5 de noviembre de 1999, la sala de revisión de Tutelas de la Honorable Corte Constitucional decreta la práctica de varias pruebas con el fin de proceder a sustentar su decisión.

3.1.2. La argumentación

La Defensora de Familia de Saravena justificó su decisión con el argumento de que los padres de los menores Uwa los habían entregado al centro de salud y que, además, estaba probado que una costumbre de esa comunidad impedía que niños gemelos pertenecieran a ella, lo cual implicaba entender que los niños estaban en peligro y en “situación clara de abandono” (Res. 161 de 1999, a folio 3), según la premisa normativa del artículo 31 del Código del Menor, ya que, a pesar de que los padres de los menores existían habían incumplido con la obligación de velar por los niños. La Defensora no aduce con claridad que su fundamento fuera el num. 2 del art. 31, pero por sus palabras así se entendería. Veamos, según los criterios arriba expuestos, qué tan “correcta” fue esta argumentación.

3.1.3. Justificación interna

Recordemos que la justificación interna estudia si la decisión se deduce lógicamente de las premisas normativas que el Defensor de Familia adujo como aplicables al caso. Aunque no explícitamente, la defensora adujo como premisa normativa de su decisión una interpretación de los supuestos fácticos del num. 2 del art. 31 del Código del Menor, según

la cual el acto realizado por los padres Uwa, consistente en dejar los niños gemelos en el centro de salud y manifestar su imposibilidad de tenerlos por razones culturales, tipifica la situación de abandono descrita en esa norma legal. De esa premisa se colige sin dificultad, la decisión de declarar a los menores en abandono y ordenar su adopción. La medida está correctamente justificada desde un punto de vista interno. Pero, ¿era ésta la única premisa normativa relevante? Y, además, ¿es la premisa de la argumentación de la Defensora de Familia la única interpretación admisible o la más adecuada? El estudio de estas preguntas corresponde a la justificación externa de la argumentación jurídica de la Defensora de Familia.

3.1.4. Justificación externa

La justificación externa debe dar cuenta de la “corrección” de la premisa argumentativa de la Defensora de Familia. Para el caso concreto, debe examinarse si el hecho de que los padres Uwa hayan dejado a sus hijos mellizos en el centro de salud de Saravena, mientras consultaban con las autoridades tradicionales de su comunidad si les permitían a los niños vivir a su lado, a pesar de que una costumbre los excluyera por ser mellizos, puede ser entendido como “abandono” en los términos del art. 31 num. 2 del Código del Menor, o si, por el contrario, teniendo en cuenta que los padres dejaron a los niños en un lugar seguro y que las autoridades tradicionales Uwa solicitaron expresamente al ICBF que continuara protegiendo a los menores mientras que ellos daban una respuesta definitiva, los actos de los padres y de las autoridades pueden tomarse como la voluntad de solicitar una ayuda temporal de asistencia para los menores, y de solicitud expresa de protección del Estado, requerimiento que es necesario acatar de conformidad en la premisa jurídica de los incs. 2 y 3 del art. 44 de la Carta Política. En otras palabras, el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna¹¹¹. Siempre que la decisión esté afectando un derecho fundamental de un pueblo indígena, como sujeto colectivo de derecho, las premisas de las que parten los Defensores de Familia para llegar a esa conclusión se justifican, conforme a las reglas de interpretación y a la dogmática sentada por la Corte Constitucional: a) prevalencia de las normas constitucionales sobre las legales (art. 4 C. P.); b) mandato de proporcionalidad a la hora de restringir estos derechos; c) doctrina del núcleo esencial, que limita las restricciones que se pretendan imponer a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas; d) regla de que sólo los cuatro mínimos jurídicos pueden limitar el derecho fundamental de autonomía reconocido en cabeza de las autoridades propias de cada pueblo y; e) regla de que los menores que sean miembros de pueblos indígenas merecen un trato diferente por parte de los funcionarios de Bienestar Familiar durante el trámite del proceso administrativo de protección, por pertenecer a una minoría étnica y cultural protegida constitucionalmente; interés superior del niño y derecho indeterminado de la cultura. Esta visión es edificante.

3.2. Aplicación de la prevalencia de las normas constitucionales sobre las legales

Es pertinente exaltar las tradiciones en las cuales las nociones acerca de la constitución y de su papel en la regulación de la vida del Estado colombiano ha variado. La primera de estas tradiciones está influida por la revolución inglesa que lucha contra la soberanía excluyente

¹¹¹ Ibid. p. 222

del rey, para ceder soberanía al parlamento, y la segunda nace de la resistencia de las nuevas colonias para rechazar los altos impuestos para Inglaterra. El objetivo en esta tradición es el equilibrio de poderes y el control judicial. Otorga políticamente relevancia a los sistemas de gobierno a las leyes y da primacía el valor de la libertad por encima de la igualdad. La justicia material por sobre la ley formal, y gracias a la Constitución siempre ha tenido gran relevancia y prevalencia sobre la ley. La segunda tradición se gesta con la revolución francesa y aspira a erigir un nuevo orden que deponga los privilegios de la nobleza. El poder constituyente, es central en esta tradición o sea la elección de ciudadanos que participen con poder decisario en la proyección de la sociedad que desean, es decir con la voluntad general, como medio de garantizar y limitar el poder político que se extendía incluso a la definición e imposición del Derecho. Este modelo de Estado, otorga valor a la seguridad jurídica frente a cualquier miramiento de justicia material. Bajo estos parámetros la Constitución no tiene un carácter normativo sino que es percibida como el conjunto de aspiraciones de la sociedad y que se plasman en la Constitución. Como marco de direccionalidad y siendo indeterminada como formalidad requiere de las leyes para ser realizada.

Antes de la Constitución del 91 el legislador ordinario se instituía en dueño absoluto de los contenidos sustantivos de la Constitución, pudiendo desarrollarlos con mayor o menor amplitud, o incluso, arrinconarlos o vulnerarlos, sin que los ciudadanos o cualquier órgano del Estado fueran capaces de reprocharle tal comportamiento. Pero la existencia de la Acción de Tutela obligan al cambio del modelo del Estado de derecho, legalista y formal que mantenía profundas desigualdades sociales producidas por un sistema que no se preocupaba por alcanzar la igualdad real. El paso a un Estado Social de derecho que parte de la existencia real de las diferencias y que tiene como metas producir cambios para alcanzar esa igualdad, es la nueva concepción bajo la cual la Constitución tendrá un papel central. Se transforma en la norma encargada de regular las estructura del Estado, que tiene como deber fundamental materializar sus contenidos. Estos contenidos pueden ser definidos como: reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, que se alzan y son superiores al poder de cualquier Estado.

Restricción de los poderes públicos con la determinación de proteger estas garantías.

Los efectos de un Estado Social de Derecho buscan hacer verdad el cumplimiento de los derechos y de las normas del ordenamiento jurídico. Al estar supeditados a la Constitución esta puede ser exhortada por todos los colombianos. Por medio del control de constitucionalidad, es posible garantizar ese ajuste entre la legislación y la Constitución. En este sentido, el control impreciso que tiene la Constitución, es particularmente importante para conseguir ese objetivo, ya que es posible que no sea únicamente el tribunal constitucional sino además el resto de autoridades judiciales, las que están en capacidad de detectar las disposiciones que contraríen el texto constitucional

La interpretación de la ley y de la Constitución no pueden consideradas metodológicamente equivalentes, pues aunque los métodos tradicionales de interpretación pueden utilizarse, se muestran limitados o recortados para aproximarse a la voluntad del constituyente. Al no existir una filosofía preexistente por ejemplo para la construcción del Estado multicultural,

los métodos clásicos carecen de una sustancia ajustada.

La Defensora de Familia de Saravena no adujo como premisa normativa de su decisión ninguna norma constitucional a favor de la diversidad étnica y cultural, pese a contarse con normas constitucionales directamente aplicables al caso. Debido a la presión a la que fue sometida por la orden de tutela promovida por la representante legal de la Casa de la Madre y el Niño, quien defendía su interés para poder dar en adopción a los menores, sí adujo como premisa normativa las normas constitucionales de derecho a la vida (arts. 11 y 44), a la salud de los niños y a la familia (arts. 42 y 44), pero no las confrontó con otras relevantes como el derecho al autogobierno, el de autodisposición o sea la posibilidad que el Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia, reconoce a favor de las autoridades indígenas (art. 246 C.N.), como el derecho y deber de los padres a suministrar afecto, protección y cuidado a sus hijos (art. 46 C.N.), y el derecho de los niños a crecer y a formarse en el seno de su propia cultura (art. 44 en concordancia con el art. 70 de la Constitución). De haber tenido en cuenta estas normas, ha debido argumentar, por qué razón consideraba que estos derechos cedían frente a los derechos a la salud y a la vida de los menores. Es más, hubiera tenido que probar que tanto la vida como la salud de los menores estaban en realidad bajo riesgo grave por el hecho de no ser dados en adopción pronto, lo cual no se probó.

En síntesis, su argumentación sustancialmente fue incompleta y desconoció el mandato constitucional de aplicar las normas de derechos fundamentales directamente y de manera preferencial frente a las normas legales contrarias. Solamente aplicó la norma legal del num. 2, art. 31 del Código del Menor. La aplicación que hizo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a una familia, no fue correctamente justificada ni ponderada frente a otros derechos fundamentales aplicables y cuya decisión estaba afectando. El hecho de que la Acción de Tutela le estuviera indicando que una decisión demorada podría afectar a los menores, no necesariamente le indicaba que tuviera que proceder a dar en adopción a los niños. La Defensora de Familia también hubiera podido advertir de inmediato a las autoridades Uwa que, si en un plazo menor no se pronunciaban, y dado que la salud de los menores requería que ellos estuvieran pronto en un seno familiar favorable, los declararía en abandono. De esa manera, por ejemplo, hubiera mostrado en su argumentación que tenía en cuenta derechos fundamentales de los padres y del pueblo Uwa.

3.3. Aplicación de proporcionalidad

Dado que la Defensora de Familia no aplicó las normas constitucionales que reconocen al pueblo Uwa como un sujeto de derecho distinto al sujeto individual y que este pueblo tiene derechos colectivos, tampoco aplicó el principio de proporcionalidad. Este principio indica que a la hora de restringir un derecho fundamental, el funcionario debe hacerlo de manera proporcional al fin que se propone alcanzar. Es decir, la Defensora de Familia de Saravena debió haberse preguntado si con su decisión estaba restringiendo algún derecho fundamental de los padres o del pueblo Uwa, y si lo hacía de manera proporcional con respecto al fin de proteger la vida y la salud de los niños. En la Res. 161 de 1999, la Defensora de Familia restringió el derecho de autonomía de las autoridades Uwa afirmando que, con el fin de proteger la vida y la salud de los niños, los Uwa no podían tomarse un plazo de siete meses para decidir sobre si modificaban o no su costumbre¹¹². Y la decisión

¹¹² Textualmente la Defensoría de Familia, considerando que este plazo era demasiado amplio para los términos del Código del Menor, los cuales son de días" (Res. 161 de junio 30 de 1999, p. 2), olvidó que una medida de protección como la colocación familiar de conformidad con lo

que tomó fue la de declarar en abandono a los menores y ordenar la iniciación de los trámites para su adopción. ¿Es esta medida proporcionada frente al derecho de autonomía del pueblo Uwa?

El test de proporcionalidad, como ya se mencionó conceptualmente, impone al funcionario que restringe un derecho fundamental el deber de hacerse tres preguntas:

1. ¿Es el objetivo perseguido con la medida restrictiva legítimo a la luz de la Constitución?
2. ¿Es la medida adecuada para alcanzar el fin perseguido?
3. ¿Es la medida escogida necesaria?

En este caso, el objetivo perseguido -defender la vida y la salud de los menores- es un fin legítimo a la luz de la Constitución (arts. 11 y 44). La medida escogida, la de declarar en situación de abandono y así poder dar en adopción a los menores es con seguridad una medida adecuada para alcanzar el fin, puesto que empíricamente, el hecho de que una familia con recursos afectivos y económicos se encargue de los niños, protegerá su vida y su salud, sin que entre en cuestión o en tensión la defensa de sus raíces, orígenes, cultura, identidad costumbres, afectos, entre otros. Pero, ¿es la medida necesaria?, es decir, ¿es la única alternativa posible? ¿No existe acaso también la posibilidad de cooperar con las autoridades Uwa para que los niños puedan reintegrarse? Los hechos posteriores a la Res. 161 de 1999 indican que no era ésta una medida necesaria.

Las autoridades Uwa y los padres solicitaron la devolución de los menores tan pronto les fue notificada la resolución y manifestaron que ya no los discriminarían, es decir, expresaron que estaban en capacidad de tomar la decisión en un tiempo mucho menor y que, de hecho, la habían tomado modificando su costumbre. Por esta razón, la Directora Seccional de Arauca, con base en pruebas antropológicas que le permitían conocer y ampliar conocimientos desde otras disciplinas, revocó posteriormente “en todas sus partes”, la decisión de la Defensora de Familia y ordenó el reintegro de los menores “a su medio familiar, social y comunitario” (Res. 001 del 20 de septiembre de 1999, punto dos (2) de la parte resolutiva). En síntesis, la argumentación jurídica de fondo de la Defensora de Familia en la resolución en estudio, fue incompleta e “incorrecta” por no haber incorporado una de las herramientas dogmáticas y de interpretación: el test de proporcionalidad que ha fijado la Corte Constitucional para evaluar las medidas que restrinjan derechos fundamentales. Este test indica que la medida escogida por la funcionaria no era necesaria y, por lo tanto, no era proporcional.

3.4. Aplicación de la teoría del núcleo esencial

De la mano con la herramienta de la proporcionalidad, el concepto de núcleo esencial debe ser aplicado por un funcionario siempre que esté restringiendo un derecho fundamental. En nuestro ejemplo, la Defensora de Familia debió preguntarse si la restricción que impuso a la

preceptuado por el art. 74 del Código del Menor, si bien se debe decretar por el menor tiempo posible y aunque de manera preferente no debe exceder los seis (6) meses el definir la situación jurídica de un niño en situación de abandono o peligro, sí es prorrogable por causa justificada.

autonomía del pueblo Uwa no estaba tornando inocuo su derecho de autogobierno y, por tanto, no estaba afectando el núcleo esencial de ese derecho. En efecto, al no haber dado oportunidad alguna a las autoridades Uwa para pronunciarse frente a la urgencia de tomar una decisión con respecto a los niños antes de que se venciera el plazo de siete meses que ellos habían solicitado, la Defensora de Familia vació de contenido el derecho de autogobierno del pueblo, es decir, lo desconoció absolutamente, y tomó una decisión que afectaba a los padres de los gemelos, sin permitirles en absoluto que se expresaran contrariando lo preceptuado por los incs. 2 y 3 del artículo 44 de la Carta Política. En conclusión, la argumentación de la Res. 161 de 1999 es “incorrecta”, por no haber aplicado una herramienta dogmática que estaba obligada a aplicar: la herramienta del núcleo esencial como seguro a las restricciones de derechos fundamentales.

3.5. Aplicación de los mínimos jurídicos

Si la Defensora de Familia hubiera aducido en su argumentación el derecho fundamental de autonomía de las autoridades Uwa (para dar un ejemplo de derecho colectivo fundamental, relevante en este caso), hubiera debido fundamentar que ese derecho podía ser restringido siempre que con su ejercicio concreto –espera de siete meses para tomar la decisión que permitiría a los gemelos regresar a su comunidad o que los excluiría definitivamente– estuviera violando uno de los cuatro mínimos jurídicos que toda persona y toda comunidad étnica que habite en Colombia, sin excepción, debe respetar.

Habría tenido que argumentar, con mayor amplitud que como lo hizo, ¿por qué razón se estaba violando el derecho a la vida con ese lapso de espera? Posiblemente hubiera llegado a la conclusión de que es bastante difícil demostrar la amenaza o la violación del derecho a la vida de los gemelos por el hecho de tener que esperar siete meses en un hogar sustituto, o casa de adopciones, mientras que su comunidad decide sobre la validez o la modificación de la costumbre que los excluye. En síntesis, en este punto, la argumentación de la Defensora de Familia también resulta “incorrecta” e insuficiente.

3.6. Aplicación del trato diferente

Finalmente, por mandato del inc.2 del art. 13, en concordancia con el art. 7 de la Constitución, los menores indígenas merecen un trato distinto por parte de los Defensores de Familia, para que así su membresía cultural sea respetada y promovida. Con fundamento en este trato diferente, la Defensora de Familia bien pudo decidir esperar siete meses la respuesta de los Uwa, máxime cuando la medida de protección tomada, colocación familiar por mandato del art. 74 del Código del Menor, le da esta posibilidad. Este lapso de tiempo no hubiera sido necesario para otros padres y a otras comunidades cuyas características étnicas y culturales no lo ameritaran. El trato distinto debe expresarse en acciones que fortalezcan y beneficien a la comunidad indígena, no en actos que la perjudiquen. En conclusión, la argumentación en estudio padece de esta otra “incorrectión”: no argumenta por qué razones constitucionales no se suministraba a la comunidad Uwa el trato diferente que ella solicitaba. Es una decisión bien argumentada desde el punto de vista de la justificación interna, pero mal argumentada desde el punto de vista de la justificación externa; es decir, desde los fundamentos que no tiene en cuenta y que hubieran cuestionado

las premisas “técnicas” y no edificantes en que se fundamentó el razonamiento jurídico que sirvió de base para su decisión.

CAPÍTULO 4

INTRUMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO EN PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

Se evidencia con el proceso de construcción de una política pública de protección a niños indígenas un cambio cualitativo que potencia las finalidades y la misión de la institución. La característica particular de respeto a la diversidad cultural y al pluralismo jurídico implica que las decisiones deben formularse sobre la base de un nuevo modelo jurídico y de sociedad. Esta política se traduce por un lado, en cambios de visiones hegemónicas, y por otro, en la posibilidad de construir una infraestructura institucional que corresponda a un modo práctico de hacer las tareas para que den por resultado un verdadero cambio en el modelo. Este debe ser es analizable como un cuerpo de principios, y procedimientos que ordenan y clasifican las situaciones, los sujetos y las realizaciones de la protección pública.

Tanto las autoridades de estos pueblos indígenas, como los funcionarios que actúan con relación a estos casos de protección, requieren la implementación de decisiones políticas, criterios y medidas para definir los procedimientos funcionales que contribuyan de manera efectiva a la realización de esta política.

Con relación a los pueblos indígenas es necesario establecer:

Los sujetos afectados por la política pública.

Esto es, quiénes son los sujetos que deben entrar a protección del ICBF y por lo tanto, quiénes no deben ser sujetos de los procesos administrativos de protección.

Los criterios que den acceso a niños y niñas indígenas a los programas de protección.

La clase de casos especiales que requieren una aclaración.

Es decir, hay que determinar con bases jurídicas y humanitarias para desplazados por el hambre y la violencia desde países limítrofes y desplazados por la violencia del campo a las ciudades por el conflicto armado, para los cuales no existe ni jurisdicción, ni autoridad indígena que asuma la situación.

Los criterios diferenciados para actuar frente a situaciones particulares que ameritan un trato distinto.

Es necesario darles plazos distintos para ejecutorias, dados los largos desplazamientos, las maneras de conciliar tiempos incumplidos, los criterios para publicitar la presencia o pérdida de un niño en un territorio o la necesidad de traductor para la mayoría de indígenas. (art. 10 C.P.)

Los criterios para establecer nuevos marcos para la formalización de acuerdos.

El ICBF debe revisar, adecuar y actualizar muchas de las medidas y procedimientos administrativos, desde la planeación y la política, para posibilitar la acción efectiva de los funcionarios responsables de los programas.

Modificación de pautas para diseñar, apropiar y ejecutar los presupuestos.

Si el interés consiste en actuar de acuerdo con las comunidades para llevar a cabo realizaciones, lo cual es juzgado como prioritario y necesario, (por ejemplo, conocer la forma de vida de una familia o de una comunidad, o sus hábitos alimenticios en cuanto determinan las posibilidades o no de desnutrición), estos desplazamientos no pueden equipararse a una diligencia en la ciudad. Establecer condiciones reales, como medios de transporte, días de estadía, seguros especiales que tengan en cuenta una condición particular regional, es esencial como base material para el desarrollo de la misión de protección especial a los casos de niños indígenas, lo cual está asociado con gasto público, inversión social y gestión pública de resultados. No atender estos aspectos comporta el incumplimiento de la misión institucional.

Los equipos técnicos deben ser integrales.

Se debe contar con personal profesional según las áreas que verdaderamente intervienen en Protección. Ninguna de las profesiones que participan en este campo debe faltar; la concepción de trabajo debe ser intra y multidisciplinaria. Es similar este vacío al que se diera en una mesa de operaciones en el evento de que faltara el anestesiólogo, y entonces, la enfermera asumiera tal función. Los profesionales que participan y que están realizando las tareas específicas para potenciar sinergicamente la protección de un niño indígena, deberán adecuar muchos de los fundamentos, conocimientos y procedimientos con los cuales trabajan, para ejercer profesiones como el derecho, la nutrición, la psicología, el trabajo social y la antropología, acordes con enfoques transdisciplinarios. Éstas son medidas para que la política de protección a niños indígenas resulte coherente, estructurada y viable, con base en demandas reales de atención y de prestación del servicio público de Bienestar Familiar.

La integralidad del sistema de protección a niños y niñas indígenas no está relacionada solamente con la concepción, finalidad, contenidos y objetivos que se persiguen. El modelo de política pública institucional debe fundamentarse y basarse en las *readecuaciones del proceso administrativo de protección, de la ejecución de programas y la eficiente prestación de servicios*, dentro del marco constitucional que le muestre a la institución el camino que ha de tomar la Protección. Con base en este nuevo derrotero se deben proporcionar instrumentos generales indispensables y universales, adaptables según las particularidades regionales y según los pueblos indígenas que las habitan, para que las experiencias logren desarrollar competencias que eleven la calidad del servicio e incidan en un efectivo cambio de las viejas maneras de vinculación que en el ámbito nacional, regional y local se ha tenido con respecto a los casos de protección a niños indígenas. Para llevar a cabo tal empresa, la institución debe reconocer su papel innovador y para efectuar los cambios debe implementarse una nueva y también diferencial canalización de recursos apropiados que den juego real a los marcos constitucionales y normativos necesarios para el desarrollo de los procedimientos a seguir.

4.1. La Historia sociofamiliar, un micro-campo de investigación jurídico-social

La historia sociofamiliar diseñada a nivel nacional es un instrumento que puede adecuarse y potenciarse para registrar los casos de protección a niños indígenas, que, por provenir de diferentes etnias y culturas, requieren de un manejo diferencial de la información.

En las regionales y agencias del ICBF, el archivo de estas historias, adecuadamente llevadas, permitirá en el futuro el registro etnográfico, jurídico, socioeconómico, psicológico y cultural de los pueblos, mediante los datos que cada historia en particular contiene.

- **Carátula del legajador**

Exhibir el caso como perteneciente a una etnia en particular permite observar las diferencias entre las etnias que se encuentran en la regional y las agencias ICBF. Para ello, una simbología representada en un logo puede contribuir a clasificar los casos, de acuerdo con los grupos étnicos particulares, en la regional y/o agencia ICBF en que actúen.

- **Contenidos generales**

Este aparte está dividido en dos segmentos y considera el registro de dos tipos de datos cualitativamente distintos. El primero corresponde a elementos que permiten disponer de una historia integral sociofamiliar y el segundo, imprimir el carácter cultural.

Todos los miembros del equipo técnico de protección deben cumplir una tarea investigativa y ésta será la única vía para internalizar las diferencias y a partir de éstas, actuar, no sólo para valorarlas como diferencias protegidas por el Estado colombiano, sino para apreciarlas como elementos indispensables que permitan tratar o intervenir los casos de una manera acorde con las características que definen un marco étnico y cultural particular y propiciar cambios sociales significativos de respeto a la diferencia y a la pluralidad.

En este capítulo presentamos aportes recogidos de las Regionales ICBF al proceso de construcción de la sociedad multicultural. Representan el desarrollo de una estructura muy amplia que sirve de fundamento para ser adaptado según el caso particular. En la medida en que los casos de protección a niños, niñas y jóvenes indígenas se diferencien formalmente y sus contenidos den cuenta del mundo sociocultural y jurídico legal del pueblo, la Política de reconocimiento a la diversidad se verá transformada. La huella edificante de los Defensores de Familia y sus equipos técnicos servirá de base y ejemplo para futuras generaciones de funcionarios y de los indígenas que intervengan en los casos.

4.2. Proyecto de resolución por medio del cual se entrega un menor indígena a una autoridad tradicional

Los Defensores de Familia de la Regional ICBF Cauca han venido estableciendo acuerdos interculturales para actuar con las autoridades indígenas, ya que los casos no siempre pueden y/o

deben judicializarse, fundamentalmente porque entran en conflicto con la prioridad de darle al niño una familia. Con base en el reconocimiento de la autoridad tradicional, con potestad jurisdiccional para manejar asuntos relacionados con la protección de niños y niñas indígenas, se ha construido esta resolución multicultural y multiétnica que permite una salida para proteger a los niños indígenas que salen del sistema indígena y que al entrar al sistema judicial nacional, requieren formalizar su retorno.

4.3 Autorización al ICBF por parte de una autoridad tradicional con competencia para representar el interés superior de una niño, niña o joven indígena, para que tenga familia nacional

A diferencia del ejemplo anterior, también en la Regional ICBF Cauca se ha construido un instrumento para que el Defensor de Familia pueda entregar en adopción a un menor indígena a una familia no indígena. Esta formalización es interpretación clara del mandato expresado en el art. 4 constitucional, donde existiendo autoridad competente, según el art. 246, prima el Código del Menor que demanda acudir al ente estatal del Ministerio del Interior.

4.4. Acta de Guarda

Algunos casos de Protección que deben ser resueltos por la autoridad tradicional indígena pueden entrar en conflicto y no ser resueltos por Jueces de Familia que no conocen la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y que sustentan sus decisiones con base en normas expedidas con anterioridad a la Constitución de 1991.

De manera edificante se ha construido en la Guajira un *Acta de Guarda*, siguiendo el concepto muy original que alude a lo que el diccionario define como “conjunto de soldados o gente armada que asegura o defiende una persona o un puesto”. Resulta muy interesante esta propuesta en dos sentidos: Sentirse la defensora *armada*, de ideas y conocimientos que le permiten demostrar argumentos, la potestad y la legitimidad que las acciones de una autoridad indígena en uso de sus facultades jurisdiccionales tiene, y, en segundo lugar, en virtud del sentido de defensa de una *persona con un puesto*, en este caso de la misma autoridad que ejerce funciones jurisdiccionales.

4.5. Cuaderno de radicación

En la Regional Valle se ha percibido el problema que entraña abrir siempre una historia sociofamiliar y judicial izar el caso. En un cuaderno de radicación especial, al que se hace también seguimiento, se radican casos provenientes de pueblos indígenas, con el objeto de realizar una investigación preliminar que oriente a asumir el caso o a que lo acoja la autoridad indígena tradicional.

FORMATO DE HISTORIA SOCIOFAMILIAR

1. Información Generales

No. de Historia _____
Fecha: _____
Funcionario: _____

Regional o Agencia ICBF

Zona: _____

Localidad: _____

Persona que se presenta: _____

Identificada con C. C. No. _____ expedida en: _____
Lengua que habla: _____

Sabe leer y escribir: _____ SI NO _____

Pertenece a la comunidad: _____

De la Etnia: _____

Que se denomina en su lengua: _____

Geográficamente vive en: _____

Desde hace: _____

Es vecino (a) de: _____

Reconoce como Autoridad Indígena a:

2. Motivo de la consulta ¿Por qué acude al ICBF?

Qué personas de la comunidad conocen su caso:

¿Le han sugerido qué debe hacer?

Describalo en su lengua y tradúzcalo:

¿La persona demuestra dificultad para hablar en castellano?

Si _____ No: _____

¿Requiere el ICBF un interprete? Si: _____ No: _____

El intérprete es _____

Sugerido por: _____

3. Información para el análisis del caso

A partir de la persona que se presenta o del menor involucrado, describa la familia de acuerdo a las siguientes convenciones.

Realice un cuadro de parentesco y señale el Niño o la persona involucrada

--

Hombre
Muerto

Mujer

matrimonio

Unión libre

Descendencia

Edad real o aproximada de los implicados _____

Pertenencia de los miembros implicados a:

Grupo étnico _____

Comunidad _____

Regidos por las autoridades indígenas de _____

Autoridades municipales o locales de _____

Actividades ha desarrollado en los últimos tres años (Si es posible esta información)

¿Donde?

Antecedentes del caso

¿Cómo han resuelto casos parecidos en su comunidad?

Conocimiento etnográfico aplicable

Deberes, y derechos entre los esposos y la familia.

Deberes de los padres y grupo familiar para con los niños

Definición cultural del menor: edad, situación fisiológica, diferencial por género....

4. Componente social y psicológico: Determinación de peligro.

Describir un caso que usted conozca de un niño en peligro _____ = _____

¿Se pierden niños? Si conoce algún caso cuéntelo: _____ = _____

¿Alguna vez ha sabido de alguien que no quiera a los hijos? _____ = _____

¿Hay abandono de niños. Si se presenta qué hacen? _____ = _____

¿Conoce algún caso en que un adulto no se porte bien con un niño? Describalo. _____ = _____

¿Hay padres o madres, parientes, en general adulto que son muy buenos con los niños? Que hacen? _____ = _____

¿Qué debe hacer un parent para con el niño desde que nace? Como lo cuida? _____ = _____

¿Qué debe hacer una madre para con el niño desde que nace, cómo lo cuida? _____ = _____

Derechos y Deberes del usuario (¿qué debe hacer usted particularmente?). _____ = _____

5. Bienestar y Malestar (evalúe ¿qué significa estar bien?)

¿Cómo se cuida un niño para que esté bien?

¿Quiénes lo deben cuidar?

6. Restricciones del niño

¿Qué no puede hacer un niño (prohibiciones) y a qué edad? (Diferenciar por género)

¿Cuándo un niño es rechazado por la comunidad? _____ = _____

¿Ha sabido de algún niño (a) que haya sido rechazado? ¿Quién lo rechazo por y qué? Describa el hecho. _____ = _____

Se pueden orientar o inducir ideas en caso de que sea necesario, en aspectos tales como tratamiento cultural a los defectos físicos o incapacidades, comportamientos inadecuados; condiciones sociales y culturales particulares para tratar estos casos.

Describir la situación

7. Abandono y protección

Describa situaciones de cuidado cultural a niños huérfanos de padre, madre o de ambos padres _____ =

Sostenimiento y cuidado de parientes o autoridades _____ =

Instituciones especiales para desamparados _____ =

(Verificar si cree que el ICBF es una de estas y por qué) _____ =

Orientaciones, culturales para reinstalar los niños en otra familia o unidad social _____ =

Participación de otras unidades sociales en la protección. _____ =

Género

Marco cultural según género que orienta al abandono, maltrato, asesinato y a medidas de protección.

Derechos y Deberes del implicado según género y edad _____ =

9. Concepciones culturales sobre bienestar y malestar

Definición de bienestar y de malestar. _____ ==

Medios institucionalizados para enfrentar los problemas sociales, enfermedades o comportamientos inadecuados _____ =

Sistemas propios de solidaridad, redistribución y ayuda mutua para quién son: enfermos, incapacitados o abandonados _____ =

Medidas para la prevención del malestar Intra comunitarias -Intra familiares _____ =

10. Alimentación y nutrición

El profesional de la nutrición deberá investigar para tener en cuenta concepciones culturales y conductas sobre los siguientes aspectos:

Selección de alimentos por grupos de edad. _____ =
Ciclo anual de alimentos. _____ ==
Alimentos tabú _____ =
Alimentos especiales por grupos de edad y/ género _____ =
Alimentos para fiestas o reuniones especiales _____ =
Recetarios _____ =
Hábitos alimenticios y disposiciones rituales _____ =
Alimentos para premiar a los niños _____ =
Horarios para recibir los alimentos. _____ =
Utilización de mecate o alimentos entre comidas principales _____ =
Conceptos o clasificaciones de los vegetales, carnes, frutas, etc. _____ =
Alimentos disponibles y no utilizados. _____ =
Alimentos que se venden _____ =
Alimentos que se compran _____ =
Creencias culturales alrededor de los alimentos. _____ =
Dietas especiales para sanar, purificar o modificar una condición en otra.
_____ =

11. Expresiones sociales y de amor a los niños

Formas de expresar los sentimientos: canciones, sonidos, arrullos, juegos, cuidados.
_____ =

Tiempos de dedicación por genero y edad y de acuerdo a los miembros de la familia o la unidad social mayor a la que pertenece el niño _____ =

Compañía a los niños _____ =

Aseo a los niños _____ =

Ideas culturales sobre la posibilidad de hacerle daño a un niño _____ =

Seres espirituales que protegen o pueden hacer daño a un niño _____ =

Causas de una enfermedad, defecto o situación definida como anormal _____ =

¿Condiciones positivas sobre la maternalidad? _____ =

¿Condiciones positivas sobre la paternalidad? _____ =

Funciones de abuelos, tíos por linera materna y/o paterna _____ =

Funciones de la comunidad en torno a la protección de los niños _____ =

12. Trabajando en equipo

El Defensor de Familia:

Convoca a su equipo técnico

Selecciona los casos para análisis y producción de conocimiento

Compara casos similares

Explora fuentes de información existentes (Amplía su conocimiento)

Comparte su interpretación de los principios constitucionales y de las normas que ha tenido en cuenta para actuar frente al caso.

Críticamente examina con su grupo como la medida fortalece la etnicidad y la cultura del pueblo.

Plantea dudas, interrogantes y preocupaciones

13. Seguimiento y Cierre del Caso

Investigación para establecer la ejecución de las salidas propuestas.

Determinación de la concordancia o de la discrepancia entre lo propuesto como salida y los efectos causados por la ejecución de tales acciones.

14. Tipificación del Caso

¿Requiere una acción inmediata exógena a la participación de la comunidad?

¿Cuál y por qué?

Es posible establecer diferencias entre la visión de la sociedad nacional y la de la etnia en particular, que amerite el reintegro del caso para una salida desde la comunidad?

Sustente Ofrezca su apoyo y exalte las potencialidades de esta orientación.

Defina si el caso no tiene interlocutor directo de la comunidad, o se determina la necesidad, adecuada a las autoridades indígenas y/o miembros locales para exponer sus orientaciones y conciliar la posibilidad de solución desde la comunidad. ____ =

Establezca compromisos y responsabilidades compartidas, asumiendo preocupación por el buen desarrollo del caso. Establezca mecanismos de seguimiento para el apoyo a los compromisos adquiridos. ____ =

RESOLUCIÓN No. ____

La suscrita Defensora de Familia en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas en la Constitución Política y el Decreto 2737 de 1989 Código del Menor y

CONSIDERANDO

Que el(la) menor _____ Historia sociofamiliar No. _____
ingresó al ICBF el día _____ mes _____ año _____ a quien se le brindó la medida de _____

protección requerida, encontrándose a la fecha en óptimas condiciones de salud física, psicológica y mental.

Que la Constitución Política en su Art. 7º consagra el respeto y el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que se refleja en organizaciones y formas de control social propios, y que los diferencia del resto de la población colombiana.

Que la citada Constitución Política reconoce autonomía a las comunidades indígenas, y a sus autoridades el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando no contravengan la Constitución y las leyes de la República.

Que se reconoce la capacidad interna de la comunidad indígena para proteger a los niños, niñas y jóvenes indígenas dentro de su comunidad.

Que las autoridades indígenas legítimamente constituidas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos, están representadas actualmente por _____ quien obrando en consecuencia y mediante resolución No. _____ de fecha: Día _____ Mes _____ Año _____ autorice a _____ para que en adelante brinden una protección integral al menor _____ y sea acogido en dicha familia como su hijo, con todos los deberes y derechos que corresponden a su relación paterno filial. Que de acuerdo con lo informado por la autoridad indígena competente declara que en el hogar conformado por _____ se encuentra en condiciones materiales, espirituales y culturales que permiten el desarrollo integral y armónico del niño _____, y por lo tanto es viable dar aplicación al Artículo 95 del Código del Menor.

Por lo anterior y con el objeto de fortalecer las formas culturales internas de protección a los niños de la comunidad _____

RESUELVE

- PRIMERO Entregar al niño _____ nacido el día _____ del mes de _____ año _____, procedente de la comunidad _____ y perteneciente al resguardo _____ a los señores _____
- SEGUNDO que los señores _____ quedan obligados a albergar al niño en su hogar y darle la protección integral en su calidad de hijo acorde con sus usos y costumbres culturales.
- TERCERO Que las autoridades internas se comprometen a realizar los seguimientos del caso con la solidaridad y apoyo del ICBF.
- CUARTO Esta medida se toma en el marco constitucional respecto del reconocimiento de la nación colombiana como multicultural y multiétnica, y se firma en

_____ a los _____ del mes del _____ año _____ por
quienes en ella intervinieron.

Defensor de Familia

Autoridad Indígena

- 4.1.3. Ejemplo de autorización al ICBF de una autoridad indígena tradicional con competencia para representar el interés superior de un niño, niña o joven indígena.

El siguiente instrumento utilizado en la regional ICBF del Cauca es un excelente ejemplo de los acuerdos formales entre el Defensor de Familia y la autoridad indígena, para implementar la política pública de protección.

Acta de Acuerdo para Adopción ¹¹³

*REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL CAUCA
MUNICIPIO DE TORIBIO
RESGUARDO INDIGENA DE TORIBIO*

La Junta Directiva del Resguardo Indígena de Toribio Cauca, en uso de sus facultades constitucionalmente tuteladas de acuerdo con las que le confiere el derecho propio, y

CONSIDERANDO

Que el menor GUSTAVO ACHICUE, hijo de los comuneros HAROL WILSON HERRERA VALENCIA y ROSMIRA ACHICUE personas incapacitadas para la custodia, cuidado y protección del mencionado menor, domiciliadas en el resguardo indígena de Toribio Cauca se encuentra actualmente bajo el cuidado y protección del hogar conformado por los señores LEONIDAS GRIJALBA y la señora BLANCA OFIR HERRERA VALENCIA, tía del mencionado menor en realidad de padres sustitutos, quienes tienen su domicilio en la ciudad de Santander de Quilichao, Cauca.

Que los señores LEONIDAS GRIJALBA con cédula de ciudadanía número 10.484.161 de Santander Cauca y BLANCA OFIR HERRERA VALENCIA cédula de ciudadanía No. 34.596.348 de Santander Cauca, solicitan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la adopción del menor GUSTAVO ACHICUE.

Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zonal de Popayán requiere autorización del Cabildo Indígena del Resguardo de Toribio Cauca para adelantar el correspondiente trámite de adopción del menor, a solicitud del hogar conformado por los señores Leonidas Grijalbo y Blanca Ofir Herrera Valencia, residentes en la ciudad de Santander de Quilichao Cauca.

Que el Centro Zonal Indígena de Popayán ha realizado las correspondientes visitas al hogar conformado por los señores Grijalba y Herrera Valencia.

¹¹³ Construido este instrumento bajo la dirección de la Defensora

Que para garantizar la debida protección y cuidado del menor GUSTAVO ACHICUE debido a la enfermedad mental que padece y a las precarias condiciones económicas de sus padres, es conveniente autorizar la adopción del mencionado menor

RESUELVE

AUTORIZAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zonal Indígena de Popayán para que adelante el correspondiente trámite de adopción del menor GUSTAVO ACHICUE a favor de los padres sustitutos señores LEONIDAS GRIJALBA y BLANCA OFIR HERRERA VALENCIA, por las consideraciones anteriormente anotadas.

Dada en Toribio Cauca, a los dieciséis (16) días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Y firmado por los Miembros de la Junta Directiva del Cabildo del Resguardo Indígena de Toribio. (Hay firmas y sellos)

ACTA DE GUARDA ¹¹⁴

La Defensora de Familia del Centro Zonal _____ del ICBF Regional _____, y en uso de las facultades legales que le confiere el Decreto 2737 de 1989, y demás normas concordantes relacionadas con la protección del menor y de conformidad con el mandato constitucional en lo referente al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, según los Art.7º y al Art.246 de la Constitución que establecen la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas para el conocimiento y resolución de problemáticas internas, acorde con sus usos y costumbres, coadyuva la decisión tomada frente al caso del menor XX hijo de M y G que en el presente asunto es el beneficiario de la acción de _____ instaurada por _____ y definida por la autoridad ZZ en los siguientes términos:
_____=

FIRMADO _____ ANEXO 2

¹¹⁴ Acta de guarda construida por el grupo de Defensores de la Guajira.

ENTIDADES QUE PUEDEN SER CONSULTADAS

Los casos de protección a niños, niñas y jóvenes indígenas son complejos porque frente a muchos de ellos se requieren interpretaciones antropológicas de valoración médica, psicológicas nutricionales, sociales y jurídicas, provenientes de especialistas. En el siguiente listado se encuentran las entidades que pueden contribuir con conceptos técnicos periciales y profesionales. Sobra decir que la solicitud debe hacerse con tiempo y debe ser sustentada.

Entidades en Bogotá	Dirección	Teléfono
Universidad de los Andes Departamento Antropología	Cra. 1 No. 18 A-10	2840907
Universidad de los Andes Facultad de Derecho.	Cra. 1 No. 18 A-10	3364696
Universidad de los Andes Centro de Estudios sobre Lenguas Aborígenes	Cra. 1 No. 18 A-10	2869211 Ext. 3330
Universidad Nacional. Departamento de Antropología	Cra. 30 Calle 45	3165000
Universidad Nacional. Facultad de Derecho	Cra. 30 Calle 45	3165457
Universidad Nacional. Departamento de Lingüística	Cra. 30 Calle 45	3165000
Instituto Colombiano de Antropología Esther Sánchez Botero Grupo de Alegatos. y Proyecto para la construcción de entendimiento intercultural	Cra 7 No. 28-66 Avenida 13 # 86-30	2836647 2369759 Fax 6910426

BIBLIOGRAFIA

ABELLA, R.S., "The Law of the Family in the Year of the Family", 26 *Otawa Law Review* 533, 1994

ALSTON, P. (ed.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994a.

ALSTON, P., Parker, S., y SEYMOUR, J. (eds.), *Children, Rigths and the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1992

AN-NA IM, A., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1992

BOAVENTURA De Sousa, Santos. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá. Ilsa. Dupligráficas, 1991.

CABRERA, Gabriel et al. *Los Nukak. Gente nómada de la Amazonía colombiana*. Santafé de Bogotá, D.C., En propuesta editorial Universidad Nacional de Colombia, 1995.

DOUGLAS, Mary. *Como piensan las instituciones*. Alianza Universidad. Editorial Alianza, 1996.

El Medicamento en la Historia de Colombia, Cincuenta años en la Historia de Colombia, 1947-1997, Schering-Plough S.A, 1997.

EEKELAAR, J., 'The Emergence of Children's Have Rights', 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 161, 1986

- 'The Importance of Thinking Children Have Rights', en Alston, Parker y Seymour (eds.), *Children, Rigths and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992

- 'The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism', en Alston (ed.) *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rigths*, 1994, pp.42-61

ELSTER, J., *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989

Expediente No. AC 4458. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 13 de marzo de 1997.

FROMM Eric, *La revolución de la esperanza*, Fondo de Cultura Económica.

GIRALDO Angel, *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Séptima Edición, Ediciones Librería del Profesional, 1996.

ICBF. Protección especial del menor en situación irregular y la familia atención al menor abandonado o en peligro atención en medio familiar Balance y perspectivas de la política social del ICBF 1968-1993 Universidad Nacional ICBF primera fase.

Ministerio de Gobierno, Dirección General de Asuntos Indígenas. Política del Gobierno para los pueblos indígenas. Santafé de Bogotá, 1955.

PARKER, S., 'The Best Interests of the Child', en Alston (ed.), *The Best Interests of the Child: Reconciling and Human Rights*, 1994, pp. 26-42.

RWEZURA, B., 'The Concept of the Child's Best Interests in the Changing Economic and Social Context of Sub-Saharan Africa', en Alston (ed.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, 1994, pp. 82-116

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. Justicia y Pueblos indígenas de Colombia. Unijus, Unibiblos, 1998.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. et al. *Proyecto ICBF de atención a la Familia Indígena*. Bogotá , 1997.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther y VÁSQUES, Miguel, *Manual para la Construcción de Entendimiento Intercultural*, Bogotá, 1994.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Antropología Jurídica. Normas formales: Costumbres legales en Colombia*. Bogotá, Editorial Anthropos, 1994.

SCHNEIDER, C., 'Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's (US Uniform Marriage and Divorce Act,1974) Best-Interest Standard', 89 *Michigan Law Review*, 1991. 2215-2298.

SOWELL Thomas, *Conflictos de visiones*, Editorial Gedisa, Buenos Aires, Argentina, 1990.

STEINER, H. Y Alston, P., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1996

WOLF, J., 'The Concept of the <<Best Interest>> in Terms of the UN Convention on the Rights of the Child'. En Freeman, M. Y Veerman, P., *The Ideologies of Children's Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, p. 125

EEKELAAR, J., The Emergence of children rights. 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 161. 1986

ESTHER SANCHEZ BOTERO

Autora del Libro

Directora del Proyecto

Antropóloga de la Universidad de los Andes con especialización en servicios públicos de la misma universidad, Diploma de Hermenéutica Jurídica de la Universidad del Rosario. Actualmente realiza tesis de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam, Holanda.

Ha sido profesora del Departamento de Antropología y la Universidad de los Andes. Ha sido de la Facultad de Derecho de las Universidades de Los Andes, Nacional y el Rosario. Profesora de los Departamentos de Antropología en las Universidades Cauca y Nacional. Es Directora del Proyecto para la Construcción de Entendimiento Intercultural desde hace 22 años. Consultora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de la Organización Internacional del Trabajo, del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito.

Ha publicado: Antropología Jurídica en Colombia: Normas Formales Costumbres Legales; Peritazgo Antropológico una forma de conocimiento; Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. Jurisdicción Especial Indígena. Autora de la Audioteca para el Programa ICBF de Atención a los Pueblos Indígenas de Colombia.

Es miembro graduado de ASHOKA

Presidenta de la Fundación para la Participación comunitaria PARCOMUN

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

DIRECCIÓN DE GESTIÓN TERRITORIAL
DIRECCIÓN TÉCNICA

PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

ESTHER SÁNCHEZ BOTERO

2002

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Presidenta Junta Directiva
Nohora Puyana de Pastrana

Director General
Juan Manuel Urrutia Valenzuela

Secretaría General
Rafael Santamaría Uribe

Dirección de Gestión Territorial
Roberto Rodríguez Sarriá

Dirección Técnica
Maria del Pilar Granados Thorschmidt

Subdirección de Instituciones
Lina Gutiérrez de Pombo

Subdirección de Intervenciones Especializadas
Adriana Lucia Castro Rojas

“PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS DE COLOMBIA”

Autora:
Esther Sánchez Botero

Diseño de Carátula

Correctora

2^a. Edición, 500 ejemplares
Bogotá, D. C., Colombia, 2002

La reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o cualquier otro idioma, debe ser autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Bogotá, D. C., 2002

ÍNDICE

Presentación
Agradecimientos
Introducción

CAPÍTULO 1 DE LA SOCIEDAD MONOCULTURAL A LA SOCIEDAD MULTICULTURAL

- 1.4. Características del Estado Monocultural
- 1.5. La Existencia Cultural Alterna de los Pueblos Indígenas
- 1.6. Los derechos diferenciados de grupo
 - 1.6.1. El concepto de diferencia y los derechos diferenciados de grupo
 - 1.6.2. La diferencia que reclaman y que se reconocen a los pueblos indígenas
 - 1.6.3. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Colombiana
 - 1.6.4. El derecho a administrar justicia como un derecho especial de los pueblos indígenas.
 - 1.6.5. El proyecto ICBF de atención integral a la familia indígena
 - 1.6.5.1. Fortalecimiento de normas propias de control social
 - 1.6.5.2. La sociabilización endógena
 - 1.6.5.3. La consagración de la jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991
 - 1.6.5.4. Protección y jurisdicción especial indígena
 - 1.6.5.5. Las autoridades de la jurisdicción nacional y de la especial construyen salidas multiculturales e interlegales para los casos de protección.

CAPÍTULO 2 LOS CAMBIOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA CONSTRUIR EL ESTADO MULTICULTURAL

- 2.5. Las instituciones públicas se modifican
 - 2.5.1. Desarrollo en el ámbito legislativo y diseño de los servicios
 - 2.5.2. Cambio de enfoque para la protección de niños indígenas
 - 2.5.3. Fundamentos institucionales para una política de protección multicultural
- 2.6. La política pública del ICBF para pueblos indígenas en el área de protección
 - 2.6.1. ¿Por qué una política pública de protección diferenciada?
 - 2.6.2. Los pueblos indígenas sujetos de discriminación positiva
 - 2.6.3. La autonomía
 - 2.6.4. ¿Qué debe contener esa política?
 - 2.6.5. ¿Cómo implementar la política pública de protección?
 - 2.6.5.1. Implementación de la política pública de protección con las autoridades indígenas tradicionales
 - 2.6.5.2. Implementación de la política pública de protección con los supuestos normativos jurídico-constitucionales y de filosofía política del multiculturalismo.
 - 2.6.6. Las señales que emiten los pueblos indígenas deben ser interpretadas
 - 2.6.7. Trabajo interdisciplinario e intercultural

- 2.6.8. La construcción de entendimiento intercultural parte de lo local
- 2.7. Herramientas básicas para la interpretación en la sociedad multicultural
- 2.7.1. Los principios constitucionales base de todos los argumentos
- 2.7.2. Los cuatro mínimos jurídicos
- 2.7.3. Principio de proporcionalidad
- 2.7.4. Teoría del núcleo esencial
- 2.7.5. El test de igualdad
- 2.7.6. La aplicación técnica y la aplicación edificante de la ciencia
- 2.8. Las instituciones toman decisiones de vida o muerte después de interpretar los hechos

CAPÍTULO 3 CONOCIMIENTO APLICADO A LOS CASOS DE PROTECCION

- 3.7. La argumentación jurídica de los defensores de familia
- 3.7.1. La justificación interna y la justificación externa
- 3.7.2. La argumentación
- 3.7.3. Justificación interna
- 3.7.4. Justificación externa
- 3.8. Aplicación de la prevalencia de las normas constitucionales sobre las legales
- 3.9. Aplicación de proporcionalidad
- 3.10. Aplicación del núcleo esencial
- 3.11. Aplicación de mínimos jurídicos
- 3.12. Trato diferente

CAPÍTULO 4 INSTRUMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO EN PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

- 4.2. Instrumentos aplicados a los casos de protección a niños indígenas
- 4.2.1. La historia sociofamiliar
- 4.2.2. Resolución por medio de la cual se entrega un menor indígena a una autoridad tradicional
- 4.2.3. Autorización al ICBF de una autoridad indígena tradicional con competencia para representar el interés superior de un niño, niña o joven indígena
- 4.2.4. Acta de guarda
- 4.2.5. Cuaderno de radicación para no abrir historia regional ICBF
- 4.2.6. Entidades que pueden ser consultadas

INDICE DE CUADROS

- Cuadro 1 Ubicación de los pueblos indígenas de Colombia
- Cuadro 2 Etnias Indígenas de Colombia
- Cuadro 3 Artículo de la Constitución Política de Colombia

- Cuadro 4 Los derechos de los pueblos indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional
- Cuadro 5 El derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en el Derecho Internacional

PRESENTACIÓN

Este libro es el resultado de un trabajo mancomunado en el que un equipo humano del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el ámbito de las regionales, con apoyo de la consultora y antropóloga de la Sede Nacional Esther Sánchez se dio a la tarea de examinar el estado de garantía de los derechos constitucionales fundamentales y legales, materializados en la protección a niños, niñas y jóvenes indígenas de Colombia.

Entender las directrices constitucionales y legales de una manera diferencial, como un instrumento que guía las actuaciones de los Defensores de Familia y los equipos técnicos del ICBF, fue el objetivo de los semilleros que hoy, sin duda, comienzan a crecer en cada funcionario que ha tenido la oportunidad de comprender la dimensión enorme de este importante camino trazado hace una década por la Constitución Política de Colombia.

Se parte del deber ser de la familia, la sociedad y el Estado de asegurarle al niño y al adolescente de los pueblos indígenas, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, alimentación equilibrada, educación, juego, profesionalización, cultura, dignidad, respeto, libertad, convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión, sin que dejen de sentirse miembros de un pueblo indígena cultural y étnicamente diferenciado.

Con la segunda publicación de este libro el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar busca fortalecer la política pública multicultural de Protección y generar actuaciones en los servidores públicos, que promuevan de manera efectiva, eficiente y edificante la protección de los derechos constitucionales fundamentales y legales de los niños, niñas y jóvenes indígenas de Colombia, que afrontan dificultades, riesgo y peligro.

Juan Manuel Urrutia
Director General

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la oportunidad enorme de realizar este trabajo de investigación-acción que permitió involucrarnos con más de 600 800 funcionarios en toda Colombia para conocer las formas propias y las adecuaciones edificantes que realizan, con el fin de proteger los más preciados derechos sociales constitucionales fundamentales y legales de los niños, niñas y jóvenes indígenas, en condiciones de dificultad y manifiesta discriminación social y cultural.

La acogida de los Defensores de Familia y demás profesionales de los equipos interdisciplinarios que definen estos casos por disposición legal, según directrices y a su entender y saber, mostraron los rostros, un tanto ocultos, de quienes llevan la muy pesada carga de realizar el programa de protección, que por su condición especial, marca el carácter de personas sobresalientes, interesadas en comprender la multiculturalidad, de la que, en general, no se tenía noticia.

Los abogados responsables de la interpretación de las actuaciones jurídico legales de los casos que fueron analizados, contribuyeron con extraordinarias reflexiones sobre las perspectivas de otras realidades, no comprensibles desde una sola orilla profesional: la antropología. Luis Carlos Sotelo se preocupó enormemente por la hermenéutica jurídica, aporte no sólo útil, sino constitutivo de la primera aplicación práctica para la resolución de casos de niños y jóvenes indígenas. El énfasis de Jairo Iván Peña fue en el fortalecimiento de los mínimos jurídicos de obligatorio cumplimiento, evitando la tendencia a extender indebidamente nuestros sentimientos o entendidos, constituyó un gran seguro de respeto no sólo a la diversidad, sino a las decisiones de una Honorable Corte Constitucional, guardiana suprema de la Carta Política, empeñada en darle vida real a los derroteros constitucionales. Los juegos del lenguaje fueron también una verdadera herramienta teórica que él aportó para aproximarnos a los distintos campos de los diferentes pueblos. Gregorio Mesa logró mostrarnos cómo se integra el conocimiento de la cultura a la interpretación, y cómo un caso se ve transformado cuando el profesional abogado, desde su particular campo de conocimiento, se compenetra sinergicamente en lo sociocultural, que es lo que precisamente define la diferencia. Julio Montes hizo una exhaustiva crítica a la inadecuada o adecuada aplicación de procedimientos, al registrar varios hallazgos que seguramente serán base de otros trabajos de mayor pertinencia y relevancia.

Esta consultoría permanentemente pidió ayuda a los doctores Carlos Gaviria Díaz y Rodrigo Uprimy, exmagistrado de la Corte Constitucional y magistrado auxiliar, respectivamente, quienes no sólo nos brindaron su tiempo valiosísimo, sino que además, nos dieron luces y aclararon asuntos constitucionales que requerían el acertado concepto de expertos, conocimiento científico que en lo dialéctico del saber los convierte en humanistas por excelencia, comprometidos con las causas más nobles, como la efectiva protección y garantía de los derechos sociales, culturales, constitucionales fundamentales de los niños, niñas y jóvenes indígenas de Colombia.

La colaboración de las Direcciones Regionales del ICBF fue excepcional. En cada región se hicieron presentes los directores para participar; al considerar indispensable conocer un trabajo que por primera vez se desarrollaba, participación que es necesario resaltar.

La presencia de las autoridades indígenas en cada uno de los encuentros, nos permitió reafirmar que la única posibilidad para construir un auténtico entendimiento intercultural es sentarse a discutir como intelectuales indígenas o no indígenas, sobre los asuntos de la etnicidad y la cultura, aporte por demás edificante, propositivo y magnífico.

No hubiéramos podido realizar este trabajo si el doctor Juan Manuel Urrutia, director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no hubieran acogido nuestra propuesta, estimulado por la idea de modernizar y adecuar la Institución a las situaciones reales que la Política Pública de Reconocimiento a la diversidad étnica y cultural demanda. La exaltación de su importancia por parte de las doctoras Lina Gutierrez de Pombo subdirectora de Instituciones, Doris Lewin Figueira antropóloga comprometida con los pueblos indígenas de Colombia y Ana Margarita Olaya Rodríguez, abogada experta en Protección, fue definitiva para que el trabajo pudiera realizarse.

Para todos, mis más sinceros agradecimientos.

Esther Sánchez Botero
Consultora

INTRODUCCIÓN

Por medio de las diferentes instituciones, en Colombia se conoce la acción de lo público, y cada individuo, de un modo u otro, siente sus efectos. Las autoridades actúan e intervienen de múltiples maneras. Esas actuaciones, que parecen evidentes, están lejos de ser espontáneas. La acción pública está enmarcada en lineamientos que, generalmente, se definen en forma centralizada y establecen estrategias para llegar a todos los niveles en que deben aplicarse, mediante acciones particularizadas.

El estudio de las políticas públicas de protección, implementadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de los Defensores de Familia y con el apoyo de los equipos técnicos, arroja luz sobre lo que dicen y hacen estas autoridades frente a los casos de niños, niñas y jóvenes indígenas. Es decir, el análisis de dichas políticas clarifica el seguimiento de los marcos institucionales que orientan las motivaciones sustantivas y los procedimientos para las acciones, con miras a garantizar el desarrollo de una misión que deviene desde la expedición de la Carta Política de 1991 y de los Planes Nacionales y Territoriales de Desarrollo. Tales aplicaciones deben reflejar un buen conocimiento e interpretación de la Constitución y las leyes, y dar cuenta del trabajo gubernamental y administrativo de la autoridad particular que define ámbitos para los sujetos de atención prioritaria.

Sin embargo, siempre existe el riesgo de confundir la forma con el contenido y de que el trabajo se perciba tal como pretende ser y no como es necesario que sea o como realmente es. Para abordar esta realidad, los procesos de *investigación-acción* en terreno, *con la gente*, permiten definir qué tan cerca o lejos están las actuaciones de los servidores públicos, frente a las nuevas demandas socioculturales y a los marcos jurídicos que históricamente se han ido transformando.

En desarrollo del trabajo realizado con la activa participación de los Defensores de Familia, los equipos técnicos, y el acompañamiento de profesionales de la Sede Nacional, se logró establecer la manera en que los Defensores de Familia han venido interpretando los hechos en los que son actores niños, niñas y jóvenes indígenas, a la luz de una cultura particular, con respecto a los distintos pueblos indígenas, que corresponden por competencia a su ámbito territorial. También fue posible establecer el impacto de ciertas medidas de protección que se han tomado. Finalmente, se ha conocido a fondo a través de cuáles medios o procedimientos se establecieron tales medidas y con quiénes se realizaron. Estos campos se enmarcaron en el ámbito de la gestión pública, que se implementa por medio de unas estructuras formales de autoridad especializadas y de la organización de los recursos y las tareas que apuntan a responder de manera adecuada, a las demandas reales que surgen en la sociedad multicultural y en la misma institución.

Proponer preguntas para verificar su pertinencia, confrontándolas con los hechos y con explicaciones sustantivas, caracteriza el enfoque metodológico que utilizamos y que puede definirse, a la vez, como un campo y como un método. La construcción de entendimiento

intercultural, como marco para la acción que se debe implementar, permitió superar posiciones antagónicas, de manera que la búsqueda de interlegalidades o salidas edificantes siguiendo la categoría de Sousa Santos se convirtió en un punto de llegada alcanzable. La *protección* y las actividades que implica, o el contenido y el proceso, componen la unidad de base de la que nos hemos servido para caracterizar y proyectar una nueva acción.

En este libro se trabajan cuatro capítulos que parten de lo general a lo particular. En el primer capítulo nos aproximamos a los marcos constitucionales y legales que definen un *trato diferente* a los pueblos indígenas, debido a su condición de diferentes. El segundo capítulo aborda teóricamente el contenido diferente para una política pública de protección, y desencadena en los ejes hermenéuticos fundamentales que posibilitan una interpretación adecuada. El estudio de caso y con éste el desarrollo de las herramientas teóricas aplicadas sistemáticamente, dan ejemplo claro de la metodología necesaria a seguir para estas situaciones y que es tratado en el tercer capítulo. Finalmente, el capítulo cuarto es el producto de las acciones implementadas en la práctica por las regionales Cauca, Guajira y Valle, instrumentos que a manera de ejemplo muestran la rigurosidad que implican los procedimientos adaptados a los nuevos derroteros en los que se ha embarcado el Instituto: fortalecimiento de la existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas de Colombia.

CAPÍTULO 1

DE LA SOCIEDAD MONOCULTURAL A LA SOCIEDAD MULTICULTURAL

1.2. Características del Estado Monocultural

Colombia, en 1991, pasa de ser una Nación monocultural a una multicultural. ¿Qué implicaciones concretas, para el marco de la política pública que implementa el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tiene el reconocimiento constitucional de que la Nación es diversa culturalmente?

Como los Wayu, aquí en mi tierra, con la cuestión del registro civil va ella sola a registrar... como es el interés de ella sola, porque el papá no va a registrar el niño, le pone el clan de la mamá. Y como no va el padre, pues el señor notario no le va a poner el clan del papá. Y como a ella no le interesa tanto el papá, ella firma y lo acoge así. Para nosotros es un registro civil de un niño hijo de madre soltera; para nosotros los occidentales no está bien...

Ahora, que se hiciera el registro civil de acuerdo a los usos y costumbres, eso fue un logro que obtuvimos cuando demandamos al Consejo del Estado que nos informara si los niños indígenas tenían derecho a ser registrados de acuerdo a sus usos y costumbres, es decir, con el nombre del clan de la madre, que es como se llaman allá internamente¹¹⁵. Y el Consejo nos dijo que sí y esa fue nuestra primera contribución como defensores de la Guajira a esto de la sociedad multicultural. Porque claro, vimos que de la otra manera, en las campañas de registro que hacíamos le imponíamos la única forma de registrar niños que conocíamos, desconociendo que había otras formas, que aún subsistían como esta de los Wayu...

¹¹⁵ En el Encuentro para la Construcción de Entendimiento Intercultural en Riohacha 1995, los defensores contaban que realizaban en ese momento una campaña para que los niños indígenas tuvieran un registro civil. Al contrastar su práctica con los usos y costumbres expuestos por los participantes Wayu y a la luz de la valoración de la diversidad étnica y cultural, quedaba en evidencia que la campaña no fortalecía la etnicidad y la cultura, y que se imponía una sola forma dominante de registro y por ello anticonstitucional. La consulta arrojó satisfactoriamente la valoración de las formas propias y de manera procedural, un instructivo para los notarios.

Pero el lío es que como todo cambia, y los indígenas salen de sus rancherías a trabajar en lo que encuentren, muchos empiezan a laborar en empresas como asalariados... Y como que se olvidan de los niños y la mujer. Y cómo las indígenas ya saben de sus derechos de afuera y saben que pueden reclamar, reclaman... y entonces como sus hijos no son parientes del papá... porque no son parientes de acuerdo al código Wayu y como no están registrados por él, entonces, un juez que va a aceptar... que va a aceptar que sí son los hijos y que de acuerdo a sus usos y costumbres el padre no aparece porque el padre no tiene la autoridad sino que la tienen los hombres del clan materno.

Ahora, lo grave es que como para probar la paternidad se necesita una prueba de sangre y ellos no pueden perder sangre sin que otro pague... ¿Cómo probar la paternidad? ¿Y quién debe pagar?

Sabemos que al ser reconocida la jurisdicción especial, la salida a esta situación es necesario definirla y encontrarla con los tíos maternos que tienen autoridad tradicional para exigir a los esposos de las hermanas y también con los palabreros que van a mediar los acuerdos...¹¹⁶

El Estado monocultural negó reconocimiento jurídico y político a toda diferencia étnica o cultural a pueblos como el Wayu, una de las 87 culturas indígenas existentes en el territorio nacional, al definirlas como una limitación, como un signo de atraso para alcanzar la sociedad deseable. Manifestaciones como las que el caso encierra, y que son la expresión de una cultura alterna, contrastan con la cultura mayoritaria, como a continuación se va a enunciar.

Los Wayu son matrilineales, es decir sus miembros participan de sistemas de deberes y derechos distintos, y la filiación sólo se hace por la línea de la madre, por lo que el padre no es pariente de sus hijos.

Tienen una organización social en clanes y la autoridad es reconocida en los hermanos de la madre y en los hombres del clan materno.

El matrimonio es exogámico, interclanes, y a cambio de una mujer con la que se busca entablar una alianza intersocial de parentesco por afinidad, los miembros de una familia a través del tío materno ofrecerán animales, collares o dinero, hoy día, como signo de amor a la mujer con la cual desean esposar al joven varón.

En esta sociedad, por ejemplo, no se comparte la existencia de seres espirituales como los makuses, existentes para los Puinabe, ni de niños blancos con alas y vestidos con túnicas largas, llamados ángeles de la guarda, existentes en la sociedad mayoritaria.

¹¹⁶ María Cristina Mendoza, Defensora de Familia ICBF Guajira.

Los procesos de socialización endógena permiten a este pueblo disponer hoy de una lengua propia en la que hay cientos de juegos de lenguaje que han de ser interpretados solamente a la luz de su propia estructura, así como de un derecho propio ampliamente configurado que orienta al pensamiento las restricciones de conducta deseables y reprobables.

Los Wayu a diferencia del Código del Menor¹¹⁷ que rige para los procesos de protección, definen la madurez para que una mujer se considere adulta con base en la primera menstruación.

La sociedad monocultural buscó la homogeneidad de todos los colombianos, definiendo políticas públicas específicas para que todos alcanzáramos a ser hijos de un solo Dios, el Dios de los católicos con el fin de que tuviéramos iguales creencias con respecto al bien y el mal, habláramos una sola lengua, el español, y organizáramos la familia a la manera monogámica. Todos debíamos regirnos por un solo ordenamiento jurídico y dentro de un ordenamiento territorial que tenía el monopolio para dirimir conflictos y disyuntivas que afectaban a los individuos. Este Estado que basaba y sustentaba sus actuaciones en el reconocimiento de una cultura occidental, que tenía como centro a los sujetos individuales, los cuales debían ser protegidos como seres libres e independientes, otorgaba derechos y ejercía obligaciones que se establecían, excluyendo a todo aquel que se diferenciara del modelo mayoritario.

En este Estado, las instituciones planificaron y determinaron políticas públicas orientadas a todos los colombianos sin distingo alguno, como es el caso del registro civil, que ignoraba otras formas de reconocer el parentesco o transmitir la filiación y desconocía y desvalorizaba la existencia real de sistemas políticos y de gobierno, religiosos y de creencias distintas; de sistemas de derecho y horizontes de bienestar diferentes; de organizaciones familiares no monogámicas, con sistemas de sucesión de bienes distintos; derechos del hombre o la mujer diferentes; de formas de crianza y socialización muy alternativos y, ante todo, de grupos humanos que a diferencia del sistema liberal que asume al sujeto individual como el centro de los derechos y deberes, consideraban un *sujeto colectivo*, y como tal resistieron la pretensión de occidente de ser como este sistema demandaba, logrando mantenerse como pueblos distintos.

Hoy existen en Colombia 93 pueblos indígenas, muchos de ellos son étnica y culturalmente distintos, porque algunos comparten la cultura mayoritaria que les fue impuesta. Todos se sienten indígenas y demandan de las instituciones del Estado protección a sus derechos. En 1991 eran 87 pueblos y hoy 11 años después han sido reconocidos formalmente 6 pueblos nuevos que a fin de sobrevivir al sistema cruel monocultural y tener posibilidades de existencia sin discriminación, estratégicamente escondieron su identidad. Representan el 2% de la población total. Presentan características específicas de apropiación del medio, que se

¹¹⁷ OLAYA RODRÍGUEZ, Margarita. El Código Civil contiene la diferenciación entre infante, púber, prepúber, asegurando unos criterios cronológicos, y también la legislación penal por efectos de responsabilidad hace lo propio. Por su parte la Constitución Política norma el límite de la mayoría y la minoría de edad. Aporte Técnico como supervisora del contrato al texto original.

manifiesta en actividades como la caza, la pesca, la recolección, la agricultura, el comercio y la minería. Hoy muchos de ellos viven en las ciudades o municipios de Colombia pero la mayoría habitan en las regiones de selva, sabana y desierto. Los indígenas se dedican económicamente a la caza, la pesca, la recolección, la agricultura y muchos son trabajadores obreros, comerciantes o funcionarios. Viven o dispersos en diferentes regiones o en pueblos pequeños aunque también hay con numerosos habitantes. Están distribuidos en 200 municipios del territorio nacional y aunque poseen 25.000 hectáreas habitadas bajo la figura de *resguardos*, solo ocupan una quinta parte del territorio colombiano, que contiene escasa tierra y en ocasiones, de mala calidad, razón por la cual la mayoría de estos pueblos ven amenazada su existencia. Sus formas de organización política son muy variadas, y también son distintas las maneras de interactuar con el Estado. Según cifras estimativas por el Ministerio de Educación Nacional, el analfabetismo de la población indígena alcanza el 44%; en materia de salud, la atención es precaria y desligada, en gran parte, de sus contextos culturales¹¹⁸.

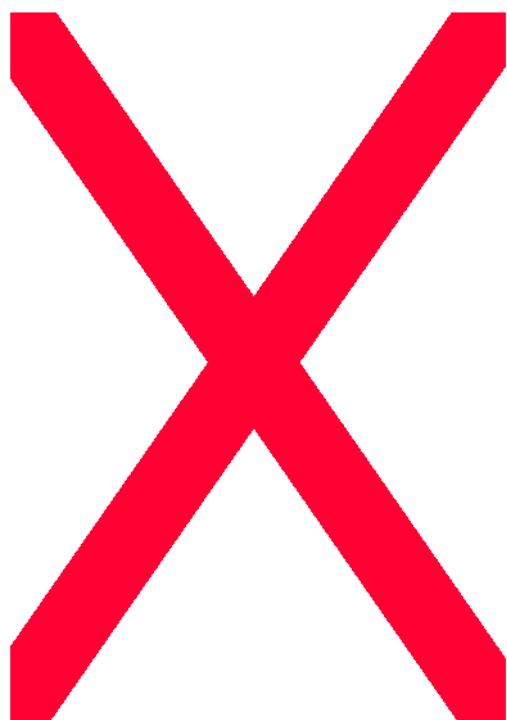
¹¹⁸ VÁSQUEZ LUNA, Miguel. Derechos Propios. Asuntos Indígenas, documento inédito, Bogotá, 1997.

Cuadro 1
Ubicación de los pueblos indígenas de Colombia

MAPA

Fuente: PINEDA CAMACHO, Roberto. *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*. En: Revista Alteridades, Estado Nacional, autodeterminación y autonomías. México. Universidad Autónoma Metropolitana, año 7, No. 14, 1997, pág. 110.

Cuadro 2
Etnias Indígenas de Colombia



Fuente: Asuntos Indígenas. Ministerio del Interior. Diciembre de 1999.

1.2. La existencia cultural alterna de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución Política son el resultado de un proceso histórico de *resistencia*. Fueron capaces de transmitir a sus hijos un sentido distinto, con características diferenciales, para saberse miembros de un pueblo, pero también, colombianos pertenecientes a la Nación. Para alcanzar este objetivo, los pueblos utilizaron por generaciones, los procesos de socialización y control social propios, que resultaron muy eficientes para que pese a la imposición de otras formas de cultura, lograran seguir existiendo no sólo biológicamente, sino con horizontes de cultura compartida distinta.

Son los procesos de socialización muy temprana los que le van dando al individuo las nociones de semejante, pariente, extraño, de naturaleza, es decir, las clasificaciones generales y las estructuras particulares que brindan la orientación para asumir la vida social de una manera determinada y preferencial. Este proceso permite al niño el acostumbramiento necesario para introyectar también normas implícitas y explícitas que le definen las maneras de actuar de su familia, comunidad y pueblo, de acuerdo con sus valores culturales.

La principal directriz de una cultura consiste en *definir líneas de pensamiento* que le determinen al sujeto no sólo actitudes preferencialmente deseables sino, ante todo, los comportamientos obligatorios que de ser contravenidos acarrean una sanción. Estas normas, que están configuradas ampliamente y que no están escritas, hacen parte estructural de sistemas de ordenamiento normativo, llamados Derechos Propios, los cuales se definen sobre bases distintas y son los que se han reconocido en la Constitución.

El ordenamiento normativo, reglado de formas de convivencia, está tejido en estructuras culturales muy complejas, y no hacen parte necesariamente de una unidad diferenciada. Si bien el reconocimiento a estos ordenamientos es, sin duda, el derecho discriminatorio más positivo para estos pueblos, todo el contexto constitucional rompe el modelo monocultural, proyectando una dimensión de Nación que reconoce las diferencias de una manera real y no formal.

La Nación ha dejado de ser un bloque monolítico, para iniciar la valoración y el reconocimiento de la diferencia. Es importante aclarar que si bien es posible distinguir una sociedad por expresiones externas, como lengua y vestidos distintos, es necesario partir de que la cultura es un *sentido* ante la vida que se comparte y se expresa, a veces de manera visible y diferencial. Decimos “a veces” porque también existen pueblos que aunque comparten una cultura, la mayoritaria, porque aceptaron su Dios, hablan su lengua, se visten como campesinos de la región, y se han socializado para sentirse miembros de una colectividad, con derechos y deberes, siguen *sintiendo* y defendiendo el derecho étnico de seguir a sus autoridades y a su comunidad en los asuntos definidos como propios.

1.3. Los derechos diferenciados de grupo¹¹⁹

Con la Constitución de 1991, se exalta el reconocimiento como *sujetos colectivos* a los pueblos indígenas. Es necesario profundizar y reflexionar en la noción de *sujeto colectivo*, comparándola con el *sujeto individual*, a fin de comprender cabalmente este concepto y sus implicaciones.

Es importante trabajar la noción jurídica del *derecho subjetivo*, que tiene un correlato necesario en la noción de *sujeto de derecho*. Al consagrarse derechos, el ordenamiento jurídico supone la existencia de un sujeto de derecho, que es el titular de estos, y tiene en cuenta las características que confiere dicho status, al momento de decidir cuáles derechos debe concederle. Pero, ¿quiénes deben ser considerados sujetos de derecho? ¿Qué derechos deben tener los sujetos de derecho si se tienen en cuenta las particularidades de la realidad constituida como sujeto de derecho?

Esta realidad que es construida puede verse desde dos enfoques: la tradición liberal que se funda en una imagen del ser humano como ser racional y, por tanto, digno y capaz de ser libre; si cada individuo humano está dotado de razón, todos y cada uno de los individuos merecen un trato igual, correspondiente a su igual dignidad. Si, por otra parte, los seres humanos como entes racionales están en capacidad de ejercer la libertad, dotados para la libertad, deben ser tratados de tal manera que su libertad se vea garantizada, es decir, que puedan decidir cuál es la vida que quieren llevar¹²⁰. La tradición republicana, a diferencia de la liberal, parte de la visión del ser humano como ser eminentemente social y da prevalencia a la comunidad o al grupo sobre el individuo. Según esta postura, cada ser humano, debe ocupar el lugar que le corresponde frente al todo social y más que derechos, los individuos tienen deberes; es la comunidad el verdadero sujeto de derecho¹²¹. La comunidad es mucho más que la sumatoria de individuos y no puede equipararse a una asociación en la que sus miembros comparten unos propósitos.

1.3.1. El concepto de diferencia y los derechos diferenciados de grupo¹²²

Pero, ¿cuál es la diferencia de un pueblo indígena? La diferencia como la igualdad son conceptos relacionales. Entonces, considerar que dos grupos de personas aparentemente iguales son diferentes, no es más que el resultado de privilegiar en nuestras prácticas sociales

¹¹⁹ SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La jurisdicción especial indígena*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá Imprenta Nacional 1999.

¹²⁰ Dentro de los teóricos clásicos del liberalismo se destacan Kant en su libro *Crítica de la razón práctica* y *Fundamentos para una crítica de la razón práctica* y John Stuart Mill *On Liberty*. En el debate contemporáneo, la posición liberal encuentra su mejor defensor en John Rawls *Theory of Justice* y *Political Liberalism*.

¹²¹ Los fundamentos de la posición conservadora fueron esbozados por Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* y su *Política*.

¹²² Op. Cit. SÁNCHEZ BOTERO Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina.

un punto de comparación que lleva a concluir la diferencia o la igualdad: construimos primero los grupos y luego escogemos aspectos que nos hacen diferentes o iguales¹²³.

La categoría *pueblos indígenas* existe, precisamente porque en el encuentro de los dos mundos, unos se identificaron como conquistadores de las Indias; aquellos con los que se encontraron fueron identificados como conquistados; además, porque en el encuentro entre unos y otros, los parámetros de comparación utilizados llevaron a la consideración de que eran diferentes. Que la diferencia entre personas y grupos humanos sea construida no debe entenderse como un argumento en contra de la vigencia de la diferencia. Ésta existe en nuestras relaciones sociales. Entenderla como construida nos permite comprender que las percepciones de la diferencia pueden ser variadas y ponen en evidencia no sólo el factor histórico, sino el político en la diferencia. Al introducir la dimensión política en la comprensión de la diferencia, inmediatamente surgen preguntas como: ¿Quién construye la diferencia? ¿Quién tiene mayor poder o quién no lo tiene? ¿Con qué propósitos se construye: ¿para reforzar la dominación o para lograr la emancipación?

A la luz de estas consideraciones, volvamos a los derechos diferenciados de grupo. Habíamos dicho que se trata de derechos que se reconocen a grupos de personas. Se conceden porque se considera que estos grupos de personas son diferentes y porque ellos mismos reclaman su derecho a la diferencia. Esto, claro, todavía es muy vago. Quedan preguntas abiertas como: ¿cuáles son los grupos a los que en justicia deben atribuirse derechos? ¿quién decide cuáles son estos grupos? De lo dicho antes, se desprenden dos parámetros generales. Primero, deben atribuirse derechos a los grupos cuya diferencia se muestre como valiosa; segundo, deben atribuirse derechos a los grupos que reivindiquen ser diferentes.

Un caso que se ajusta a estas exigencias es el de los pueblos indígenas; existe un acuerdo general en torno al valor de sus formas de vida tradicionales y son ellos mismos, a través de sus movimientos y en sus interacciones con el Estado y la sociedad, los que han reclamado un tratamiento diferente. Otros casos como el de las mujeres, las negritudes, los homosexuales, no son fáciles.

1.3.2. La diferencia que reclaman y que se reconoce a los pueblos indígenas¹²⁴

Los pueblos indígenas, como se anotó anteriormente, constituyen un caso claro de aplicación de la teoría de los derechos de grupos: constituyen grupos y son grupos que han reclamado un reconocimiento de su diferencia y su diferencia es reconocida como valiosa.

Pero ¿cuáles son los derechos que les deben ser concedidos en justicia, atendiendo a sus realidades? Para abordar este punto, nuevamente hay que tener en cuenta cómo se ha construido la diferencia, poniendo atención, sobre todo, en cómo perciben los pueblos indígenas su diferencia.

¹²³ Ibid. Ejemplo: una manzana y una pera según como se miren, comparten aspectos comunes y aspectos diferentes; ser frutas las hace iguales, pero sus formas, colores y texturas distintas, las hace diferentes.

¹²⁴ Ibid.

La introducción de la denominación “pueblo indígena” parte de la consideración de que muchos descendientes de las culturas que habitaban los territorios invadidos, a pesar de la残酷 de estas dominaciones y de sus efectos devastadores sobre los habitantes del territorio conquistado, aún se encuentran agrupados en comunidades, algunos con formas de vida propias, que guardan relación con sus prácticas ancestrales, otros no se diferencian de los modos de vida de la sociedad mayoritaria, pero, unas y otras se sienten miembros de colectividades distintas¹²⁵. Algunas de estas comunidades se caracterizan por encontrarse ubicadas en un territorio definido (que no siempre coincide con el territorio ancestral), tener creencias, prácticas sociales, formas de gobierno, formas de resolución de conflictos y de socialización que son o han adoptado como propias. Su situación es particular, además, porque aunque reúnen las condiciones para conformar estados independientes, no lo son. Es precisamente ésta la razón que lleva a considerar cuáles han de ser sus derechos dentro del Estado del que hacen parte.

Recogiendo estos elementos, el Convenio 169 de la OIT (ratificado por Colombia e integrado a la legislación nacional a través de la Ley 21 de 1991), define como pueblos indígenas y tribales aquellos

“(a)...cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por completo o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales.

(b)...que son considerados como indígenas por ser descendientes de poblaciones que habitaban el país, o una región geográfica a la que el país pertenece, en el momento de la conquista o colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, sin importar su status legal, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas” (art. I, num. I)¹²⁶.

El proyecto de declaración interamericana de derechos de los pueblos indígenas¹²⁷, también recoge estos elementos en su art. 1, que define a los pueblos indígenas, así:

1. Aquellos que incorporan una continuidad histórica con sociedades que existieron antes de la conquista y el establecimiento de los europeos en sus territorios (alternativa 1) [así como los pueblos que traídos

¹²⁵ Aunque entre un venezolano y un colombiano no existen diferencias culturales, cada uno se siente miembro de una nación distinta. Este ejemplo sirve para comprender los sentimientos de pertenencia a un grupo distinto que puede tener un sujeto indígena.

¹²⁶ Convención No. 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en 1989, entró en vigor en septiembre de 1991 [citada en adelante como Convenio 169]

¹²⁷ Proyecto de “Declaración Interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su sesión 1278, 1995, publicado como O.A.S. Doc. OEA/Ser/l/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (1995) [en adelante citado como Proyecto Interamericano].

involuntariamente al Nuevo Mundo, se liberaron y restablecieron las culturas de las que habían sido arrancados] (alternativa 2) [así como los pueblos tribales que por sus condiciones sociales, culturales y económicas se distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status está regulado por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales].

2. El que un grupo se identifique a sí mismo como indígena o tribal debe ser considerado un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se les aplican las disposiciones de esta Declaración.

1.3.3. Los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución colombiana de 1991¹²⁸

La Constitución colombiana de 1999 consolidó una posición de reconocimiento a la diversidad cultural, que venía en proceso desde los años ochentas al interior del Estado colombiano, y también amplió este reconocimiento¹²⁹.

Cuadro 3

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ ARANGO Raúl y SÁNCHEZ Enrique, *Los pueblos indígenas en Colombia. 1997*, Bogotá: DNP y Tercer Mundo Editores, 1998, pp. 41-52.

**Artículos de la Constitución Política de Colombia
aplicables a pueblos indígenas**

Artículo de la Constitución	Objeto de la norma	Contenido del artículo.
7	Principio de la diversidad cultural.	“El Estado reconoce y protege la diversidad cultural de la nación colombiana”.
70 inc./2	Principio de igualdad de las culturas.	“La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (...”).
10.	Principio de oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios.	“(...) Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios (...”).
96	Indígenas como nacionales colombianos.	“Son nacionales colombianos: 1. Por nacimiento: a) Los naturales de Colombia (...); 2. Por adopción: c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos”.
10	Derecho a educación bilingüe.	“La enseñanza que se imparte en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.
68	Derecho a educación respetuosa de las tradiciones.	“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su integridad cultural”.
171	Derecho a elección en circunscripción especial electoral.	“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional”. “Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas”. “(...) “La circunscripción especial para la elección de senadores de las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral”. “Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministerio del Interior”.
176 inc. 3 y 4	Faculta al legislador para crear circunscripción especial adicional.	“La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior”. “Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”.
329 inc. 2	Derecho de grupo a la propiedad de la tierra.	“Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.
246	Derecho de grupo a administrar justicia.	“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”.
330	Derecho de grupo a la autonomía política.	“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 10. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 11. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 12. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 13. Percibir y distribuir sus recursos. 14. Velar por la preservación de los recursos naturales. 15. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades de su territorio. 16. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 17. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren. 18. Las demás que señalen la Constitución y la ley”.

330 par.	Derecho de grupo relativo a la explotación de recursos en territorio indígena.	“Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.
357	Derecho de grupo a la autonomía financiera.	“Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación. (...). Para los efectos de esta participación, la Ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios”.
329 inc. 1 y 3.	Entidades territoriales indígenas.	“La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. (...) La ley definirá las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.”

1.3.3.1. La aplicación práctica de los derechos constitucionales

Colombia ha tenido en la Honorable Corte Constitucional magistrados que han dado vida a los marcos constitucionales de una manera que verdaderamente desarrolla estos derechos. Las distintas Acciones de Tutela que llegan a la Corte han recibido, en general, tratamientos alternativos y edificantes muy valiosos, según el espíritu de la Constitución, como veremos en el siguiente cuadro.

Cuadro 4

Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Derecho	Sentencias
A la supervivencia cultural.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-428 de 1992 ▪ T-342 de 1994 ▪ T-007 de 1995 ▪ SU-039 de 1997 ▪ SU-510 de 1998 ▪ T-652 de 1998
A la integridad étnica y cultural.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-342 de 1994 ▪ SU-039 de 1997 ▪ SU-510 de 1998 ▪ T-652 de 1998
A la preservación de su hábitat natural (integridad ecológica).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-380 de 1993 ▪ SU-037 de 1997 ▪ T-652 de 1998
A la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad: Derecho a la titulación Derecho a la división de los resguardos Derecho a la unificación de los resguardos Derecho de exclusión del territorio indígena Límites al derecho de exclusión: a. Seguridad nacional Explotación de recursos cuando no se logra acuerdo, la consulta ha sido adecuada y la intervención es justificada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ▪ T-567 de 1992 ▪ T-188 de 1993 ▪ T-652 de 1998 ▪ T-257 de 1993 ▪ SU-510 de 1998 ▪ T - 652 de 1998 ▪ ▪ T-405 de 1993 ▪ SU-039 de 1997
A determinar sus propias instituciones políticas (autonomía política).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-652 de 1998
A administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica).	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-254 de 1994 ▪ C-139 de 1996 ▪ T-349 de 1996 ▪ T-496 de 1996 ▪ T-523 de 1997
A determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-342 de 1994

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ SU-510 de 1998
A la participación en la toma de decisiones que puedan afectarlos en su territorio.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ SU-039 de 1997 ▪ T-652 de 1998
A la igualdad lingüística.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-384 de 1994
Al reconocimiento y protección de su medicina tradicional.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ C-377 de 1994 ▪ T-214 de 1997
A la igualdad material (a acceder a prestaciones del Estado cuando su comunidad se encuentre en situaciones de debilidad manifiesta). Entre estas prestaciones se incluyen: educación, salud, suministro de agua potable, desarrollo social.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ T-342 de 1994 ▪ T-007 de 1995 ▪ T-717 de 1996 ▪ SU-039 de 1997 ▪ T-652 de 1998

1.3.4. El derecho a administrar justicia como un derecho especial de los pueblos indígenas¹³⁰

Los Defensores de Familia y sus equipos técnicos deben saber que es un derecho de los pueblos indígenas la facultad de administrar justicia en sus territorios. En efecto, a partir de la teoría sociológica se ha demostrado que la permanencia de un grupo como grupo diverso depende de su éxito en la transmisión de los valores culturales. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha definido una política pública a partir de este principio, reconocido por la Constitución. Este proceso social y cultural depende de la efectividad de las estrategias de sociabilización endógena (o transmisión de la cultura) y de la efectividad del control social. El momento de la sociabilización atañe a los primeros años de vida del individuo y ocurre principalmente en el entorno de la familia y la escuela (de ahí que las comunidades reivindiquen la posibilidad de educar a sus miembros según sus propias costumbres). El control social, por otra parte, requiere tanto de la posibilidad de establecer normas que desarrollen los valores culturales generales, como de la posibilidad de aplicar estas normas para corregir desviaciones.

Entre nosotros, para establecer una significativa comparación, el principal mecanismo de control social lo constituye el conjunto de *normas jurídicas* que es propiamente el derecho. Estas normas se diferencian de las normas morales y los usos sociales, cuya aplicación se asigna a un aparato especializado y bien identificado que integra el *sistema judicial*. El desarrollo de nuestras prácticas sociales nos ha llevado también a establecer reglas

¹³⁰ Op cit. SANCHEZ BOTERO Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina

específicas sobre quiénes pueden crear normas jurídicas y cómo pueden hacerlo, y a definir quiénes aplican las reglas jurídicas¹³¹.

Ahora bien, los pueblos indígenas no han tenido este mismo enfoque para asumir y vivir el Derecho. No identifican necesariamente un sistema de normas como *jurídico* para distinguirlo de otros. Tampoco reclaman todos tener un *sistema judicial*. Pero, para mantenerse como grupos todos han contado con métodos de control social. El reconocimiento y protección de estas prácticas es vital para que puedan seguir existiendo como grupos diversos. Este reconocimiento y protección se da a través del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia, según sus propios usos y costumbres. Estos derechos han sido reconocidos de manera directa, no sólo en la Constitución Política, sino en los múltiples proyectos y declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas. Con base en este reconocimiento, los Defensores de Familia tienen el deber de concertar salidas a los casos de protección.

1.3.5 El proyecto ICBF de atención integral a la familia indígena

Las áreas de intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en comunidades indígenas se interrelacionan estructural, funcional y operativamente, en razón de que se parte de la base de que la cultura es un todo integrado que identifica a un pueblo indígena. Los objetivos del Proyecto de Atención Integral a la Familia y al Menor Indígena cubren tanto el área de protección especial, como de protección preventiva, entendida la protección desde la filosofía de la convención de los derechos del niño, ratificada por la Ley 12 de 1991.

El artículo 29 del Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor-, que habla de las medidas de protección preventiva y de protección especial, se desprende del Decreto 2388 de 1979, en los siguientes artículos:

Artículo 53. “Por protección al menor se entiende el conjunto de actividades continuas y permanentes, encaminadas a proporcionarle un desarrollo integral; ésta Protección se podrá brindar en forma preventiva o especial”.

Artículo 55. “La asistencia preventiva se debe traducir en el conjunto de acciones necesarias para evitar el abandono del menor y la desintegración de la familia”.

¹³¹ Max Weber es uno de los sociólogos que con mayor lucidez ha presentado esta evolución. Usando los tipos ideales del derecho irracional material, irracional formal, racional material y racional formal, muestra cómo a través de la historia de occidente, el Derecho ha asumido la forma del derecho racional formal. El derecho racional formal se caracteriza por contar con reglas claras y con normas sobre la creación, cambio y aplicación del Derecho mismo. Véase WEBER Max, *Economía y Sociedad*, especialmente el capítulo titulado *Economía y Derecho*. Como mostraremos más adelante, uno de los más influyentes teóricos del Derecho contemporáneo, H.L.A. Hart, recoge estas impresiones de la sociología al explicar que nuestros sistemas jurídicos se caracterizan por contar con reglas secundarias que especifican la manera en que se determina cuáles normas son jurídicas y se establecen procedimientos para la creación, cambio y aplicación de normas jurídicas. Véase H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*.

Artículo 70. “Se entiende por protección especial, el tratamiento integral, legal, nutricional y social que se proporciona: a) al menor desprotegido (niño de la calle); b) al menor abandonado y/o en peligro moral; c) al menor abandonado con limitaciones físicas o mentales, y d) al menor con problemas de conducta, por violación de la ley o por desadaptación social”.

Cuando se hace referencia a protección especial se incluye la atención especializada que se brinda a través de los centros zonales, ya sea para consulta directa de los interesados, o por medio de oficio.

1.3.5.1. Fortalecimiento de normas propias de control social

El reconocimiento que hace el Instituto a los pueblos culturalmente diferenciados parte de la comprensión de que muchos de estos poseen sistemas propios de regulación interna con prácticas sociales y principios culturales diferentes, y que tienen sus propias normas y medios de control para resolver sus asuntos; pero, adicionalmente, que existen pueblos que *borraron* su propio sistema y participan de los medios culturales como el sistema de derecho positivo, de la sociedad mayoritaria para mantener una armonía social. Estos casos de pueblos indígenas que desde hace muchos años sacan los casos al Sistema Nacional, no impiden el reconocimiento étnico o la posibilidad para actuar y tomar parte en las decisiones correspondientes a sus intereses, toda vez que esta actuación no vulnere mínimos jurídicos. Quiere decir, que también tienen el derecho de ser interlocutores válidos frente a otras sociedades y que deben ser tenidos en cuenta.

Aunque los casos de protección son realmente escasos al interior de los pueblos indígenas, si los miramos con relación al artículo 30 del Código del Menor, estadísticamente muestran que se relacionan básicamente con problemas de hambre y desnutrición, ya que es un hecho evidente en estas poblaciones el poco control sobre el medio natural y las áreas de producción, consecuencia de los efectos de las migraciones de colonos, la violencia, el narcotráfico y los cultivos ilícitos.

Los mecanismos de control social establecidos por estos pueblos, puede generalizarse, orientan a darle a los niños, niñas y jóvenes un trato especial que se deduce a partir de las comunidades, de manera muy visible. Las relaciones cara a cara, y la existencia de lazos estrechos que crean deberes para con estos menores, definen un trato diferencial que hace difícil desviaciones contrarias a las establecidas como actuaciones de prevención. Existen principios culturales muy valiosos que le definen a los adultos actuaciones para el cuidado material y espiritual de los niños, las niñas y los jóvenes incluida una importante manera de inducirlos al mundo cultural propio que incluye todo el sistema de normas obligatorias. Mientras nuestra sociedad juzga algunos casos de indígenas como maltratantes a pesar de no serlo, en otros el maltrato pasa inadvertido, aun cuando constituye una experiencia evidente dentro de cualquier ámbito particular. Podemos concluir que el maltrato es un *juego de lenguaje*¹³², definido culturalmente, que debe descifrarse a la luz de una sociedad particular y

¹³² PEÑA AYAZO Jairo Iván WITTGENSTEIN y la crítica a la racionalidad. Ed. Universidad Nacional, 1994.

que manifestaciones aparentemente *chocantes* deberán relativizarse siempre y cuando no vulneren los mínimos jurídicos.

La madre nunca le dio un animalito como un pollito o un marranito para que cuando el arco iris quiera hacerle daño en castigo porque él se ha portado mal, el arco descargue el castigo sobre el animal y no sobre el niño. Caso Paez

No le dieron terreno porque era huérfano y tampoco le enseñaron los patrones de la cultura, por lo que el niño era considerado como una pobre *rueda suelta*. Caso Puinabe

◊ Indígena establece relación con indígena de otro pueblo

También, relaciones que se establecen entre personas de diferentes pueblos indígenas varían de acuerdo con la sociedad a la que pertenecen las personas implicadas, y en ocasiones a la condición de género. Las siguientes situaciones muestran las variables que se generan cuando los indígenas participan de mayores espacios de interacción, por ejemplo, universidades, congresos de organizaciones indígenas, cargos públicos, relaciones interétnicas e interculturales de pareja. En el último caso, los hijos son obligados a definir de hecho la preeminencia de una cultura sobre otra, o de factores culturales parciales, lo que acarrea conflictos desde una política de protección.

Mujer Arhuaca con hombre Inga padres de un niño que lleva el apellido del padre y luego el de la madre, aprende ambas lenguas y es socializado con los valores mixtos adaptados de las dos culturas. Al momento de pisar el territorio arhuaco, al hombre Inga no se le exige comportarse como arhuaco, se lo identifica como indígena de otro pueblo, pero a la mujer se le exige comportarse como arhuaca tradicional. Recibe tierra y debe trabajarla; también podrá sucederla a sus hijos.

En territorio inga, el hombre debe comportarse frente a los suyos como inga y se respeta que frente a su mujer tenga un trato diferencial en cuanto no asume el rol típico masculino propio, sino que asume a la manera de los arhuacos comportamientos internalizados por la convivencia con la mujer. Recibirá un terreno si lo trabaja y se le exige el cumplimiento de sus deberes los cuales nunca se pierden como hijo, vecino y comunitario.

◊ Indígena con persona no indígena

Cuando un hombre o una mujer indígena hace pareja con un hombre o una mujer no indígena, genera conflictos internos y externos a las dos sociedades. Estos conflictos deben ser resueltos de manera adaptativa y funcional, por lo menos en la sociedad en la que habita

la pareja. Los Tikuna registraron históricamente la conformación de familias entre mujeres tikuna y hombres blancos, lo que impedía la sucesión del clan a los hijos por línea masculina, ya que ellos como blancos no participaban de una organización social como la tikuna, dividida en clanes. Las autoridades internas, para dar salida a este conflicto en el cual muchos niños no estaban en posibilidad de estar clasificados ni tenían derecho a la sucesión del nombre de un clan, decidieron crear el *clan vaca*, para denominarlos y darles identidad.

◊ Indígenas de frontera

Recientemente vienen presentándose casos de mujeres y niños que vienen de Ecuador y Venezuela y representan un nuevo sujeto de atención para el Instituto, dada la protección constitucional para el indígena de fronteras. Es deber del Estado colombiano dar protección a estos casos como lo hiciera en la Guajira un Defensor de Familia que sabiendo que un niño bajo su tutelaje era venezolano asumió todas las medidas para retornarlo a su medio familiar. Al no poderlo lograr le dio protección en Colombia.

El área de Prevención, inseparable del área de Protección, que garantiza los derechos constitucionales fundamentales, está orientada al reconocimiento y fortalecimiento de las formas de regulación socio-política de los grupos. Su fin es lograr el pleno ejercicio de los derechos étnicos garantizados por la legislación especial, emanada del Estado y muy especialmente, el respeto de los usos, costumbres, valores y normas de carácter moral, religioso o de derecho propio, que orientan la conducta humana social¹³³.

1.3.5.2. La sociabilización endógena

La sociabilización endógena se refiere al proceso de transmisión de una cultura específica en condiciones particulares, a fin de adquirirla como patrón de identidad. Es la historia que se cuenta y se vive y que finalmente da sentido de pertenencia a partir de la autoreferencia. Este derecho ha sido reconocido de manera directa en las múltiples declaraciones y proyectos de declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas.

Cuadro 5.
El derecho de los pueblos indígenas a
administrar justicia en el derecho internacional

Instrumento	Disposición	Contenido
Declaración 1	Principio 4	“La tradición y las costumbres de los pueblos indígenas deben ser respetadas por los Estados y reconocidas como una fuente fundamental de derecho”.
	Principio 6	“Cada pueblo indígena tiene el derecho a determinar la forma, estructura y autoridad de sus instituciones”.

¹³³ Aporte sugerido por la abogada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar doctora Ana Margarita Olaya Rodríguez.

Declaración 2	Principio 9	“Las leyes y costumbres de las naciones y pueblos indígenas deben ser reconocidas por las instituciones legislativas, administrativas y judiciales de los Estados y, en caso de conflicto con las leyes del Estado, deben prevalecer”.
Declaración 3	Numeral 9	“El respeto por las formas de autonomía requeridas por los Pueblos Indios es una condición esencial para garantizar e implementar estos derechos [planteados antes en la resolución].”
	Numeral 10	“Más que esto, las formas propias de organización interna de los Pueblos Indios son parte del legado cultural y legal que ha contribuido a su cohesión y al mantenimiento de sus tradiciones socio-culturales.”
Proyecto Naciones Unidas	Artículo 33	“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas.”
	Artículo 34	“Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.
Proyecto Interamericano	Artículo 16	<ol style="list-style-type: none"> 1. “El derecho indígena es parte integral del sistema legal del Estado y del marco en el que su desarrollo social y económico ocurre. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y reforzar sus sistemas de derecho indígenas y también a aplicarlos en asuntos que ocurran dentro de sus comunidades, incluyendo los sistemas sobre posesión de propiedad real y recursos naturales, resolución de conflictos dentro y entre comunidades indígenas, prevención del crimen y persecución de criminales, y conservación de la paz y armonía internas. 3. En la jurisdicción de cualquier Estado, los procedimientos que involucren a los pueblos indígenas o sus intereses deben adelantarse de tal modo que se asegure el derecho de los pueblos indígenas a una completa representación con dignidad e igualdad ante la ley. Esto debe incluir el respeto a las leyes y costumbres indígenas y, cuando sea necesario, el uso del lenguaje nativo” (Traducción libre).

1.3.6. La consagración de la jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991¹³⁴

¹³⁴ Op. cit. SÁNCHEZ BOTERO Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina.

La propuesta para que las comunidades indígenas contaran con su propia jurisdicción fue presentada por el representante indígena Lorenzo Muelas Hurtado, a la Asamblea Nacional Constituyente. El art. 246 de la Constitución establece que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

La jurisdicción especial indígena enfatiza el carácter del Derecho de los pueblos indígenas, a la luz de la teoría de los derechos diferenciados de grupo. Tanto el texto de la misma Constitución, como el Derecho Internacional y las afirmaciones de la Corte Constitucional en la jurisprudencia, así lo afirman.

El art. 246 de la Constitución dispone que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales”. Esto se deriva del hecho de que la jurisdicción como función soberana del Estado, no necesita ser reconocida, sino regulada constitucionalmente. En el caso de los pueblos indígenas, que no son estados independientes, la posibilidad de administrar justicia sí necesita de un reconocimiento expreso. El hecho de que en el caso de la Constitución colombiana este reconocimiento no se haga por la vía de un imperativo, sino del verbo “poder”, indica que la Constitución no pretendía atribuir una función, sino un derecho a los pueblos indígenas.

El segundo tipo de argumento a favor de esta interpretación, como ya se dijo, proviene de los desarrollos que se han hecho con respecto a los derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional. Ya se mostraron los diversos instrumentos en los que aparece como un derecho la posibilidad de regirse por instituciones propias.

La Corte Constitucional colombiana reiteró que se trata de una potestad, de una atribución que la Constitución adscribe a las autoridades de los pueblos indígenas. Así, sobre el art. 246 de la Constitución, en la Sentencia S-139 de 1996¹³⁵, se afirma lo siguiente: “El análisis de esta norma muestra los elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas”. En la Sentencia T-254 de 1994¹³⁶, se afirma que: “La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales”. La jurisprudencia de la Corte es aún más clara al respecto en la Sentencia T-349 de 1996¹³⁷. En ésta, la Corte Constitucional reconoce la autonomía de las comunidades en cuanto a su decisión de asumir el conocimiento de un caso o no; dispone lo siguiente:

Consultar a la comunidad Embera-Chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus

¹³⁵ SC-139 de 1996, M. P. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

¹³⁶ Op. cit. GAVIRIA DÍAZ.

¹³⁷ Op .cit. GAVIRIA DÍAZ.

prácticas tradicionales, de las que hace parte la pena imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento.”

La Corte aquí, en lugar de obligar a la comunidad a realizar nuevamente el procedimiento, ordena que se consulte a la comunidad para que sea ella la que decida si asume el conocimiento del caso nuevamente o no. Y es precisamente esto lo que se desprende de considerar un derecho y no una función de las autoridades indígenas, el administrar justicia.

En efecto, cuando se atribuye un derecho, se abre al titular la posibilidad tanto de hacer aquello que se le autoriza (aspecto positivo del derecho), como de negarse o abstenerse a realizarlo (aspecto negativo del derecho). Entonces, la importancia de entender el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas como un derecho y no como una obligación, radica en que los pueblos indígenas dentro de la autonomía que se les confiere, pueden decidir el asumir o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia, simplemente está ejerciendo su derecho. Pero también, si la autoridad indígena decide asumir el conocimiento del caso, y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones con respecto a las determinaciones de los jueces ordinarios.

1.3.6.1. Protección y jurisdicción especial indígena

Para establecer la importancia que tiene la jurisdicción indígena respecto a los procesos de protección, ya sea en protección especial o en protección preventiva, es determinante conocer los elementos que la caracterizan¹³⁸.

Las autoridades indígenas tienen tres facultades en correspondencia con la jurisdicción especial: *conocer* de los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia le corresponden. Ello presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones. *Resolver* el asunto sometido a su consideración y, finalmente, la “potestad de *usar la fuerza pública* para hacer efectivas las decisiones judiciales”¹³⁹.

Lo anterior demuestra que la jurisdicción indígena es jurisdicción en el estricto sentido de la palabra y debe entenderse que estos elementos son constitutivos de ella. Cabe hacer, no obstante, las siguientes precisiones. De acuerdo con el art. 246 de la Constitución, la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas va acompañada de la facultad de hacerlo según “sus propias normas y procedimientos”, lo que implica que la forma específica que adquiera cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada uno de los pueblos. Son sus usos y costumbres los que determinan los conflictos de conocimiento de la autoridad judicial, los procedimientos que deben adelantarse para llegar a una decisión, la forma de la decisión, y la manera como será usada la fuerza para lograr el cumplimiento de la decisión.

¹³⁸ Enciclopedia jurídica OMEBA, Driskill S.A., Buenos Aires. Tomo XVII, p. 538.

¹³⁹ Ibid.

Lo anterior trae consecuencias muy directas que deben atender los Defensores de Familia y los jueces¹⁴⁰.

- ◊ La constitucionalidad de normas, medidas e intervenciones concretas en las sociedades indígenas que, de ser vulneradas en una u otra forma, afectarían la integridad étnica y cultural.
- ◊ El respeto por la diversidad en materia de derechos fundamentales deberá examinarse a la luz de del derecho de proteger la existencia de un pueblo y su integridad, a veces en tensión con otros derechos de carácter individual.
- ◊ La valoración por los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos internos.
- ◊ La validez legal de las decisiones que resuelven conflictos en los pueblos indígenas, así como la inviolabilidad para ser nuevamente juzgados por el sistema ordinario de justicia.
- ◊ La inviolabilidad de las decisiones indígenas; sólo en caso de violación al debido proceso podrían ser revisadas.

1.3.6.2. Las autoridades de la jurisdicción nacional y de la especial construyen salidas multiculturales e interlegalidades para los casos de protección

En este nuevo marco constitucional y legal, todas las autoridades involucradas en la protección a niños y niñas indígenas están aprendiendo a actuar en coordinación, para apoyarse y solucionar los casos. Si bien están claros los principios y motivaciones jurisdiccionales de orden sustantivo que orientan la obligatoriedad, es claro también que los mecanismos de articulación, desde el punto de vista procedural, no lo están. Lo anterior significa que es necesario un proceso de inducción entre las jurisdicciones involucradas, especialmente la jurisdicción de familia, que interrelacione los principios con los procedimientos, para alcanzar objetivos y metas concretas. Sirve esta inducción, que ha de hacerse en cada pueblo, con las autoridades de cada una de las jurisdicciones con las cuales el Defensor de Familia debe interactuar, para orientar las estrategias que asumiría cada parte, a fin de lograr una transformada manera de definir: *¿qué hacer?, ¿cómo?, ¿cuándo?, y ¿con quién?*, en situaciones distintas y con miras a apoyarse mutuamente en un futuro.

¹⁴⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. *El debate sobre el reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en Guatemala*. CEDLA. Amsterdam, 1998.

CAPÍTULO 2

LOS CAMBIOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA CONSTRUIR EL ESTADO MULTICULTURAL

Todos los funcionarios de las instituciones, como todas las personas en Colombia, sin distinción de etnia, raza o cultura, deben implementar cambios para hacer realidad el nuevo derrotero definido por la Constitución. Particularmente, las entidades públicas tienen que realizar importantes esfuerzos para modificar las proposiciones que sustentaban programas y proyectos de inversión social destinados a todos los colombianos, así como las adecuaciones metodológicas, relacionales y también de gasto público social, a fin de contribuir a la igualdad real de muchos compatriotas, cuyas condiciones son vulnerables. El Estado Social de Derecho implica que todo aquel que tenga el poder de contribuir lo haga, para que más colombianos superen la hambruna, la miseria, la marginalidad social, política, económica y cultural.

2.1. Desarrollo en el ámbito legislativo y diseño de los servicios

Los procesos de discusión sobre los nuevos conceptos acerca de la sociedad multicultural y los nuevos enfoques para cambiar las miradas monoculturales tradicionales, han sido determinantes para influir en la disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sobre el inicio de un proceso de adecuación del sistema de Protección con el rumbo específico de dar vitalidad al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Una respuesta a esta necesidad ha sido conocer las historias sociofamiliares de niños y adolescentes tenidos en cuenta como pertenecientes a pueblos indígenas particulares, superando una simple aplicación técnica del derecho, la antropología, la nutrición, el trabajo social, que hace el equipo interdisciplinario que participa orientado, ante todo, a realizar una intervención judicial o administrativa, sin enmarcar las actuaciones en las causas o los efectos culturales. Por tanto, tales modos de actuar no pueden ser considerados como expresión de la “política de reconocimiento de los Estados liberales y democráticos, pues en ellos se dispone la asistencia a los grupos que se encuentran en desventaja, con el fin de permitirles conservar su cultura, aun cuando no coincida con las culturas mayoritarias o de masa (...), que se hará efectiva si se garantiza la presencia de instituciones públicas que no pasen por alto las particularidades culturales, al menos en lo que se refiere a aquellas de cuya comprensión y aceptación dependa la vitalidad misma de cada cultura”¹⁴¹.

2.2. Fundamentos institucionales para una política de protección multicultural

La respuesta al reto de pasar de una sociedad monocultural a una multicultural se justifica en función de dar respuesta a las características de las nuevas relaciones a establecer entre la sociedad hegemónica, mayoritaria y las sociedades minoritarias cuyo fundamento esta en la Constitución. Ello define que hay que gestar un nuevo enfoque metodológico. La manera

¹⁴¹ GUTMAN Amy. *Multiculturalismo y Política de Reconocimiento*. México D. F. Fondo de Cultura Económica, 1993.

como estos elementos constitutivos se apliquen definiría el tipo de intervención o no intervención que caracterice al nuevo modelo.

- ◊ *El Sistema Nacional de Protección no siempre interviene, y cuando lo hace, es de manera tangencial.* Aquí se hace relación a un primer grupo de casos, en el que los servicios de protección cumplen funciones de resolución alternativa de problemas familiares que afectan a los niños indígenas, y en el primer abordaje son delimitados en términos de su grado de conflictividad jurídica. Los instrumentos se orientan, entonces, a desarrollar un proceso facilitador de solución extra-judicial, a través de la devolución del caso a la comunidad o de la búsqueda de una mediación. La persona que recepciona los casos deberá, conociendo este marco, reorientar decisiones cuando sea competencia de la autoridad de la jurisdicción indígena.
- ◊ *La institucionalización del modelo de relación para la protección: Defensor de Familia – autoridades indígenas, es fundamental para procurar la resolución de casos de protección y asegurar la integridad del pueblo indígena.* Comprende al mismo tiempo, la posibilidad de modificar factores restrictivos y represivos previos al orden multicultural, por un aumento de la capacidad del pueblo para aplicar el saber y potencial propios.
- ◊ *El Sistema Nacional de Protección moviliza recursos indispensables.* Los servicios de protección en ocasiones definen la necesidad de proveer servicios que los pueblos indígenas no pueden proveer al niño que los necesita. Estos casos indispensablemente serán asumidos por la administración pública nacional, a través del Defensor de Familia. La mayoría de los casos se refieren a menores con graves problemas de salud.
- ◊ *La estructura de la sociedad multicultural establece restricciones a las Defensorías de Familia, para llegar a intervenciones integradoras y homogéneas.* El conocimiento del equipo interdisciplinario, integrado por psicólogo, antropólogo, trabajador social y nutricionista, es fundamental para romper esquemas disciplinarios, convencionales y generalizados.
- ◊ *El Programa de Prevención a la familia indígena es fundamental como una intervención que moviliza recursos personales, familiares o de la comunidad inmediata, programas que evitan muchas acciones de protección preventiva.* Aquí entendemos por prevención potenciar la capacidad de defensa de un grupo sobre el control de factores biológicos, culturales y sociales que son decisivos para la conservación de su existencia y su posición en la sociedad, y que también inciden directamente en los niños.

2.3. La política pública del ICBF para pueblos indígenas en el área de protección

Las políticas públicas de Protección para los niños y niñas indígenas que ha venido implementando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, son el resultado de la

actividad de varias instancias, cuyas funciones se orientan a la toma de decisiones concernientes al servicio público, a fin de afrontar los casos de las familias y los niños indígenas como miembros de pueblos particulares y sujetos de tratamiento especial. Estas políticas definidas y puestas en práctica se refieren a las finalidades, valoraciones explícitas o implícitas que se han hecho de la nueva Constitución Política de Colombia de 1991 y que responden a tres preguntas básicas: ¿por qué una política pública diferencial? Frente a ésta se ha definido un marco de orientación: ¿qué debe contener esa política?, define lineamientos para el cumplimiento de la misión y ¿cómo implementarla? construye los marcos de un programa o una perspectiva de actividad y acción.

2.3.1. ¿Por qué una política pública de protección diferenciada?

A toda política pública de protección subyace una teoría del cambio social, en virtud de la cual una relación de causa y efecto está contenida en las disposiciones que rigen y fundamentan la acción pública considerada. Esta causalidad es normativa. Se identifica a través de los objetivos, los contenidos y los instrumentos de acción de que se dota a la autoridad gubernamental para generar, a partir de realizaciones, los efectos o impactos sobre el tejido social. En otros términos, los servidores públicos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deben leer los nuevos acontecimientos que se han dado a la luz de los tratados internacionales, la Constitución, la jurisprudencia, la doctrina y, en general, la gran riqueza de las relaciones con las comunidades indígenas. Si el ICBF recurre a generar un cambio, entonces es necesario definir ¿qué será inducido? y ¿por qué? La institución sabe que su acción como autoridad gubernamental se comporta como un operador, al asumir que su intervención producirá un resultado. Los nuevos lineamientos son portadores de una representación de las razones por las cuales se generará dicha consecuencia, de una legitimidad de su eficacia que es también una anticipación del encadenamiento de acontecimientos, entre sus propias realizaciones y los efectos sobre las comunidades indígenas y los niños de éstas que se encuentran en dificultades.

2.3.1.1. Los pueblos indígenas sujetos de discriminación positiva

Es importante destacar que los pueblos indígenas como sujetos de *discriminación positiva* en la Constitución, como hemos visto, son sujetos de derechos fundamentales como pueblos. Los derechos de los pueblos indígenas como sujetos colectivos deben ser tenidos en cuenta de manera obligatoria, lo que cambia el panorama por cuanto antes de la Constitución actual sólo existían derechos para los sujetos individuales. Colombia, además de proteger los derechos de las personas, tiene que proteger los derechos de grupo de estos pueblos.

Puesto que los pueblos indígenas y sus comunidades hacen parte de un Estado independiente y no son ellos mismos estados independientes, es importante que sean tratados con igual consideración. Este tratamiento justo implica, por una parte, el reconocimiento, como pueblos, de los derechos diferenciados de grupo; por otra, el reconocimiento a los individuos, en tanto individuos, de los derechos que se conceden a los demás ciudadanos. En particular,

es importante la garantía de la no discriminación negativa por su pertenencia a grupos indígenas¹⁴².

Estos dos conjuntos de derechos, los diferenciados de grupo y los individuales pueden, sin embargo, entrar en contradicción. Los derechos individuales, nacidos dentro de la tradición liberal occidental, no necesariamente hacen parte de las cosmovisiones de los grupos indígenas. El despliegue de la autonomía de cada pueblo indígena puede implicar la violación de los derechos individuales de sus miembros. ¿Cuál derecho debe prevalecer: el derecho del grupo o el derecho del individuo miembro del grupo? La respuesta no es fácil. Si se hace prevalecer el derecho del individuo, se está exigiendo que el grupo adopte los valores de la tradición liberal monocultural y con ellos una forma distinta de ver el mundo, lo que es contrario a la filosofía que inspira la protección a los derechos de grupo, por ejemplo, la que sostiene que cosmovisiones distintas de la liberal también son valiosas. Si se hace prevalecer el derecho del grupo, por otra parte, se deja al individuo que hace parte del grupo, sin ninguna protección del Estado al que pertenece. En cuanto valora y protege la diversidad, la mejor alternativa frente a esta disyuntiva es la del balance, o como planteaba Aristóteles, la de encontrar el justo medio, el término medio. Ya se ahondará en este asunto cuando se trabajen los casos¹⁴³.

2.3.1.2. La autonomía

A partir de esta construcción de la diferencia, se define como principal derecho de los pueblos indígenas la autonomía, que en este caso implica que el grupo puede tomar las decisiones que son vitales para su permanencia como grupo; es decir, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas.

Con base en los derechos de grupo de los pueblos indígenas, los niños y niñas indígenas de Colombia que se encuentren en situación irregular, deberán ser tratados de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando no se vulneren los mínimos jurídicos que trabajaremos en el capítulo siguiente.

2.3.2. ¿Qué debe contener esa política?

- ◊ *Un marco constitucional y legal.* Es necesario que incluya y enmarque el derecho que garantice a los niños, niñas y jóvenes indígenas su protección, sin vulnerar el derecho de su pueblo para seguir teniendo una existencia cultural alterna.
- ◊ *Un enfoque metodológico.* La investigación-acción - que permite tomar decisiones a los profesionales, con base en un conocimiento particular-, no se reduce a transferir

¹⁴² Op. cit. Sánchez Botero Esther JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. Este derecho también ha sido incluido en la mayoría de las declaraciones y proyectos de declaraciones internacionales mencionados. Véanse, entre otros, los arts. 8 numeral 3 y 20 numeral 3 del Convenio 169, de la OIT. Art. 2 en el Proyecto de las Naciones Unidas y el art. 6 del Proyecto Interamericano.

¹⁴³ Ibid.

actuaciones modelo estandarizadas, técnicamente precisas, sino que cada caso requiere una aplicación construida de manera edificante que se pueda distinguir de otras. Presupondremos que los actos o medidas asumidas se articulan en torno a uno o algunos ejes específicos que comparten un denominador común.

- ◊ *Orientaciones valorativas.* La actividad pública del Defensor de Familia es la expresión de finalidades y de preferencias, que él aborda y valora conjuntamente con el equipo, para decidir, el interés superior del niño pero sobre la base del fortalecimiento de la etnicidad y la cultura del pueblo al que pertenece.
- ◊ *Intercomunicación de autoridades.* La actividad pública del Defensor de Familia procede de la autoridad de la que está investido. Sin embargo, sabe que debe proceder con otro igual, quien como autoridad también tiene la competencia y la legitimidad que es la de la autoridad tradicional legal. Por ello, el acto público está habilitado en tanto que sea expresión de las potestades públicas. La autoridad de la que están investidos se impone a la colectividad.
- ◊ *Competencia social.* Por último, una política pública, por su competencia, por los actos y disposiciones que afectan la situación, los intereses y los comportamientos de los pueblos, debe identificar el campo particular de la acción considerada y las implicaciones que trae. Esta noción no puede reducirse bajo ningún pretexto a un enfoque jurídico solamente.

2.3.3. ¿Cómo implementar la política pública de protección?

Con base en los marcos sustantivos que establecen un campo para la acción, los equipos de apoyo de los Defensores de Familia deben iniciar los cambios en los procedimientos que de manera práctica se tienen que registrar en las historias sociofamiliares. Estos cambios son de dos tipos: unos formales, como una nueva estructura de historia sociofamiliar que permita dar cuenta de los aspectos particulares de una sociedad marcadamente distinta y otros que, de manera directa, tocan el corazón de la política, es decir, todos los ajustes necesarios para fortalecer al pueblo indígena particular del que provenga el niño.

2.3.3.2. Implementación de la política pública de protección con las autoridades indígenas tradicionales.

Un Defensor de Familia, en su esfuerzo por proteger a un niño perteneciente a una minoría étnica y cultural indígena, está obligado a contactar a las autoridades del pueblo en cuestión, dando cumplimiento al art. 246 de la Constitución de 1991, que dispone el reconocimiento y valoración de la diversidad étnica y cultural y de conformidad con los arts. 7 y 70 de la Carta Política, según los cuales se deben realizar actuaciones coordinadas en todos los casos. Recordemos que uno de los derechos constitucionales fundamentales del niño, reconocido en el art. 44 de la Constitución, es el derecho a la cultura, derecho que en el marco de una sociedad multicultural debe ser interpretado, en primer lugar, como el derecho a la cultura propia.

Las regionales ICBF deben promover e implementar encuentros entre autoridades indígenas y no indígenas de Protección, con el objeto de garantizar los derechos de los niños indígenas. Estos encuentros permiten compartir el conocimiento para actuar en prevención de situaciones que pongan en peligro los niños, niñas y jóvenes indígenas, particularmente para definir medidas compartidas, con el propósito de atenderlos en situaciones difíciles.

Los Defensores de Familia y sus equipos técnicos deben reconocer y valorar la autoridad indígena como depositaria de legitimidad y dotada de potestades públicas. La Constitución les abrió paso a sus demandas y les otorgó una condición que los coloca en igualdad de condiciones para tomar medidas de protección.

En este proceso de ajuste de todas las instituciones en relación con la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, un problema que afronta el Defensor de Familia es el relacionado con el hecho de que en los pueblos indígenas existe toda una gama de instituciones, de organismos, de “estatutos” que forman una zona gris, conocidos como *autoridades tradicionales*. Estas autoridades pueden definirse porque vigilan y administran bienes colectivos, con base en procedimientos específicos. Dado que generalmente se cree que las autoridades actúan por medio de un aparato organizado (pero no siempre), puede caerse en la tentación analítica de incurrir en un positivismo ingenuo, si sólo se toman en consideración los parámetros de la sociedad mayoritaria y la manera como allí se producen actuaciones, ya que se puede cometer el error de atribuir al actor actos jamás elegidos ni considerados por él.

La gestión interna del Defensor de Familia consiste en la movilización que hace como autoridad pública de los recursos propios que puede utilizar, a fin de producir realizaciones concretas. Dicha actividad pública, en principio, está regulada de manera interna porque dispone de lineamientos, instrumentos y herramientas que permiten asegurar una relación entre los medios y los resultados que se desean obtener como productos identificables. Desde este punto de vista, aparte de las particularidades ligadas al contexto jurídico es importante valorar que, aunque de diferentes maneras, las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades tradicionales son, en principio, recursos jurídicos propios.

2.3.3.2. Implementación de la política pública de protección con los supuestos normativos, jurídico-constitucionales y de filosofía política del multiculturalismo

La acción multicultural de protección a un menor indígena debe quedar registrada en la historia sociofamiliar, por una cadena de pruebas que busca informar: a) la pertenencia de un niño a un pueblo particular; b) los motivos por los cuales el menor se encuentra en la sociedad mayoritaria y no es objeto de protección internamente; c) las relaciones que se establecen culturalmente entre un menor y su familia, entre la familia y su comunidad y entre ésta y la autoridad tradicional¹⁴⁴; d) las situaciones definidas cultural y normativamente en el pueblo particular que lleven a concluir que un menor se halla en situación irregular, lo cual a la luz del Código del Menor significa que técnicamente se puede encontrar en una de las situaciones descritas en el art. 30 de la citada normativa, en especial, en peligro o irregularidad, consecuencia de la inasistencia o el abandono; visión normativa abierta y

¹⁴⁴ Ver anexo. Instrumento sociocultural de Protección.

edificante de lo diverso, e) las manifestaciones de pluralismo jurídico que con base en el ordenamiento propio informen sobre los antecedentes y tratamientos dados, según las normas que se orientan a proteger al niño y, finalmente, f) la evidencia de las causas u origen de la situación, diferenciando entre causas materiales, económicas, de enfermedad, malformación, orfandad, y causas culturales definidas, como el nacimiento de mellizos, el rechazo a un miembro de género masculino, la estigmatización al hijo de padre o madre no indígena, o la demanda del duende para recibir un niño, entre muchos otros ejemplos.

2.3.3.3. Implementación de la política pública de protección con trabajo interdisciplinario e intercultural

En el presente análisis mostramos cómo las experiencias más enriquecedoras y eficaces para los casos de Protección, son aquellas en las que tanto el equipo de trabajo interdisciplinario, indispensable para tomar decisiones integrales de Protección, acuerda medidas con bases transdisciplinarias que trascienden el enfoque disciplinario individual, y culturalmente definido desde una sola sociedad. Este enfoque, además de enriquecer la simple perspectiva legal que puede tener un caso, transforma con el otro profesional un nuevo modo de actuar frente a situaciones estructuralmente equivalentes; es decir, la afirmación apunta a una participación de todas las partes de manera propositiva y de resultados.

Los trabajadores sociales han venido trascendiendo una sola visión de *vida buena, de calidad de vida o de desarrollo*. Quiere decir, que en sus encuentros con las familias indígenas y con el marco de la metodología investigación-acción, encuentran explicaciones y justificaciones que deben ser valoradas desde estas sociedades. Saben que el equilibrio de una familia no radica en los bienes materiales exclusivamente, sino en condiciones socioafectivas que son las fundamentales para que un ser humano crezca y tenga bienestar. Los puntos de referencia, entonces, no son apreciados desde una sola sociedad, sino desde las mismas comunidades, lo que permite la construcción de conceptos sociales próximos a la realidad particular.

Visitada la casa para posible hogar sustituto del niño Chocue, encontré piso de tierra, duermen en el suelo en esteras, comparten con un Perrito. Adolecen de vajilla, ollas y en general, elementos de la vida urbana. Toman el agua de una fuente a una cuadra más o menos. Sin embargo, pude apreciar una calidad de vida especialmente armónica, en donde suavemente la madre da órdenes, se preocupa porque sus hijos coman bien y para ello dispone de una buena huerta con comida suficiente. Creo que Tomás estaría muy bien con esta familia que desea cuidarlo. El padre manifestó su deseo de tenerlo como un hijo. Trabajadora Social.

En reunión con el gobernador del Cabildo, éste nos dice que cree que los niños necesitan familia nacional. Esto hay que considerarlo, porque aunque los tíos de los niños viven en casa buena de cemento, tiene ciclas, varios semovientes y son estudiados, no manifestaron aprecio y amor a los niños y esto es lo que debemos mirar. Mi informe y recomendación es que dentro de la comunidad no hay condiciones buenas para los niños Joly. Trabajadora Social.

El Defensor de Familia reconoce legitimidad y criterios valorables en las autoridades indígenas, sean políticas, religiosas, médicas o judiciales. Sabe que con éstas y con el equipo llegarán a propuestas de salida edificantes.

Aunque dice la madre que no deja el niño en el hospital porque de acuerdo con sus costumbres un niño enfermo debe permanecer con su madre, es necesario dejarlo, pues el niño está en peligro de muerte. Podemos pedir que el médico tradicional le informe a la madre en sus códigos de salud, que ésta es enfermedad de blanco y que no se puede poner en peligro de muerte al niño. Esta afirmación comporta dos elementos de capital importancia: el derecho constitucional fundamental a la vida y la prevalecencia del interés superior de los niños. Defensor de Familia.

La psicología transcultural y comparada parte del reconocimiento de que los estados de bienestar psicológicos son parcialmente definidos por la cultura. Los diversos factores que producen miedo, sentido del éxito, desprecio o estigma social provienen de patrones culturales que definen para los individuos estados emocionales no necesariamente compartidos por todas las sociedades. Mientras unos mellizos producen terror en una sociedad, para otras pueden significar fertilidad y buen augurio. La construcción y sentido o juego del lenguaje de peligro, o de padre amoroso, se comparte socialmente, pero debe ser desentrañado. Las señales sólo son señales en tanto no sean descodificadas y para ello se requiere conocer el significado que en la particular sociedad se da a una determinada realidad.

Los psicólogos que trabajan en Protección vienen registrando mediante la investigación-acción, la observación de casos individuales orientados a definir posibles trastornos intelectuales o emocionales de niños, niñas y jóvenes indígenas en situación de peligro. El diagnóstico y la terapia han contribuido de forma sinérgica y como tal indispensable, para el abordaje de casos muy complejos. Su gran aporte radica en que se ubica desde un referente psicológico en la otra sociedad, con apoyo del antropólogo y, desde allí, definen medidas. Algunas actuaciones permiten predecir el impacto de una medida sobre un menor.

No se qué significa ojeado y dicen los padres que el niño está desnutrido porque estaba ojeado. Es necesario que mientras el niño esté en el hospital, se le proporcione y mantenga con el amuleto que los padres creen que necesita. Esto les da tranquilidad a los padres y no afecta al niño para nada. Esta creencia genera tanto en los padres como en el niño seguridad y confianza. Psicóloga.

Las manifestaciones del joven al acariciar físicamente a otro joven no son clasificables como homosexuales. Los Inga tienen maneras para relacionarse entre sí a nivel del género masculino, que no se identifican con las de nuestra sociedad. Vale la pena agregar que es necesario respetar estas expresiones como las formas propias culturales que existen entre los jóvenes Inga para darse afecto. Psicólogo.

Los nutricionistas del equipo de protección saben que en su trabajo con la familia indígena el consumo de los alimentos, como otras actividades biológicas de sustento son un aspecto del comportamiento cultural. En ninguna sociedad se permite comer cualquier cosa, en cualquier

sitio, con cualquiera y en todas las situaciones. Por el contrario, el consumo de alimentos está sometido a reglas y costumbres que se entrecruzan en diferentes niveles de simbolización. Éstas definen los contextos y agrupaciones sociales dentro de los cuales se consumen alimentos, o una clase particular de alimentos, y prohíben o consideran como tabú algunos de ellos. Tanto definir qué es alimento, como su producción, distribución y consumo tienen siempre lugar con relación al status y categorías de los individuos, así como con variedad de relaciones de proximidad, fraternidad, religioso-rituales y de familiaridad. La alimentación culturalmente definida por una sociedad determina alimentos por género, edad, estados de salud o enfermedad y también alimentos tabú.

Al comienzo, en mi primera visita a la comunidad, pensaba ¿qué comerán? Realmente no veía huerta, animales y el mercado en la casa era escaso. Posteriormente me di cuenta que cazaban pájaros, palomas, animales de monte, comían muchos cogollos que desconocía por completo y me dije: "todo esto es comida, comida distinta y es la que ellos tienen y de la que disponen en su medio". Entonces me dediqué a aprender recetas de ellos y ahora dialogamos sobre alimentación con base en sus propias condiciones. Yo sólo he recalado la importancia de una alimentación muy especial para los chiquitos y para las embarazadas. Antes yo definía e imponía unas dietas y minutos que aunque realmente elevaban condiciones nutricionales, terminaban por eliminar sus propios patrones alimentarios. Hoy podemos elevar condiciones sobre la base de sus propios hábitos alimenticios y conocimientos culinarios, que son realmente culturales.

No es válido que por el hecho de haber estado en un hogar sustituto de blancos, la niña no pueda volver a adaptarse a la comida de su familia indígena. Los Nukak Maku tienen muchos productos que transforman en alimentos para ofrecerle y ese no sería motivo para impedir su regreso. Los seres humanos podemos adaptarnos a los cambios de comida. Al comienzo habrá rechazo, o a lo mejor retomará, por recuerdo, el agrado a la comida que comió antes de llegar al hospital. Nutricionista.

Frente a los casos provenientes del mundo indígena, el Defensor de Familia y sus equipos deben preguntarse: ¿cómo se explica y comprende el caso particular con relación a los diferentes aspectos investigados por los miembros del equipo? ¿con qué frecuencia se presentan situaciones parecidas? ¿cómo se puede contrastar la interpretación y la explicación desde ese otro sistema con relación al caso? ¿cómo las categorías de protección, peligro, abandono, enfermedad, lo definido como prohibido, lo permitido, las transgresiones y sanciones, entre otras categorías que emergen y se reconocen, según marcos culturales y dinámicas internas, participan frente al caso? Finalmente, ¿cómo el intercambio de saberes contribuye al entendimiento intercultural?

2.3.3.4. Implementación de la política pública de protección interpretando las señales que emiten los pueblos indígenas

Las señales que emiten estos pueblos deben ser interpretadas desde dos posiciones: desde la mirada del otro, y desde el equipo de Protección. El objetivo es definir con claridad tanto las

tensiones y conflictos culturales como los biológicos, físico-nutricionales, psicológicos y normativos que los casos presentan.

Los sistemas indígenas son autorregulados, cerrados, desde el punto de vista de la información. El significado de una *señal* no se traslada del emisor al receptor; lo único que se traslada son las señales y éstas son sólo señales en tanto alguien pueda codificarlas, para lo cual es indispensable conocer su significado.

¿Qué significa que una madre paez mastique el alimento para su hijo hasta que el niño camine?

¿Por qué un niño puinabe no puede comer el alimento que le ofrece y regala su vecina, cada vez que ella lo llama para darle una cabecita de pescado?

¿Por qué un niño Wayu se identifica sólo con el nombre del clan de la madre y no se registra con el del padre?

Con base en estos ejemplos cabe preguntarse, ¿para conocer los significados que entrañan mundos culturales distintos debemos codificarlos sobre la base de nuestro propio sistema y, adicionalmente, clasificarlos acorde con nuestras propias matrices de órdenes? Esta pregunta es común para todos los grupos envueltos en la sociedad multicultural. Sin embargo, ¿cómo establecer diálogos de entendimiento intercultural si se supone que este tipo de intercambio se ha realizado sólo con base en el discurso propio de una de las partes?

Como de lo que se trata es de *explicar, de comprender* un hecho, ello significa *captar conexiones*, y captar e interpretar el sentido consiste básicamente en conocer la *conexión de sentido*.

Para aproximarnos a las culturas Paez, Puinabe y Wayu, en las que evidenciamos los hechos que observamos y expresamos anteriormente, podemos conectar y encontrarles sentido con base en las siguientes reflexiones, que corresponden a cada uno de los ejemplos mencionados:

Los paezes que tienen una alta valoración por los niños, consideran que estos no pueden tragar alimentos sólidos. Deben estar hechos papilla en la boca de la madre, para luego pasarlo al niño. Existe una sobreprotección comparativamente con nuestra sociedad y una cercanía a la madre, la cual crea en la primera infancia un vínculo muy estrecho y una conciencia muy clara de lo privado. Es el padre el que después insertará al niño en el ámbito de lo público. La comida masticada por la madre no es, según los paezes, una fuente de contaminación.

Con base en un sistema de organización social exogámico, matrilocal, los Puinabe, a través de la madre de un pequeño hijo, van conectando a este con mujeres con las que él como adulto, posiblemente podrá hacer pareja; recibirá comida preparada por parte de su posible suegra. Si hace pareja en el futuro con la hija de esta mujer que de niño le daba cabecillas de pescado y gallina, deberá ir a vivir al territorio de

ella, con su hija y ésta como esposa, le preparara comida y él, entonces, ya casado, comerá en el territorio al cual ha migrado.

El parentesco Wayu se define por línea materna.

2.3.5. La construcción de entendimiento intercultural parte de lo local

Los casos de Protección, competencia de los defensores de familia, deben constituirse en la base de una directriz para la formulación local de políticas de atención a la familia indígena, entendiendo por éstas, las unidades estructurales, según concepciones culturales, usos y costumbres particulares. Sin esa fuente de información, las políticas en defensa de la familia que aplique la Regional ICBF en cuestión, correrán el riesgo de no corresponder a las necesidades reales de los grupos que están dentro de su jurisdicción, que además debe atender y serán, por tanto, ineficientes.

La historia sociofamiliar diseñada a nivel nacional es un instrumento que puede adecuarse y potenciarse para registrar los casos de protección a niños indígenas, los cuales por provenir de diferentes etnias y culturas, requieren de un manejo diferencial de la información.

Debe recordarse que el Estado debe “promover la investigación y la difusión de los valores culturales de la nación” (art. 70 de la C.N.). Este mandato hace pensar que los servidores públicos encargados de gestionar asuntos con indígenas, son los más indicados y responsables de la promoción de la investigación cultural necesaria para el óptimo desempeño de sus labores. En conclusión, un Defensor de Familia y el equipo interdisciplinario que adelantan una investigación de Protección de un menor indígena, para evaluar desde una perspectiva multicultural y de pluralismo jurídico el caso, deben realizar un gran esfuerzo por ahondar en el conocimiento complejo de la sociedad indígena respectiva.

En Colombia, tal perspectiva se aprecia en las sentencias de las cortes¹⁴⁵ y las sentencias provenientes de las autoridades de los mismos pueblos¹⁴⁶; también se ha comenzado a establecer un sistema de investigación previo que busca con estos pronunciamientos conocer las señales desde el ámbito donde éstas se emiten para poder comprender, explicar, y consecuentemente, juzgar y decidir.

Torturar con fuete para castigar a un asesino es diferente de la necesidad de ser tocado por el rayo para pasar de un estado de oscuridad a uno de claridad¹⁴⁷.
Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ BOTERO Esther. *La tutela como medio de trasformación de las relaciones Estado pueblos indígenas en Colombia*. Ámsterdam: CEDLA, 1998.

¹⁴⁶ Estudio de casos de protección a niños y niñas indígenas fallados de acuerdo a las autoridades indígenas. ICBF.

¹⁴⁷ El Magistrado Carlos Gaviria Díaz, en la ST-523/97 desarrolló una importante argumentación para diferenciar la tortura de una práctica cultural como es el uso del fuete entre paeces, argumento en peritaje antropológico de Sánchez Botero, Esther y recogido del indígena Senador de la República Piñacue Jesús y de la historiadora Margarita Garrido en entrevista personal.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en una sociedad multicultural implica el *conocimiento profundo de las señales* que cada sociedad emite como construcción diferente de la vida armónica, y del límite para evaluar el peso de las acciones dañinas sobre su universo natural, animal y personal. Deben rechazarse las argumentaciones genéricas, tecnicistas, que si bien facilitan salidas en derecho a los casos, no exaltan, ni edifican con sentido de justicia una nueva realidad con base en la diferencia. El objetivo no es administrar justicia ni aplicar un proceso administrativo de protección como legislación especial para un niño indígena, con base en las mismas razones que se establecerían si fuera un raizal o un campesino, sino que se debe definir y valorar lo concerniente al modelo cultural específico que porta el individuo o grupo.

Frente al tema que nos ocupa, la interpretación de los hechos permite reforzar las formas propias de sanción para descuido, desatención, abandono, riesgo, peligro, y trascender la propia idea que se tiene sobre una señal, para lograr que el aparato de protección involucrado, reconozca elementos que caracterizan esta identidad.

Conocidos los campos de la cultura que intervienen de manera particular en un caso, es indispensable establecer las tensiones y los conflictos normativos, y definir los mínimos jurídicos impuestos para todo colombiano sin distinción de etnia, raza o cultura. Para ello, el Defensor de Familia y su equipo se preguntan: ¿hasta dónde pueden llegar las manifestaciones diversas? ¿se deben considerar todas las acciones jurídicamente válidas porque provienen de un pueblo indígena? ¿cómo proteger las manifestaciones de lo propio que garantiza la autonomía, cuando éstas resultan ilegales o antijurídicas para las normas del derecho nacional? La respuesta solamente puede darse si se aplica un cuestionario orientado a verificar el orden cultural y jurídico normativo respetable y valorable, y aquél que no puede ser admitido para ningún caso colombiano, es decir los mínimos jurídicos.

2.4. Herramientas básicas para la interpretación en la sociedad multicultural

El Defensor de Familia y su equipo, para asegurarse de que la medida que se ha tomado garantiza la efectividad de los derechos del sujeto colectivo, el pueblo indígena del que hace parte el niño en protección, -derecho reconocido constitucionalmente-, deben someter su análisis a unas pautas mínimas dictadas por la dogmática jurídica y, en particular, por las teorías de la interpretación constitucional y de nuevos paradigmas de la ciencia. Las seis pautas más importantes son:

- ◊ El principio de constitucionalidad, base para todos los argumentos.
- ◊ Los mínimos jurídicos de obligatorio cumplimiento.
- ◊ El Interés superior del niño en conflicto con el derecho indeterminado a la diversidad étnica y cultural
- ◊ El principio de proporcionalidad.
- ◊ La teoría del núcleo esencial.
- ◊ El test de igualdad.

◊ La aplicación edificante de la ciencia¹⁴⁸.

Es importante diferenciar que aunque la interpretación se orienta a justificar las actuaciones del equipo de Protección a la cabeza del Defensor de Familia, muchos casos provenientes de estos pueblos realizados por un sujeto o un grupo, no necesariamente guardan concordancia con la cultura; es decir, existen aberraciones, enfermedades mentales y transgresiones a las normas, que expresan una desarmonía en la salud, en los comportamientos obligatorios, que de ninguna manera son los productos culturales compartidos de una determinada sociedad, así sean frecuentes. Puede afirmarse que es una desviación que se está dando históricamente, o casos particulares, pero que no hacen parte de lo “marcado” en los miembros como deseable culturalmente. Una situación como una violación a un niño no hace parte del marco cultural de sexualidad de un pueblo, lo cual está establecido en el derecho propio. Pero, culturalmente sí existe el caso de un hombre adulto que pague dote para tener relaciones con una mujer de otro clan, distinto al suyo, mujer que no es su pariente, pero que es su hija biológicamente hablando. Podemos afirmar que este caso no sería una extensión de la prohibición del incesto en esta sociedad.

La historia de los derechos fundamentales y de los Estados constitucionales modernos reporta dos momentos de gran significación: el primero, el momento de las *declaraciones* de este tipo de derechos, y el segundo, el momento de la *aplicación judicial* de los mismos. El momento de las declaraciones se remonta a los últimos años del siglo XVIII, siendo la más importante la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa de 1789. La aplicabilidad judicial de los derechos fundamentales nace en 1803 con el fallo de un juez de los Estados Unidos, en el que se declara la *primacía de la Constitución* sobre el derecho ordinario. Mientras que en el momento declarativo de los derechos humanos éstos son vistos como “ideales”, en su aplicación judicial son reconocidos como “normas jurídicas” aplicables a los casos concretos. La función principal radica en limitar al poder burocrático, logrando así que valores mínimos sean respetados por la autoridad administrativa, e incluso respetados por la mayoría política que diseña las leyes, por cuanto éstas no pueden atentar contra los derechos fundamentales de los asociados.

La aplicabilidad judicial de los derechos fundamentales, en Colombia, nace con el control constitucional judicial que inspira la Carta Colombiana de 1991, a través de la acción de tutela: toda persona (art. 86 de la Constitución) puede someter al estudio de un juez si la acción o la omisión de cualquier autoridad pública amenaza o vulnera efectivamente uno de sus derechos fundamentales. De manera que las acciones u omisiones de los funcionarios del ICBF pueden ser objeto de control constitucional vía acción de tutela, como de hecho ya lo han sido.

La Constitución Política de 1991 introdujo un elemento que podría permitirnos hablar de “un tercer momento histórico” de los derechos fundamentales: el de la *aplicabilidad*

¹⁴⁸ Tanto el principio de proporcionalidad, la teoría del núcleo esencial y el test de igualdad fueron desarrollados con base en el artículo de Luis Carlos Sotelo Castro, *Derechos humanos en una república monocultural. La supervivencia cultural de lo diferente*. En: Revista Pensamiento Jurídico No. 9. Bogotá, Universidad Nacional, 1998.

administrativa de los mismos. En efecto, el art. 4 de la Constitución establece que “*La Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. Es decir, según este nuevo elemento, la primacía de la Constitución autoriza no solamente a los jueces de tutela, sino a toda autoridad pública a inaplicar en un caso concreto las normas generales que sean contrarias a la Constitución. En consecuencia, también los funcionarios administrativos deben velar porque en sus actuaciones los derechos fundamentales sean respetados. El funcionario no aplicará al caso concreto la norma legal que sea contraria a la interpretación constitucional vigente y en cambio, aplicará directamente la norma constitucional, ejerciendo de esa forma un control constitucional administrativo, técnicamente denominado *excepción de inconstitucionalidad*, desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución; acertadamente, así lo ha afirmado la Honorable Corte Constitucional¹⁴⁹.

Ejemplo claro de la utilización de esta herramienta es la orden proferida por la Corte Constitucional en su fallo T-384/94, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. En esa oportunidad, la Corte estudió si la aplicación de una circular proferida por el Gobernador del Guainía, en la que prohibía hacer proselitismo político en una lengua distinta al español por la radio oficial, vulneraba algún derecho fundamental del ciudadano indígena que había interpuesto la tutela y, en general, de las comunidades indígenas que habitan y hablan esa lengua en ese departamento. En la parte motiva de ese fallo, la Corte aclaró que:

Empero, no se trata de anular, por la vía de la tutela, una norma de carácter general e impersonal, como lo es la circular, sino de dejar sin efecto su aplicación, en un caso particular y concreto, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental.

“Esta potestad” de poder inaplicar a un caso concreto una norma general que continúa siendo válida y vigente en el orden jurídico, no sólo es de exclusiva potestad de los jueces, sino también, de los funcionarios de la administración pública. Por eso, en su parte resolutiva, la Corte ordena a la “Gobernación de Guainía”:

Inaplicar la circular 003 de febrero 2 de 1994 al señor Félix Gómez González, en todo lo que pueda implicar una discriminación en razón de su lengua materna y abstenerse en el futuro de incurrir en hechos como los que originaron el presente proceso. (T-384, parte resolutiva).

¹⁴⁹ El magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz reafirma en Sentencia C531 de 1993. La Constitución es el eje del ordenamiento jurídico, porque no podrá pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las materias abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad (...) De hecho, la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida en que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de proceso abierto del cual depende su efectiva materialización y permanente enriquecimiento.

2.4.1. Los funcionarios hacen control de los principios constitucionales como base de todos los argumentos

Como “autoridades estatales” encargadas de proteger a los menores indígenas, los funcionarios del ICBF cuentan con la herramienta del art. 4 constitucional, para que así sus actuaciones u omisiones tengan respaldo en normas jurídicas generales (Código del Menor, resoluciones del ICBF); además, siempre deben revisar si dichas actuaciones u omisiones legales, aplicadas a un caso concreto, no amenazan o vulneran alguno de los derechos fundamentales de los destinatarios de sus actuaciones, en este caso, los menores indígenas y sus comunidades. Así mismo, los funcionarios deben interpretar las normas legales y reglamentarias que regulan su trabajo, *de conformidad con los principios constitucionales*, de suerte que si encuentran que una norma tiene varias interpretaciones posibles, prefieran aquella que, en el caso concreto, refleje mejor las decisiones axiológicas de la Carta de 1991. Por lo anterior, los funcionarios del ICBF no pueden limitarse a conocer las normas legales reglamentarias y que regulan su trabajo, sino que deben conocer la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales en general, y sobre derechos fundamentales especiales de los pueblos indígenas, en particular. De lo contrario, corren el riesgo de atentar, en sus actuaciones u omisiones, contra el derecho vigente y vinculante para ellos: los derechos constitucionales fundamentales de los pueblos indígenas.

Esta importante motivación se suscita porque durante mucho tiempo los juristas consideraron que el sistema jurídico estaba conformado únicamente por leyes, o sea por reglas específicas y determinadas, relacionadas con el modo de razonamiento del “todo o nada” y que solo a estas se les debía reconocer. La existencia de normas de carácter distinto se pensaba, solamente desempeñaban un papel importante para la argumentación, pero nada más. Con el arribo del Estado Constitucional se empiezan a reconocer y a valorar los principios¹⁵⁰ o sea esas otras normas que se caracterizan porque: a) dan identidad y realidad a la organización de la sociedad y del Estado; b) generalmente se encuentran formuladas de modo indeterminado, amplio e incompleto; c) originan cambios de direcciónalidad del modo como una sociedad viene siendo, ya que reflejan ideológicamente tendencias específicas y aspiraciones; d) conllevan resultados impactantes para la integridad del orden jurídico y, e) son confiados para su interpretación última e imperativa a una jurisdicción específica¹⁵¹.

Debido a estas características, es necesario considerar una serie de aspectos para interpretar la Constitución teniendo en cuenta sus peculiaridades y el referente superior que hay en ella, lo cual despliega problemas. Uno de estos problemas es la *indeterminación de las normas constitucionales* por lo que se presenta una mayor necesidad de interpretación, pues la zona de penumbra de las normas constitucionales es mucho mayor que en el resto de leyes de inferior jerarquía. Los principios son conceptos de mandato que potencian o restringen situaciones como significaciones axiológicas, que proporcionan criterios para establecer si algo es bueno o malo y en qué medida o grado. La mayoría de las normas constitucionales

¹⁵⁰ Es pertinente aclarar que cuando hablamos de reglas y de principios, nos estamos refiriendo a dos tipos de normas con características diversas.

¹⁵¹ STERN Klaus, Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1987

están establecidas como *principios* o sea, como mandatos de optimización que le dan seguridad al ordenamiento jurídico.

Aunque tanto las reglas como los principios definen lo *que debe ser*, sin embargo, presentan diferencias.

Generalidad

Los principios tienen un grado de generalidad mucho mayor, comparativamente con las reglas. Esta diferencia llamada de grado, es considerada como la más importante entre las reglas y los principios.

Carácter de su aplicación

Las reglas son aplicadas a la manera de *todo o nada*, es decir, o es válida y pertinentes su utilización - lo cual implica efectos jurídicos -, o no. Por ello, no es posible dejar de tenerlas en cuenta a la hora de tomar una decisión. Únicamente pueden ser cumplidas o incumplidas. Los principios por ser indeterminados al ser aplicados permiten proporcionar o derivar a favor o en contra de una decisión. Tienen una dimensión de obligación que se hace evidente cuando se presentan tensiones.

Mandatos de optimización - cumplimiento gradual

Los principios son descritos y su cumplimiento puede ser gradual.

Si existen diferencias estructurales entre reglas y principios, las salidas y procedimientos para conciliar entre principios o entre reglas también son distintos. Entre dos principios reconocidos como válidos en el sistema jurídico, la solución no será eliminar del ordenamiento jurídico uno de los dos o introducir una excepción en la utilización del principio en el caso determinado. Las tensiones entre principios como normas de igual jerárquica, deben ser resueltas por medio de una ponderación. Es decir, se trata de encontrar en el caso concreto cuál de los dos o más principios tiene mayor peso para adoptar la decisión. Al principio que tiene menor peso se le determina un menor valor, pero no puede declararse inválido ni puede eliminarse del ordenamiento jurídico. El conflicto entre reglas se resuelve declarando o la inhabilidad de una de ellas o, introduciendo una excepción a la aplicación.

Los derechos fundamentales son derechos abstractos y de hecho, no tienen ningún valor si se considera que el derecho lo otorga una regla. En este caso, sería una regla que admite cualquier excepción. Haciendo excepciones se podría remover el derecho por completo. Por tal razón los derechos fundamentales deben ser consagrados bajo la forma de principios y, según la teoría constitucional, son considerados como derechos y es una obligación de los Estados garantizar su cumplimiento de la forma más óptima posible tanto fáctica como jurídicamente.

El funcionario como intérprete constitucional

El funcionario como interprete de la nueva Constitución no solo busca una solución al caso particular, sino también la delimitación precisa de un campo de legalidad. El modo de

argumentar debe ajustarse a los cánones de la razonabilidad y por ello la decisión adquiere mayor responsabilidad pues no concibe la decisión como si se derivara solo de una norma legal, sino de un principio constitucional. Para desempeñar esta tarea debe realizar algunos pasos para establecer el contenido de las normas, pero ante todo para fundamentar las diversas razones, que llevan a tomar determinada decisión.

Comprensión de la norma

En este paso se busca una primera aproximación a la norma para definir el problema jurídico a resolver.

Comprensión

Es decir, se contrastan y contraponen las normas con las circunstancias y los hechos más relevantes en el caso concreto.

Concretización

Es un proceso mediante el cual se determinan los contenidos de las normas constitucionales para optar salidas a los casos a partir de la utilización de diversos argumentos y de la fundamentación de las razones a favor o en contra de los mismos. Se hace necesaria la utilización de métodos tradicionales de interpretación con el objeto de delimitar el texto de la norma constitucional y posibilitar su comprensión.

Control de antecedente jurisprudenciales

La lectura y utilización de la jurisprudencia es fundamental para aportar a una mayor comprensión.

La motivación de las decisiones

Se constituye, en un mecanismo de control de la sociedad multicultural que exige decisiones fundamentadas, resultado de un ejercicio argumentativo en el cual queden satisfechas tanto las fuentes normativas del sistema jurídico para aseverar la seguridad jurídica, como las circunstancias más relevantes del caso concreto.

Legitimación

Si se tienen en cuenta que las normas constitucionales, son indeterminadas, vagas y borrosas, deben ser aplicadas las normas lo más razonablemente posible, de modo que realmente se realice el Estado multicultural.

El Interés superior y el impacto de constitucionalidad

El Defensor de Familia debe lograr establecer una respuesta tal que las autoridades tradicionales o miembros de las comunidades vean razonable la medida y justa la decisión. Debe demostrar la totalidad de las razones que lo llevaron a acoger determinados criterios. Así la sociedad multicultural tendrá posibilidades de configurarse por la razonabilidad de las decisiones de los administradores de justicia.

La primacía de la Constitución Política

Para efecto de las reflexiones propias de la necesidad de examinar que la aplicación de normas no esté en contravía de la Constitución - pues ha de primar el artículo constitucional siempre - , el Defensor de Familia puede revisar los siguientes aspectos:

Primacía de la Constitución sobre las demás normas.

Primacía de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Prevalencia de los derechos constitucionales fundamentales de los niños.

El control constitucional difuso: inaplicación de reglas generales a casos concretos.

Conformidad de un marco jurídico afín con la Constitución.

Este derecho puede extenderse a las actuaciones administrativas como las medidas para que por medio de la adopción los niños puedan tener una familia indígena o no indígena si fuera para proteger el interés superior del niño.

Empero, “no se trata de anular una norma de carácter general e impersonal”, dice el Honorable Magistrado -como sería el concepto de Asuntos Indígenas-, sino de dejar sin efecto su aplicación en casos particulares y concretos, cuando de ella se siga la violación de un derecho fundamental. Es decir cuando habiendo autoridad indígena reconocida legal para actuar frente a asuntos de su jurisdicción especial, ésta no se tiene en cuenta.

Pero cuando el Defensor de Familia o el juez de familia no encuentre mecanismo para conocer de las autoridades indígenas medidas aplicables al caso, deben acudir a la entidad competente. Ello deberá quedar sustentado en la historia sociofamiliar. “Todos los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y completa del derecho constitucional fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno más eficaz han de utilizarse. Así como la Constitución no permite que se suplante a la autoridad para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias” (Sentencia T-100/94, 9 de marzo, Sala Cuarta de Revisión, p. 4).

La Corte Constitucional demanda que se inapliquen normas que violen los derechos fundamentales; sin embargo, afirma que se deben mantener las normas toda vez que sea necesario, como por ejemplo, para acudir a la autoridad pública de Asuntos Indígenas que debe definir o no la adopción de un niño indígena, de acuerdo con el Código del Menor, cuando no se encuentre autoridad indígena competente (art. 246 de la C.P.) y sea necesario entonces considerar el caso en esta instancia.

Efectos de los fallos de control constitucional

El art. 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, es declarado exequible y establece, respecto a las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en cumplimiento del control constitucional, que “*Sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva*”, y que “*la parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general*”. A este

respecto, la Corte explicó en la Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, lo siguiente:

“... sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella”.

Entonces, los derechos constitucionales fundamentales sólo pueden ser limitados por medidas que formal y materialmente sean acordes con la Constitución, es decir, con la interpretación constitucional vigente. Las limitaciones deben hacer parte del orden constitucional y no pueden ser contrarias bajo ningún pretexto a dicho orden.

2.4.1.1. Reflexiones en torno al Código del Menor y al control constitucional

El Defensor de Familia deberá tener en cuenta los siguientes artículos del Código del Menor para realizar críticamente una interpretación de los mismos, teniendo en cuenta la Constitución Política de 1991 que obliga a reformular y controlar todas las normas antecesoras de esta Carta Política.

Además de los artículos 2, 3, 4, 5, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, que son fundamentales, es también importante interpretar a la luz de la Política de Protección a la Diversidad, los siguientes artículos del Código del Menor:

Artículos 1 y 2

Además de consagrar los derechos del niño como sujeto individual de derecho, también ha de consagrarse el derecho del niño como miembro de un sujeto colectivo de derecho, lo cual lo diferencia de otros niños. Por tanto no todos los artículos del Código podrán aplicarse a todos los niños “sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión (...)”. La pertenencia de niños, niñas y jóvenes a estos pueblos indígenas será un factor a tener obligatoriamente en cuenta pues no siempre el Código puede ser aplicado directamente. El paso del Estado monocultural al Estado multicultural exige tener presente esta condición.

No necesariamente todos los derechos podrán ser reconocidos a los menores indígenas y ello se hará bajo el principio de discriminación positiva por razones de etnia y cultura, toda vez que la protección del derecho al individuo vulnere derechos fundamentales del sujeto colectivo al cual pertenece el niño.

Artículo 5

El derecho de filiación debe realizarse con base en los criterios culturales que determinan esta relación. Por ello el menor indígena será registrado de acuerdo a los patrones culturales relacionados con organización social y parentesco que definen tres modalidades de filiación.

Dos de estas son unilineales: la matrilineal y la patrilineal y una es bilineal. En las dos primeras situaciones el niño es pariente de la parentela materna, o paterna según sea el caso; en la tercera, es pariente de ambos progenitores. Estos usos y costumbres son valorados por la nueva Constitución Política del 91 que declara la igualdad de las culturas de la Nación.

Articulo 11

El núcleo esencial del derecho al ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión deberá ser examinado en casos de niños, niñas y jóvenes indígenas, ya que no tiene igual valor este derecho que el 7º constitucional. Expresa la Corte Constitucional que no cualquier derecho tiene mayor peso que este fundamental derecho. Este deberá ser *proporcionando* respeto al derecho del sujeto colectivo al que pertenece el menor y, fundamentalmente con relación a los dos derechos fundamentales que como mínimos jurídicos afectarían la libertad individual: el derecho a la vida y la integridad del cuerpo de estos pueblos.

Articulo 14

El interés superior del niño y el derecho a la educación se puede encontrar en tensión con el interés del niño para implementar las etapas de desarrollo físico, responsabilidad y confianza que lo potencian como un hombre adulto adecuado a su medio físico y cultural. Por otro lado, puede encontrarse en tensión respecto de los deberes solidarios necesarios a la existencia del pueblo. En no pocas ocasiones el trabajo es necesario para la reproducción biológica, entrando en tensión con este derecho a la educación.

Articulo 21

Los Defensores de Familia y el equipo técnico deben investigar las condiciones culturales en que se desenvuelve un menor como miembro de un pueblo indígena. Leer estas sociedades es asunto de expertos que asumen criterios para definir situaciones. Aunque muchos indígenas conocen y viven su cultura, no todos pueden expresar su estructura y comprensión para una explicación. Esta es una tarea de expertos indígenas o no indígenas. La nueva constitución otorga a las autoridades indígenas autoridad y potestad jurisdiccional. Deben ser tenidos en cuenta siempre y cuando puedan ser consultados. De no ser así, Asuntos Indígenas (DGAI) en el Ministerio del Interior deberá contribuir a la resolución constitucional del caso.

Articulo 28

La definición de menor con base en los años (18 años) es un modo de la sociedad mayoritaria para clasificar a los sujetos. Deberán tenerse en cuenta los modos culturales para definir la mayoría o minoría de edad. Aspectos fisiológicos como por ejemplo los cambios fisiológicos en la mujer o el hombre, o en ocasiones la participación en rituales extraordinarios que definen esta situación.

Articulo 30

Las situaciones irregulares descritas en este artículo para clasificar cuando un menor se encuentra en situación irregular, deben ser re-definidas en términos de la cultura a la cual pertenece el menor, teniendo en cuenta la jurisdicción especial cuando la situación lo amerite. Estas nueve situaciones descritas, si bien son existentes en la sociedad mayoritaria, muchas no existen en pueblos indígenas particulares y no pueden buscarse, extendiendo las categorías

de nuestros propios referentes culturales a ellas. Es necesario conocer en cada sociedad cuando un menor se encuentra en situación irregular.

Articulo 31

Es importante agregar que hay que tener en cuenta la Autoridad tradicional indígena para ser informada en caso que sea un niño indígena o habitante dentro de su Pueblo y jurisdicción.

Artículo 36

No solamente “corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro...”, sino que podrá corresponder esta declaración a la autoridad indígena.

Artículo 37

“El Defensor de Familia de manera inmediata al conocimiento del hecho podrá abrir la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas...” o según el caso, determinará si corresponde a la jurisdicción especial indígena en el evento de que esté en condiciones de asumir el caso la autoridad indígena con competencia.

Articulo 40

Se deberán ampliar estas formas de comunicación a los diferentes pueblos indígenas a fin de lograr una comunicación ya sea en su lengua que es oficial en sus territorios, o utilizando medios de comunicación propios de la sociedad particular. Son variables las reuniones de trabajo, para el ejercicio de la justicia, rituales etc, en estos pueblos distintos.

Articulo 42

Los términos de una investigación deberán ser flexibles en los casos de niños indígenas aplicando circunstanciales de tiempo que pueden corresponder a aspectos de cultura importantes de ser reconocidos y valorados. La sentencia de la Corte Suprema de justicia del 13 de enero del 91 invita a flexibilizar estos tiempos estos tiempos siempre y cuando estén orientados a proteger los niños.

Artículo 50

“De no ser posible la notificación personal, ésta se hará por medio de edicto que deberá contener(...). La palabra edicto (...). Al ser las lenguas indígenas oficiales en el territorio en que éstas se hablan socialmente habrá de implementarse la difusión de información escrita en lengua propia o a través de emisoras o mensajes orales que permitan ser comprendidos por las comunidades. Lo importante es agotar la publicidad como principio esencial de la actuación administrativa que imprime transparencia al ejercicio de la función pública.

Artículo 58

“Igualmente podrá el Defensor de Familia, con el objeto de ofrecer una adecuada atención del menor en el seno de su familia, si es el caso, disponer que los padres o personas a cuyo cuidado esté el menor, cumplan algunas de las siguientes actividades (...), el Defensor de Familia podrá concertar con las autoridades indígenas, de acuerdo con las personas especializadas, los usos y costumbres, estas actividades.

Artículo 71

“De la diligencia de entrega del menor se elaborará acta suscrita por el Defensor de Familia y las demás personas que intervengan en ella, en la que se hará constar las obligaciones y derechos que competen a quienes asumen la custodia del menor, así como las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las primeras”. En donde intervenga autoridad indígena se dejará constancia de los acuerdos en torno al ejercicio de obligaciones y derechos, así como de las sanciones con base en los usos y costumbres del pueblo en cuestión.

Artículo 73

“La colocación familiar (...), que deberá ser decretada por el Defensor de Familia (...), podrá ser decretada por la autoridad indígena competente o en algunos casos podrá ser compartida, mediante un documento que formalice tal auto.

Artículo 74

“La medida de colocación familiar se decretará por el menor término posible (...), sin exceder de seis meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla por causa justificada (...). Se ha aprendido de la experiencia la necesaria exigencia de la motivación suficiente para la prórroga de la medida que permita justamente la definición de la situación jurídica del menor. En lo posible, se debe privilegiar el retorno de los niños a su medio familiar, en atención a lo dispuesto por el in. 2 del art. 44 de la norma superior. Esta medida deberá ser concertada con la Autoridad Indígena que conoce del caso o del cual es autoridad para los niños involucrados.

Artículo 75

“Decretada la colocación familiar del menor, se hará entrega del mismo a los responsables de hogar sustituto mediante acta (...). Podría extenderse el sentido a “clan sustituto, banda sustituta” toda modalidad de estructura social de un pueblo indígena apta social y culturalmente para dar soporte y atención a un niño”. Las actas deberán ser concertadas con la Autoridad Indígena cuando participe como homólogo del Defensor de Menores.

Sobre el particular es preciso puntualizar que los hogares sustitutos donde se decrete la colocación familiar de menores indígenas, de manera preferente, deben constituirse dentro de las mismas comunidades indígenas o en su defecto, deben tener asesoría y seguimiento especial por parte de expertos.

Artículo 76

“Las personas que reciben al menor en colocación familiar, estarán obligadas a: (...) 3º) solicitar autorización al Defensor de Familia (...). Estas obligaciones podrán concertarse de acuerdo con los usos y costumbres, y la Autoridad Indígena correspondiente podrá autorizar.

Artículo 79

Con relación a este artículo por medio del cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá asignar un aporte mensual para hogares sustitutos, esta asignación deberá ser avalada por la Autoridad Indígena, a fin de no distorsionar costumbres de distribución de los recursos en pueblos en los cuales se asumen de forma comunitaria, obligatoria, rotativa, y muchas

veces gratuita. Al respecto, cabe observar que el clasificador del gasto público social se refiere de manera particular a una cuota de sostenimiento, dotación y emergencia que incluyen gastos de salud y por analogía corresponde a una cuota alimentaria que, con destino a los niños, asume el ICBF en representación del Estado.

Artículo 89

“Podrá adoptar (...).” Las reglas establecidas en este artículo deberán ser demandadas por inconstitucionales dado que ellas fueron establecidas tomando como modelo características de la sociedad mayoritaria, y no de los pueblos indígenas. El promedio de vida de los indígenas en Colombia, por ejemplo, y el tiempo para iniciar una familia, son considerablemente menores que en la sociedad mayoritaria, de acuerdo con los estudios etnográficos realizados. La discusión aún no se ha cerrado, toda vez que el criterio para definir “abandono” no es unívoco y por ello no necesariamente corresponde a la norma o categoría jurídica del Código del Menor.

Artículo 93

“Sólo podrán ser dados en adopción los menores indígenas que se encuentren abandonados fuera de su comunidad. Para este efecto, se consultará a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior o al organismo o entidad que haga sus veces. En realidad dada la jurisdicción especial y los cambios sociales podrán ser dados en adopción en caso que la Autoridad tradicional así lo decida y siempre que sea probable que la medida se orienta al interés superior del menor.

No obstante, aún en el evento previsto en este artículo, se procurará, en primer término, su reincorporación a la comunidad, siempre y cuando se le brinde la debida protección. En caso que la situación de abandono se presente dentro de la comunidad a la cual pertenece el menor, se respetarán los usos y costumbres de ésta, en cuanto no perjudiquen el interés superior del menor”. Uno de estos usos y costumbres puede ser acudir a la sociedad nacional de la cual hacen parte, cuando internamente no se encuentre salida.

El control de constitucionalidad que puede y debe realizar el Defensor de Menores, define que este artículo sólo deberá cumplirse con respecto a la consulta a la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, cuando no exista autoridad indígena para actuar con relación al caso.

Artículo 97

“(...) El adoptivo llevará como apellidos los del adoptante”. Dado que algunos pueblos indígenas no usan apellidos, el adoptivo tendrá derecho a que se le suceda la denominación de identidad de acuerdo a la cultura como por ejemplo el nombre del clan al que pertenece.

Artículo 105

“A la demanda con los requisitos y anexos legales se acompañarán los siguientes documentos (...). Quienes pueden ofrecer pruebas idóneas de acuerdo a sus usos y costumbres para llenar estos requisitos, son las autoridades indígenas.

Artículo 160

“Siempre que quien tenga la administración de los bienes de un menor (...), y “si en desarrollo de esta atribución el Defensor de Familia demandare a quien ejerce la patria potestad (...). Tanto la autoridad indígena como los usos y costumbres con relación a los derechos patrimoniales y personales de un menor indígena, tendrán que tenerse en cuenta para dar cumplimiento a este artículo.

Artículo 211

“Cuando se trate de menores que tengan deficiencias físicas, sensoriales o mentales, o sean adictos a sustancias que produzcan dependencia procurará el Juez que la medida se cumpla en establecimiento que disponga de servicio especializado para brindar al menor la asistencia que le sea necesaria en estos casos.” Es necesario abrirse a otro tipo de “establecimientos que dispongan de servicios especializados”, no ortodoxos, de acuerdo con los patrones definidos en términos propios por cada pueblo.

Artículo 237

“Se entiende por menor trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, al menor de doce (12) años en cualquier caso de ocupación laboral y a quien, siendo mayor de esta edad pero menor de 18 años...”. Es necesario determinar las condiciones y concepciones culturales sobre el trabajo y aquellas que definen la mayoría o minoría de edad¹⁵².

Artículo 267

“Al que promueva o realice la adopción de un menor (...), sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción (...). Las Autoridades Indígenas en uso de sus facultades jurisdiccionales y sin la “respectiva licencia”, podrán dar en adopción niños indígenas al interior de su propia jurisdicción, con base en sus usos y costumbres, por cuanto desde el punto de vista formal y del ordenamiento jurídico, la adopción debe ser una alternativa restringida de conformidad con la preceptiva constitucional de los art. 42 y 44 de la Carta Política.

2.4.2. El Interés superior del niño en conflicto con el derecho a la diversidad étnica y cultural¹⁵³

Otra importante herramienta para contribuir a interpretar los casos de protección de los niños, niñas y jóvenes indígenas está relacionada con el interés superior del niño y su relación con la cultura que lo ha formado de un modo determinado, no necesariamente bajo iguales principios a los de la sociedad mayoritaria.

La Constitución política del 91 reconoce al niño como sujeto de derecho y en el artículo 40

152

Una mujer que haya menstruado en el pueblo Wayú no será pensada como menor de edad y no solamente podrá, sino que deberá trabajar para responder a una demanda normativa del derecho propio como es involucrarse en las actividades productivas del pueblo. En consecuencia, la mayoría y minoría de edad debe pensarse y considerarse en armonía con la cultura.

153 Esta herramienta para la interpretación de casos en los cuales este involucrado un niño, una niña o un joven indígena, esta inspirada en las reflexiones de Philip Alston y Bridget Gilmour-Walsh *El interés superior del niño*. UNICEF Comité español 1999 Imprenta Faresco, S.A.

manifiesta que prevalecerá el interés superior del niño, cambiando las disposiciones preexistentes destinadas a proteger los niños. Esta formulación se ve ampliamente potenciada al ratificar el país la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en el artículo 3 establece, que “en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o de órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”¹⁵⁴. El segundo principio declara que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el Interés Superior del niño.

Los Estados Partes, define la Convención, “respetarán los derechos enunciados y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

La aplicación de la Convención es un factor importante para dar un mayor grado de certeza al contenido del principio del interés superior; ofrece un repertorio de valores aprobados formalmente por el Estado pero, plantea significativos interrogantes en una sociedad multicultural cuando no proporciona claridad sobre cómo servirá mejor a los intereses del niño en situaciones concretas, lo cual es explicable como norma general.

Las implicaciones del principio

En el ámbito internacional las normas sobre menores se resumen en tres etapas: la primera muestra al niño sometido a la autoridad paterna absoluta. En la segunda el legislador interviene para proteger al menor de la explotación; y, en la tercera se presenta al niño como titular de derechos propios, que puede ejercer, en contra de sus propios padres¹⁵⁵. El paso del interés superior de la infancia, considerada al servicio de los intereses generales de la sociedad y no del niño como individuo, inspiró cambios en muchas naciones que precedieron la Convención y como leyes se orientaron a proteger a los niños en los ámbitos del trabajo infantil, de los contratos de aprendizaje y de la escolarización obligatoria. Este enfoque se ve

¹⁵⁴Ibid Pag.9 A nivel internacional ya se reflejaba en una serie de variaciones del principio en los instrumentos que tratan específicamente del niño los cuales aparecen ya enunciado en algunos documentos previos en los cuales encuentra su precedente: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño, aprobada por la Sociedad de Naciones, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, constituye la que podríamos denominar “piedra angular” de todo el sistema de protección y garantía de los derechos del niño, pues el contenido material de la Convención, expresado en los derechos reconocidos en su texto a lo largo de 41 artículos, puede entenderse como parte de la labor de concretar el alcance del mismo.

¹⁵⁵ UPRIMY RODRIGO *El menor y su protección. Documento inédito. Bogotá Pag.1*

modificado, es decir proyectado desde una perspectiva liberal, que centra el derecho en el sujeto, siendo la sociedad quien debe otorgar y proteger los derechos del individuo. Desconoce así otra manera de concebir a la sociedad como la portadora de los derechos y a sus miembros como sujetos de deberes.

En las naciones que rompieron el modelo de Estado Monocultural para reconocer y valorar la diversidad étnica y cultural, caso de Colombia, para constituirse en una Nación multicultural, este principio del interés superior no puede ser la única consideración posible. No siempre consigue aplicarse sin conflicto; ha de tener un significado y una aplicación diferente, por el hecho de emplearse en medio de entornos socioculturales con principios jurídicos diferentes. El reconocimiento constitucional en Colombia del pluralismo jurídico legal, que registra la existencia de otras sociedades con otros sistemas de derecho distintos del positivo estatal, es la base de este conflicto ya que los valores utilizados para dar contenido al principio del interés superior provienen de una naturaleza culturalmente sesgada de las leyes internaciones universalistas como son los mismos derechos humanos, que vulneran la estructura de sociedades apuntaladas en otros fundamentos. En Colombia como en otros países, este principio ha enfrentado a padres indígenas contra sus hijos indígenas y a los hijos contra sus padres¹⁵⁶; a los miembros de una unidad social de la cual depende un niño contra el niño¹⁵⁷; a autoridades externas y autoridades internas¹⁵⁸ y a pueblos indígenas contra autoridades externas¹⁵⁹.

El interés superior del niño es una extensión de los principios de occidente y no necesariamente es realizables en todas las culturas y para todos los casos. El sentido que tiene el interés del niño, solamente enmarcado como sujeto individual de derecho, desconoce, para empezar, el reconocimiento constitucional a las sociedades indígenas como sujeto colectivo de derecho. La aplicación generalizada, no selectiva e impositiva de este principio, además de inconstitucional, puede ser etnocida al eliminar valores culturales indispensables a la vida biológica y cultural de un pueblo.

Aplicación del principio

Para examinar el principio del interés superior del niño, a ser aplicado en "todas las medidas concernientes que tomen las instituciones públicas o privadas de Bienestar Social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos", nos preguntamos: ¿Cómo, hermeneuticamente identificar los criterios que habrán de seguirse para evaluar las opciones alternativas que se le ofrecen al Defensor de Familia, al Juez que tiene que tomar la decisión cuando pretende actuar en defensa del interés superior del niño? ¿Cómo llegar a definir una salida si se trata de un principio abierto e indeterminado, es decir vago, confuso, ambiguo, nebuloso, borroso... porque su aplicación en situaciones concretas, no conduce necesariamente a un resultado predecible? Como lo afirma Abella la determinación del interés superior tiende a ser más una respuesta de corto plazo que de futuro; lo que es bueno

¹⁵⁶ Caso de Kareme

¹⁵⁷ Caso paez

¹⁵⁸ Caso uwa

¹⁵⁹ Caso wayu

para el niño a menudo no se proyecta a veinte años después de la infancia¹⁶⁰. Por estas razones no es difícil comprender por qué los asuntos fallados en las Acciones de Tutela son tan polémicos y cuestionados desde la antropología jurídica¹⁶¹.

¿Cuando aplicar el principio?

La Convención es enfática en que este principio debe aplicarse en *todas* las medidas concernientes a los niños.

Pero, ¿quién debe aplicar el principio?

El principio del interés superior del niño lo deben aplicar “sus padres o tutores, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. Las palabras iniciales del artículo, referidas a “todas las medidas” parecen sugerir que cualquier persona que actúe en un asunto que tenga que ver con un niño o grupo de niños, debe tener en cuenta cuál es el interés superior de ese niño o grupo de niños. Esto incluiría a gobiernos, organismos públicos y privados e individuos como los padres. Sin embargo, se sugiere un formulación aparentemente más especializada que limita la aplicación del principio a “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. Pero, una interpretación aún más estricta sugeriría que el principio se aplica, en primer lugar, a los actos de las autoridades públicas, aunque también podría aplicarse por organismos privados siempre y cuando actúen en el campo de la Protección. Pero a la hora de los conflictos judicializados tendrá que ser aplicado tanto por los individuos, como por los organismos públicos y privados.

¿Es entonces el interés superior del niño una consideración primordial?

Lingüísticamente hablando, la construcción y sentido del interés superior del niño como la *consideración primordial*, que necesariamente *es* la consideración, no favorece a los pueblos indígenas. Pero si se interpreta como: *una* consideración, sugiere que el principio es importante, pero que debe razonarse junto con otros factores, es decir solo como una consideración importante. El hecho que el intereses del niño deban ser una consideración principal parece crear una especie de carga probatoria que no admite otras alternativas

¹⁶⁰ Abella (1994, pág. 542)

¹⁶¹ SÁNCHEZ BOTERO Esther Concepto sobre el Fallo de tutela proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera del 13 de mayo de 1997 que ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior el reintegro de los niños Nukak Maku lo cual implicaría su muerte.

SÁNCHEZ BOTERO Esther. Consideraciones como perito a la Corte Constitucional de Colombia S T N° 127 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente T407143 Acción de Tutela incoada por Edilma Pardo Valencia contra el Cabildo Indígena de Belalcazar Cauca. Caso del niño paez ladrón privado de la libertad para ver a su mamá. Expediente T 4077143 2001

Caso de niña wayu a quien se le tutela su decisión de no retornar al Pueblo Wayu y hoy es una rueda suelta en la sociedad mayoritaria.

posibles, ni aceptables sobre los que intentan demostrar que, en ciertas circunstancias, el principio afectaría la sociedad y por supuesto al niño Alston, 1994 b, pág. 17¹⁶². Sopesar y proporcionar su aplicación a casos en que estén involucrados niños y jóvenes indígenas, puede llegar a resultados que no coincidan con la filosofía de la Convención. Es necesario un enfoque del interés superior del niño, para justificarla en todas las situaciones en las que se podría aplicar este principio, dado que existen situaciones de conflicto entre los intereses de la sociedad y los intereses del niño.

¿Quién determina lo que es mejor para un niño?

En términos generales son los adultos los que deben tomar decisiones sobre los factores “objetivos” que se consideran óptimos para el desarrollo del niño”. Incluyen estos factores las bases culturales que definen un marco de convicciones acerca de lo que es mejor para el interés superior del niño, en esa sociedad concreta pero, de acuerdo a la Convención, los niños deben participar de forma activa en la toma de decisiones que afectan sus vidas¹⁶³. Entre los pueblos -solo para mencionar un pueblo indígena - la participación de los niños y jóvenes en la toma de decisiones sobre aspectos que involucran a terceros como expresión de su derecho, no existe. Y en un caso concreto¹⁶⁴ son, tanto la madre - en un primer momento- y luego la autoridad tradicional, quienes definen que un joven debe ser recluido e incomunicado para ser protegido por su condición de trasgresor.

Una madre demanda ante la jurisdicción nacional a la autoridad Paez que en uso legítimo de su competencia como autoridad, ha definido no permitir a esta madre ver a su hijo, un joven de 15 años, ladrón de gallinas. En realidad la autoridad esta protegiendo el interés superior del joven buscando hacerlo un hombre paez, no un –pesue- o ladrón que puede ser linchado. El juez constitucional ordena al juez de familia local, pedir declaración al joven para que “participe” exponiendo sus deseos y consideraciones.

Esta actuación del magistrado, permite deducir que de este modo se estarían fortaleciendo los principios de la Convención que plantean “escuchar a los niños” y animarlos a que intervengan en la decisiones, de modo que ellos mismos contribuyan a la decisión¹⁶⁵. Se considera que, por el simple hecho de que el resultado haya sido, al menos, en parte establecido por el niño, sirve para demostrar que se ha llevado a cabo en aras de su interés superior. Eekelaar (1994, págs. 47 – 48)¹⁶⁶, sostiene, sin embargo, que se deben combinar elementos tanto objetivos como subjetivos, y sugiere que las evaluaciones objetivas pueden ser útiles, pero dependen de un “consenso sobre valores”, difícil de lograr. ¿Cómo dar salida al conflicto que plantea la Convención de otorgar a los niños posibilidades reales de decidir lo que ellos creen, porque creen que les favorece, aún cuando es demostrable que desconocen

¹⁶² ALSTON y GILMOUR – WASLSH Op, cit. Pag 23

¹⁶³ Este es un campo muy polémico aún para la sociedad mayoritaria.

¹⁶⁴ S T N° 127 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁶⁵ Expediente T 4077143 Corte Constitucional 2001. En este caso actuamos como perito.

¹⁶⁶ Citado por Alston y Gilmour, Op, cit. Pag 31. El pueblo wayu no acepta culturalmente esta participación y entre los pueblos la mujer es silencio, lo cual condicionaría la participación de las niñas en estas eventualidades.

principios sociales y culturales a preservar, que han cuidado miembros autorizados de su pueblo indígena y que hoy también protege constitucionalmente su nación?

Niña indígena wayu.

“Yo no quiero regresar al clan. Yo tengo derecho al desarrollo de la libre personalidad y a la educación”.

Tío materno wayu

“Kareme como wayu no es libre de hacer lo que quiera. Yo digo que ella debe regresar y casarse porque no podemos permitir que se quede por aquí donde no tiene familia, no tiene su gente....de otro modo tampoco tenemos medio, en el clan, para que nuestros hijos se puedan casar”.

Este conflicto de “valores” entre la lucha de un pueblo indígena para que no se queden en la ciudad los jóvenes y el deseo de estos de quedarse, ha de ser sometido a consideración para determinar qué impacto frente al derecho a la vida y a la integridad del cuerpo de los wayu, -que son derechos fundamentales como sociedad indígena - trae aceptar el deseo hablado de niños y jóvenes que expresan la aspiración de escindirse y desligarse.

El segundo argumento contra la inclusión de un elemento subjetivo es que incitaría al niño a adoptar un comportamiento impulsivo o egoísta; comportamiento que, a largo plazo, podría ser perjudicial tanto para él como para la sociedad en general.

Niña wayu

“No me gustan los chivos, no hay abanico, no hay agua, ni televisión. No quiero estar en la ranchería y tener que trabajar”.

Eekelaar¹⁶⁷ reconoce que quizás el niño no tenga la capacidad para decidir si sus impulsos coinciden con sus metas de desarrollo a largo plazo, pero sostiene que esto no constituye un motivo para no aceptar un cierto grado de autodeterminismo¹⁶⁸.

Perito antropóloga

Kareme es una niña wayu que en la ciudad es una sirvienta que cuida dos señoras que le dan un salario menor al obligatorio si estuviera autorizada para trabajar como menor. Entre los wayu es una princesa. En la sociedad mayoritaria ella no tiene identidad que le permita ubicarse adecuadamente tanto psicológica, como socialmente.

Lo importante, es que los mayores busquen un equilibrio entre los deseos inmediatos del niño

¹⁶⁷ Se plantean tres situaciones si intervienen los niños: 1) que excluyan lo que dicen otros miembros; 2) podrían ser visiones impulsivas y 3) no necesariamente son proyectivas al largo plazo. Citado por Alston y Gilmour, Op, cit. Pag 23

¹⁶⁸ Los casos relacionados con Bioética en los cuales los niños son sujetos de decisiones de vida o muerte los casos se complejizan porque precisamente no se considera que los niños tienen todo el conocimiento que requieren para tomar decisiones. Conversación personal con el filosofo Germán Calderón L (Bogotá 2001)

y “sus futuras relaciones sociales”.

La Defensora de Familia optó por complacer a Karem de modo que se pueda quedar en la sociedad mayoritaria. 5 años después de tomada la medida, en seminario de evaluación consideró equivocada la medida. Karem es una rueda suelta con un gran conflicto de identidad. Presenta depresiones constantes y desadaptación¹⁶⁹.

Con el autodeterminismo se pretende asegurar que el niño crezca contando con el máximo de oportunidades para crear y perseguir las metas de vida que reflejen en la mayor medida posible que se trata de una “elección independiente”.

Perito antropóloga

El problema que presenta este caso es que no se trata de un sujeto que puede hacer una elección independiente. En las sociedades que definen que los sujetos son sujetos de deberes, la elección es limitada¹⁷⁰. Se puede optar independientemente toda vez que no se vulnere el derecho del sujeto colectivo que como tal es el sujeto de derechos.

Si al proporcionar las decisiones de un niño mediante la aplicación del test de proporcionalidad se encuentra que son autodestructivas y que le impedirían su desarrollo en tales circunstancias, las decisiones autodeterminadas deben ser rechazadas. De esta manera, y si se acepta el análisis de Eekelaar¹⁷¹, las decisiones referentes al interés superior del niño no se deben tomar haciendo referencia solamente a aquellos criterios objetivos que se consideren representativos de esos intereses, sino que también se debe tener en cuenta la propia decisión del niño al respecto.

Perito antropóloga

Cuanta más personas puedan participar en un sistema de confianza, mayores serán las ventajas que cada uno obtenga. Este es el problema más contundente cuando alguien expresa desconfianza, hacia el sistema.... Esta que es una escala aparentemente muy pequeña, solo se puede solucionar mediante la coacción, cediendo a iniciativas individuales que sean de bajo coste para el colectivo de pensamiento, o mediante una combinación de ambas estrategias.

¿Metodologías para aplicar el principio?

La aplicación del principio del interés superior no conduce a una respuesta determinada en ningún caso concreto ya que podrían justificarse resultados totalmente distintos para la misma situación; pero en ambos casos, se podría argumentar de forma convincente que se ha

¹⁶⁹ Seminario ICBF para la Construcción de entendimiento intercultural para los casos de Protección. Santa Marta 2001

¹⁷⁰ DOUGLAS Mary. *¿Cómo piensan las instituciones?* Alianza Editorial. Alianza Editorial, 1986, Madrid.

¹⁷¹ Eekelaar, J., The Emergence of children rigths. 6 Oxford Journal of Legal Studies 161. 1986

aplicado el principio del interés superior. Las principales metodologías que pueden utilizarse para justificar la tesis de la indeterminación son: la elección racional y el escepticismo de la regla.

La elección racional

La teoría de la elección racional, tal y como la concibió Stephen Parker(1994, pág. 29)¹⁷², establece que en cualquier problema referente a las decisiones, para que exista una respuesta determinada, comprobada y demostrada, habrán de cumplirse generalmente las siguientes condiciones:

- Se deben conocer todas las opciones
- Se deben conocer todos los resultados posibles de cada opción
- Se deben conocer las posibilidades de que se produzca cada uno de los resultados posibles
- Se debe conocer el valor que se concede a cada resultado.

El principio del interés superior es indeterminado, impreciso, nebuloso, porque así son todos los principios; pero también porque los que deciden siempre tendrán valores diferentes para aplicar y, por lo tanto, responderán de forma distinta ante la cuarta condición. Parker mantiene que también existe margen para el desacuerdo en relación con los otros tres puntos. Indica que, incluso si se conocen todas las opciones - por ejemplo, en el caso de la custodia de un niño, que ha de concederse a la madre o al padre -, los requisitos del segundo y del tercer punto nunca pueden cumplirse plenamente. En realidad, el conjunto de resultados posibles de cada opción constituye, en palabras de Parker, “un asunto de pura especulación” basado en un “ejercicio impreciso de apreciación del carácter y del modo de ser de las personas”. A ello se suma el problema de decidir la probabilidad de los diferentes resultados, que también es una decisión subjetiva¹⁷³. Además, cuando el conflicto es intercultural cada una de estas respuestas estará enmarcada en el modo como la cultura asume en general y en particular, el tratamiento de los casos. Puesto que hay muchas situaciones en las que personas diferentes podrían decidir sobre una o más de las cuestiones de forma distinta, puede concluirse que el principio del interés superior es indeterminado. En otras palabras, este principio no estipula, ni conlleva a un resultado concreto, lo cual es problemático, ya que equivale a decir que quien decide puede justificar prácticamente cualquier decisión basándose en que es el interés superior del niño.

La influencia de los ejemplos previos

Los ejemplos previos pueden ilustrar únicamente una norma para los que siguen una norma, mientras que una serie de ejemplos provenientes de otros pueblos ofrece potencialmente un número infinito de normas, lo cual rompe la realidad pensada desde una sola norma concreta.

¹⁷² ALSTON y GILMOUR – WASLSH, Op, cit. Pag 33. Si los que toman las decisiones adoptan puntos de vista diferentes ante cualquiera de los pasos anteriormente mencionados, puede decirse entonces que personas diferentes podrían llegar a respuestas diferentes sobre lo que es el interés superior del niño en situaciones idénticas.

¹⁷³ ALSTON y GILMOUR – WASLSH Op, cit. Págs. 30- 34

En otras palabras, los ejemplos previos para conocer cómo se han tratado cuestiones concretas en unas determinadas sociedades, puede llevar a alguien a apegarse por una norma de entre un número infinito de normas posibles. Si se acepta este argumento, se puede tener alguna seguridad de que el que toma las decisiones aplica efectivamente el principio del interés superior y no otra norma.

Aplicación a un caso Wayu¹⁷⁴

La protección de los niños wayu en caso de muerte de la madre corresponde a los parientes de la unidad social del clan matrilineal y matrilocal en su conjunto. La sucesión de bienes y el manejo de la herencia como relativos a la custodia de los niños huérfanos, están estrechamente relacionadas no sólo con los lazos matrimoniales, por cuanto el afín dentro del clan tiene derechos y deberes diferentes, sino también con la sociabilización de los patrones culturales orientados al reconocimiento de la autoridad del tío materno, como garante de la continuidad del sistema social.

La muerte de una madre wayu, casada con un arijuna o blanco, conduce al padre de tres niños a poner una Acción de Tutela ante los tribunales de la jurisdicción nacional, para tener la custodia de sus hijos y con ella el manejo de la herencia a la que tienen derecho sus hijos, según él y ante la negativa de los parientes de la madre¹⁷⁵.

Perito antropólogo

Dentro del sistema cultural wayu el padre no es pariente de los niños, no tiene la patria potestad y los bienes del clan matrilineal son indivisibles. Desde el punto de vista de la sociedad mayoritaria, occidental, existe una fuerte tendencia a considerar la importancia de que los niños vivan con sus padres y en caso de muerte de uno, tienen el derecho de que el otro, proteja y llene de afecto a sus hijos. Pero, frente a este caso, como el padre biológico no es pariente de ellos, ni los niños han sido socializados para sentir el deber de que sea su padre el responsable de cuidarlos o protegerlos, estadísticamente el interés superior de un niño en la sociedad wayu, consiste en que viva con sus parientes por muerte de uno, o de divorcio.

Se deben conocer todas las opciones

La primera opción

Al ser el padre un blanco, un *arijuna*, el Defensor de Familia define el principio del interés superior del niño determinando que:

¹⁷⁴ Expuesto en el seminario taller para la Construcción de Entendimiento intercultural Octubre del 2001 realizado en la Regional Guajira.

¹⁷⁵ Es necesario aclarar que al no tener esposa, el *arijuna* y no ser pariente de sus hijos, tendrá que optar decisiones como: casarse de nuevo, si desea vivir dentro del clan, marcharse a otro clan con otra esposa, o irse.

“lo mejor para los niños, es que vivan con su padre. Es que él realmente es su papá. No puedo imaginar que este sea un derecho cuestionable por razones culturales. ¿Pero por qué va a valer más la cultura wayu de la madre frente a la del padre?

Segunda opción

La autoridad tradicional utiliza su “Convención” y su criterio del interés superior del niño. Al tomar sus decisiones, llega a resultados muy diferentes de acuerdo a la importancia que da a las consideraciones culturales.

“En la concepción cultural wayu que tiene sus principios para organizar la vida, esos niños estarán siempre protegidos por un sistema social comunitario y por un grupo de parientes que no diferencian sus deberes y derechos frente a estos niños huérfanos o a otros niños del clan. Ellos han crecido así y bajo esa realidad fueron engendrados”.

El tío materno y probablemente el palabrero que interceden como autoridades con competencia jurisdiccional, definen que de acuerdo a sus formas tradicionales de organización social, el interés superior del niño en este caso es, quedarse con los miembros del clan materno quienes tienen el deber y el derecho de proteger los bienes que garanticen su vida y protección. Nótese que se dice “*los bienes*” y no “*sus bienes*.”

Así pues, no está claro a qué conclusiones debería llegar una persona encargada de decidir; porque ¿qué importancia conceder al desarrollo emocional de los niños al lado de su padre o de sus parientes y de la posibilidad de acceder como individuos a los recursos de herencia? La existencia de estos usos y costumbres insertos en un derecho propio, no tiene por qué conducir necesariamente a una aplicación determinada del principio del interés superior. El Defensor de Familia basándose en consideraciones culturales propias, del derecho positivo estatal y en particular del Código del Menor, podría argumentar que debe concederse la custodia al padre y con esta el cuidado de la herencia, considerando que se cumple así el interés superior del niño. Su razonamiento sería que, en vista de la muerte de la madre, el vínculo de parentesco más importante y en primer grado, es el del padre; además que no existe un vínculo afectivo más estrecho que el de padres / hijos. En aras a proteger el interés superior de los niños decide el Defensor de Familia que es el padre quien debe manejar la herencia.

Desconoce el Defensor sin embargo que:

No en todas las culturas el vínculo más importante es el de padres e hijos.

Sí existen vínculos más estrecho en otras sociedades que el de padres e hijos.

Reclamar “la herencia” como un derecho individual es para los wayu una contravención a un derecho de grupo.

Dividir una herencia para que la usufructúe un papá y sus hijos, no existe en esta cultura donde los bienes pertenecen a un colectivo.

Bajo el Estado monocultural no habría duda que el Defensor de Familia estaba actuando en derecho y culturalmente; pero bajo el Estado multicultural y plurietnico tiene que ponderar sus decisiones a fin de definir si puede pasar por alto el interés superior del niño wayu tal y

como lo concibe la Convención wayu.

Pero, volviendo al interrogante del Defensor con relación a definir cual cultura pesa más en este caso, por ser los niños hijos de miembros de culturas distintas, tiene mucho sentido. La respuesta es la misma que se aplicaría si ella, la mujer wayu, hubiese vivido entre la sociedad mestiza como la esposa wayu del *arijuna* y hubiese aceptado durante toda la vida que tanto ella como sus hijos se guiaran por los principios del derecho positivo y de la llamada sociedad blanca y, que a la muerte del esposo, tomara la herencia para su clan en detrimento de los derechos individuales de los niños¹⁷⁶.

Los resultados posibles de cada opción

Opción N° 1 planteada por el Defensor de Familia

Desadaptación de los niños al menos de manera temporal

Ruptura de lazos de parentesco muy fuertes con quienes se ha vivido y que cognitivamente están clasificados como la parentela

Desmembración y debilitamiento del pueblo wayu

Anticonstitucionalidad de la sobrevaloración de una cultura sobre las demás

Anticonstitucionalidad del principio de diversidad

Opción N° 2 y resultados

Desde antes de nacer los niños recibieron una carga cultural que los hizo sentirse miembros de un grupo de parientes con los cuales van a seguir compartiendo

No salen del ambiente en que se han desarrollado

Están protegidos materialmente por el conjunto de miembros del clan

Se respeta la diversidad cultural

Se respeta el pluralismo jurídico

Se deben conocer las posibilidades de que se produzca cada uno de los resultados posibles

Opción 1. Se pueden producir

Opción 2. Se pueden producir

Se debe conocer el valor que se concede a cada resultado.

Opción 1

¿Qué valor se da a la existencia de la familia wayu?

¿Qué valor se da a otra concepción de parentesco?

¿Qué valor se da a otra concepción de sucesión de bienes?

¿Qué valor se da a la convivencia de unos niños en un medio familiar con parientes consanguíneos que siempre representaron un referente de amor y cuidado?

Opción 2

¿Qué valor darle a la relación biológica de un parente y sus hijos?

¿Qué valor darle a los sentimientos de un parente que convivió al modo de su esposa

¹⁷⁶ Conversación personal con el Magistrado Carlos Gaviria Díaz. Año 2000

pero muerta ésta, decide retornar a su modo de vida?
¿Qué valor darle a la consideración de pensar lo otro como si fuera lo mismo, siendo que es diferente?

El escepticismo de la regla

La teoría del escepticismo de la regla tiene su origen en discusiones filosóficas sobre lo que significa seguir una regla. Kripke en 1982 se pregunta si realmente podemos estar seguros de que una persona concreta aplica una regla, por ejemplo la regla de la adición. El punto central de su argumento es que, debido a la existencia de un número finito de maneras posibles de aplicar una regla, nunca se puede estar seguro de que otros también aplican la misma regla. Supongamos que los niños se quedan con el papá. De ahí se puede inferir que los niños se quedan con el papá o se quedan con los wayu. Pero a esa misma conclusión se llega por la regla de la adición suponiendo que los niños se quedan con los wayu.

La definición del interés superior del niño al que llega un Defensor - al dejar del lado del padre a sus hijos porque el padre es muy cariñoso, puede ser un argumento completamente diferente al valor otorgado a la relación biológica que define la paternidad. Al quedarse los niños al lado de su padre - bajo el principio del interés superior del niño -, es comprobable que no se aplica la misma regla.

Regla de inferencia

Una regla de inferencia es una cierta relación entre proposiciones que garantiza que una de ellas se deduce de las otras.

Son niños wayu
Son parientes del clan de la madre

Relación entre proposiciones aceptadas

Cuando dos personas llegan a la misma respuesta sobre un asunto concreto, dan la impresión de seguir la misma regla. Es decir hay *correspondencia* lo cual quiere decir que la interpretación de un hecho desde el ángulo de dos culturas diferentes tiene *significado conocido aparentemente*. Pero como las posibilidades son necesariamente finitas, es posible que en realidad estén aplicando reglas diferentes que van a producir conclusiones iguales al momento, pero completamente distintas en un momento futuro. Si varias personas llegan a un resultado por ejemplo de 6 es posible que una sumo 3 más 3, otra 4 más 1, mas1, otra 1 más 5. Si se acepta este argumento la conclusión, ha de ser que, en realidad, con respecto a un caso de protección, nunca se puede estar seguro que un adulto, una Autoridad Tradicional indígena, un Defensor de Familia, aplica de manera más acertada la regla de la consideración principal del interés superior de los niños. Aunque pueda parecer que los que deciden aplican el principio del interés superior, ello nunca se puede verificar porque los casos de aplicación aparente de la regla son finitos. Las decisiones o el comportamiento posteriores pueden revelar que una persona aplicó, al tomar una decisión, una regla diferente a la del interés superior del niño y que fue mera coincidencia el que dicha decisión pareciera derivarse de la aplicación de la regla del interés superior.

Si se aceptara uno de los argumentos, o los dos, se llegaría a la conclusión de que los efectos reales del principio del interés superior, tal y como se utiliza en el artículo 3 de la Convención, son muy escasos. Según la teoría del escepticismo de la regla, ni siquiera se puede estar seguro de que una persona aplique el principio al tomar una decisión; mientras que, según el argumento de la elección racional, incluso si la persona que decide aplica el principio, éste puede emplearse para justificar casi cualquier resultado.

La cultura ejemplo de indeterminación y la teoría de la elección racional.

La influencia de la cultura sobre el sistema de valores de una sociedad es un claro ejemplo de la indeterminación potencial del principio del interés superior. Tomando un solo elemento de la teoría de la elección racional, como es el valor concedido a los diferentes resultados, puede demostrarse que el principio del interés superior puede utilizarse tanto para justificar como para condenar una misma práctica. Lo que constituye el interés superior de un niño está determinado por la cultura de una sociedad particular que comparte la clasificación sobre distintas realidades y el orden deseable para los diferentes asuntos que incumbe resolver internamente. El interés superior del niño pensado desde occidente es una posibilidad solamente deseable desde esta sociedad. El análisis de casos de protección permite asir la lógica de los mundos culturales y sociales particularidad viviendo una realidad históricamente situada. Aunque cada caso es uno en el universo finito de las configuraciones posibles, estos casos permiten encontrarle y justificar salidas diferenciadas a los casos de protección. Esta realidad que orienta el cómo deben ser ciertas directrices, se fundamenta en los referentes de cada cultura es decir, en los *juegos de lenguaje*¹⁷⁷ juegos que se juegan y que se pueden jugar porque se conocen las reglas de ese *juego* en la sociedad determinada, como resultante de un sistema con principios y modos de hacer las cosas, sometidos a reglas que buscan afianzar la estructura o espina dorsal en la sociedad particular. Esta invariante no se encuentra al primer vistazo, porque no son las manifestaciones exóticas o curiosidades superficiales que pueden observarse las que permiten interpretar la realidad cultural. La interpretación de un hecho cultural parte de encontrar los mecanismos para la reproducción de un mundo sociocultural determinado¹⁷⁸.

El matrimonio prescrito de una “niña” wayu.

El matrimonio wayu se efectúa mediante la compensación de animales, a veces de dinero o collares, recursos que simbólicamente manifiestan aprecio a la novia. El intercambio es circular y desde la familia del marido hacia la familia de la futura novia tiene dos funciones principales: la primera, validar el matrimonio; la segunda, transferir la capacidad procreadora de la novia desde la familia hacia la de su marido. Mediante esta transferencia se concede a la

¹⁷⁷ PEÑA AYAZO Op. cit pág. 24 El concepto de *juego de lenguaje*, es un sistema constituido por conjuntos de actividades sujetas a reglas. Así entender un juego de tejo, supone entender una serie de reglas. Entender un mecanismo determinado de protección supone también conocer una serie de reglas.

¹⁷⁸ BOURDIEU Pierre, *El oficio del sociólogo. Espacio social espacio simbólico. Introducción a una lectura japonesa de la distinción.* Conferencia pronunciada en la Casa Franco Japonesa, Tokio, 4 de octubre de 1989

mujer y a su familia el derecho a reclamar a todos los hijos que tenga la mujer, sea con un hombre wayu o no wayu. Debido a que la sociedad considera que todos los niños nacidos durante el matrimonio pertenecen al clan materno, la protección de los niños en caso de ruptura matrimonial o muerte se considera que es un derecho del clan materno. No obstante, el concepto matrilineal de filiación de los niños responde también a razones de cohesión social más amplia. El matrimonio ha sido el medio para asegurar alianzas entre distintos clanes, de ahí se considera a los niños como vínculo esencial de unión entre clanes.

La sociedad está organizada en clanes formados por tres generaciones de descendientes por línea materna, es decir, la madre y sus hijas y los hijos de sus hijas hasta edad casadera. Este grupo es el que realiza importantes prácticas económicas, espirituales y rituales. En este contexto, es importante para el tío materno que tiene la autoridad en el clan, aunque viva en el clan de su esposa, el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los niños y jóvenes hijos de sus hermanas, para cumplir con realizaciones y funciones necesarias la reproducción del clan inserto en una unidad mayor su pueblo.

Los clanes a los que pertenecen los jóvenes en calidad de futuros cónyuges están muy implicados en la concertación del matrimonio. El joven novio debe someterse a los deseos y posibilidades de su clan para “negociar” a la muchacha y el joven a la decisión del tío materno y del palabrero si fuera el caso. Esta negociación de la dote hace parte de la cultura y tiene una importancia social considerable. Este paso sin edad mínima para el matrimonio es señal de la capacidad de un clan de acoger a una nueva familia para participar en la vida social y de su progresión hacia la madurez. Teniendo en cuenta lo anterior, se podría alegar que el matrimonio prescrito constituye el interés superior de los jóvenes porque de no participar en este, serían ruedas sueltas, no clasificables y excluidos de la sociedad tradicional, sin opción de casarse ni de conformar una familia internamente. Por otra parte, esta costumbre busca romperse por los jóvenes que quisieran abrirse a opciones externas con hombres o mujeres no wayu, porque les trae comodidades y realizan el principio de libertad según su visión. Esto justificaría el argumento de que el matrimonio prescrito es contrario al interés superior de los jóvenes. Si sólo se tomara en consideración el interés superior y, la práctica mencionada no contraviniere otras estipulaciones de la Convención, el resultado dependería del valor que se diera a factores relevantes como la integración de los jóvenes en la sociedad. La situación se torna más compleja cuando también un padre puede tener relaciones sexuales con su hija, si entrega una dote para el clan, lo cual ha provocado que en ocasiones, jóvenes tengan relaciones sexuales con el esposo de la madre que no es su pariente. Esta es una práctica social y cultural aceptada, aunque estadísticamente muy escasa, dado que difícilmente un clan dispone de medios económicos para entregar otra dote. Una vez más, el principio del interés superior podría servir para justificar tanto apoyo como de rechazo ante tales prácticas¹⁷⁹. La cultura es tan fuerte que en general estos matrimonios son duraderos y responden a las expectativas de los jóvenes de manera satisfactoria. Minoritariamente unos pocos migran a la ciudad y las consecuencias de separación del entorno social y familiar podría ir en contra de su interés superior.

¹⁷⁹ Esta posibilidad estadísticamente muy extendida en la sociedad mayoritaria y prohibida legalmente, si se ponderara frente a la costumbre wayu, no contraviene mínimos jurídicos. Por ello su restricción no prima sobre el principio de la diversidad cultural.

La tensión entre un argumento y otro se da porque una parte, busca la protección de lo cultural para resistir la homogeneización y universalización cultural, consideraciones que justifican la práctica, ya que viven en una sociedad donde impera el respeto hacia la tradición institucionalizada del matrimonio. Si un joven se negara a una decisión acerca de su matrimonio, tendría que sufrir el disgusto de una sociedad que respeta ante todo la autoridad. En un contexto en el que el niño tiene que seguir viviendo en la misma sociedad, se podría decir que el interés superior del niño es someterse a tales decisiones. Por otra parte, una serie de consideraciones relacionadas con los derechos del sujeto, apoyan el argumento de que este tipo de prácticas no buscan el interés superior del niño porque impiden seriamente la libertad y la autonomía del niño.

¿Cómo superar la indeterminación en la aplicación del principio?

Una realidad esta *determinada* cuando se conocen condiciones específicas como por ejemplo la dimensión de un terreno, el valor de una cosa, o la situación de embarazo de una mujer. En derecho las normas son determinadas y los contextos socioculturales precisan normas predecibles y *determinadas* como base para la actuación de quienes tienen que tomar decisiones judiciales. La *indeterminación*, contrariamente, no está definida y por ello es relativa. Por ejemplo si decimos *esa persona es muy religiosa*, no es una afirmación determinada, porque ¿cuanto religiosa es esa persona? Situaciones como estas requieren una mayor interpretación, pues existe una situación de opacidad o media – luz. Los principios constitucionales como ya se expuso son indeterminados y la cultura, los hechos de cultura son indeterminados también.

El principio del interés superior tal y como aparece en la Convención, no puede leerse por fuera del conjunto de una cultura concreta; por ello puede chocar con otras “convenciones” pensadas y realizadas bajo otro conjunto de situaciones y en otras sociedades. Esta idea inspirada en Parker propone una respuesta a la indeterminación que esta basada en el reconocimiento de las “convenciones” aceptadas por las comunidades de usuarios de las normas. Porque qué piensa la gente y que hace la gente en concreto? Esta consideración puede constituir una respuesta a los argumentos de los defensores de la teoría de la elección racional.

Los Defensores de Familia, los jueces y magistrados, y las Autoridades Indígenas se han de enfrentar continuamente a la complejidad que supone el cumplimiento de ciertas normas, en virtud de una determinada tradición legal, de los procedimientos judiciales, de su fidelidad a las situaciones precedentes, a la jerarquía y a la autoridad. El resultado de tales interacciones entre las dos comunidades legales –expresión legal de pluralismo jurídico- para la aplicación de las normas legales en determinadas situaciones puede denominarse “convenciones”. Según Parker, dichas “convenciones” proporcionan una orientación sobre cómo aplicar normas tales como el principio del interés superior. Como consecuencia, hay una valoración y determinación para la toma de decisiones que depende de la “convención” de la cual provengan los principios y los procedimientos.

Si tomamos ejemplos de indeterminación cultural, como el caso de orfandad de los niños wayu con relación a la herencia, la costumbre cultural es que el clan asuma la custodia de

todos sus parientes en situación vulnerable. Esta medida, está relacionada con toda la organización social wayu. Las líneas al pensamiento que cognitivamente se comparten, pueden establecerse de modo que nadie dudaría que los parientes por línea materna estarán siempre en el clan y que los varones que también son miembros del clan vivirán en el territorio de su clan hasta que contraigan matrimonio, sea cual sea la circunstancia.

Los wayu en Colombia, que tienen esta cultura, estos usos y costumbres se diferencian de los Nukak Maku que son matrilineales también los cuales mediante entregan una dote fortaleciendo las alianzas matrimoniales con los hijos resultantes por el intercambio de mujeres de bandas distintas dentro de la tribu. Sin embargo su “convención” define que sólo cuidaran a un huérfano si es posible dentro de la banda o dentro de otra banda “que pueda hacerlo”; es decir, siempre que el niño no ponga en peligro la existencia de la banda, porque de no darse esta feliz circunstancia, se comparte la opción hoy, de sacarlo del pueblo nómada para protegerlo en la otra sociedad.

Se puede ver en términos de Parker, que estos referentes culturales defendidos entre los wayu por el tío materno con el palablero y entre los nukak maku por todos los miembros del clan o de la banda, caso que se analizara a continuación, son proyecciones de una determinada *convención* según la cual, se considera que el interés superior de los niños es que permanezcan en el clan wayu sea cual sea la circunstancia custodiados y protegidos bajo la figura del tío materno, o que salgan de su sociedad hacia la otra sociedad, caso Nukak Maku, ya que deben *proteger* la vida de los huérfanos y enfermos entregándolos a la sociedad mayoritaria que puede tenerlos vivos, en mejores condiciones de nutrición y salud, opción que ellos no tienen realmente¹⁸⁰.

Pluralidad en la diversidad

Dentro de todas las sociedades existen fisuras que rompen los esquemas tradicionales de lo normativamente dispuesto. La introyección de los derechos como nacionales colombianos, es decir como sujetos individuales de derecho, invaden a muchos indígenas entrando en contradicción con los propios valores culturales. Esta situación que es otro componente importante, ha de tenerse en cuenta. Por un lado, la Constitución respeta y valora la diversidad cultural y por otro, protege al sujeto individual para salvaguardar derechos fundamentales. La experiencia en Colombia de sujetos que buscan rechazar medidas tradicionales generalmente provienen de líderes o personas cuyas condiciones socioeconómicas son distintas porque han recibido educación foránea y disfrutan de una buena posición socioeconómica. De modo oportunista buscan ser excluidos de deberes culturales¹⁸¹. El análisis supone que hay dos grupos de usuarios de normas que quieren aplicar “convenciones” diferentes sobre cómo aplicar el principio del interés superior: las que siguen el derecho propio y las que no.

¹⁸⁰ En nuestra sociedad pasa algo similar cuando una madre desesperada porque no encuentra medios para responder a su hijo enfermo devuelto de hospitales por no tener sus padres como pagar un tratamiento resuelve “abandonarlo” a la entrada de un hospital. ¿Es este un acto de abandono o de protección?

¹⁸¹ Ver caso Guillermo Jembuel o llamado del fuete ST 523 de 1997

Sistemas de derecho y convenciones coincidentes

En las sociedades multiculturales y en las que se reconoce el pluralismo jurídico legal como el caso de Colombia (Art. 246 de la Constitución), es posible encontrar frente a un mismo caso, la aplicación de diferentes reglas provenientes de dos sistemas culturales y sistemas de derecho distintos. El caso llamado de los niños Nukak Maku, que se ha mencionado muestra que existen dos convenciones¹⁸² en conflicto y que cada una define el interés superior del niño de forma diferente, al aplicar reglas, normas y procedimientos distintos provenientes de cada una de las sociedades en contradicción. Sin embargo llegan al final a proteger la vida de los niños como valor y principio supremo.

Los niños Nukak Maku bajo protección: conflictos culturales y colisión de derechos.

En 1988 unos pocos indígenas Nukak Maku, mujeres, jóvenes y niños sin ropas, casi sin ningún elemento y sin hablar castellano, llegaron a Calamar. Un misionero de Nuevas Tribus, informó acerca de este grupo que se llamaban a si mismos Nukak, y que hablaban una lengua cercana a la de los Bara, los Maku y Okakwa.

Los Nukak Maku son un pueblo indígena de cazadores, conocidos también como los últimos nómadas que existen en el mundo. Viven en el departamento del Guainía y en una amplia área aprovechan para cazar, pescar y recolectar productos silvestres. Una característica fundamental de la forma de vida de los Nukak Maku es su organización social tribal dividida en bandas que oscilan entre seis y treinta personas unidas por relaciones de consanguinidad, afinidad o sea de alianzas matrimoniales. Se diferencian de otras sociedades tribales porque tienen un nomadismo permanente. La familia nuclear más sus aliados realizan las tareas de subsistencia según la división social por edad y sexo, sin que existan instituciones económicas formalizadas, especializadas o intermedias. No hay división de clases, ni propiedad privada y el inventario de la cultura material es reducido y fácilmente alcanzable para cada grupo dentro de la distribución territorial. El intercambio es recíproco y se da entre los grupos habitantes del mismo territorio.

El grupo indígena desconocido para la cultura occidental hasta 1988 avanza dentro de su territorio y entran en contradicción con el tratamiento al medio ambiente protegido por este pueblo¹⁸³ frente al que le

¹⁸² Este análisis es el resultado de un trabajo en equipo para contribuir a apoyar las decisiones trascendentales que el caso ofrece. Muchas personas de la comunidad y de las instituciones de San José del Guaviare, estudiantes, profesores, personal de salud, miembros de la Organización indígena local y regional, misioneros, juntas de Acción Comunal entre otros, dieron su aporte para contribuir a pensar salidas alternativas a la protección de los niños Nukak Maku que se encuentran en protección. Bogotá febrero de 1998.

¹⁸³ Defensoría del pueblo 1993

dan sus vecinos colonos. El desequilibrio que tiene el medio ambiente hoy, también por los efectos de la coca los han hecho vulnerables.

Dos años después de conocerse la existencia de este pueblo, es decir, entre 1990 y 1996 ingresaron a Protección del ICBF, 7 niños Nukak Maku encontrados fuera de su territorio y “abandonados” por diferentes personas. Los menores se encuentran en situación irregular debido a que para tomar una decisión de adopción, por ser indígenas, primero se debe tener el concepto emitido por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas y hasta el momento no se ha dado cumplimiento a la petición. Los niños no pueden ser adoptados y por ello, a nombre de estos, el Defensor del Pueblo presenta Acción de Tutela.

*La tutela*¹⁸⁴.

El 17 de enero de 1997, el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, inicio el trámite de una Acción de Tutela en contra de la Dirección General de Asuntos Indígenas ante la demora de esta entidad estatal para suministrar el concepto para adopción. La Acción de Tutela se interpone en representación de siete menores miembros de la comunidad indígena Nukak Maku. Se sustenta porque ante la omisión de la DGAI los menores representados se encuentran en situación irregular de hecho y de derecho; de derecho porque sin el concepto que debe rendir la DGAI el Defensor de Familia que tiene los casos no puede definir la situación para la adopción de los menores indígenas *abandonados*.

El fallo

En primer lugar los derechos de los niños son prevalentes por mandato constitucional. En segundo lugar corresponde suministrar concepto a la División General de Asuntos Indígenas, el cual debe estar debidamente sustentado, pues sobre los menores indígenas la decisión de proceder a la adopción además de requerir el estudio concienzudo que la situación de un niño en estado de abandono requiere, amerita el análisis profundo de la posibilidad de que el proceso de adopción no conlleve desarraigo de su comunidad ni de su cultura. Agrega que “además no es fácil la adopción de un menor que pertenece a otra cultura por cuanto se deben prever muchas situaciones y en especial hacer estudios profundos sobre dicha comunidad indígena”. Por tanto, no puede decirse que la Dirección General de Asuntos Indígenas no haya realizado diligencias tendientes a solucionar la situación de los menores indígenas teniendo en cuenta que la condición de niños de otra cultura hace que sea más difícil tomar determinaciones que favorezcan a los menores para su desarrollo sociocultural”. El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ordena al Instituto de Bienestar Familiar el reintegro de los niños a su comunidad proceso que debe iniciarse a partir de las cuarenta y ocho horas.

Los efectos del fallo

¹⁸⁴ Consejo de Estado sala del Contencioso Administrativo. Sección tercera, actor: José Fernando Castro Caicedo, marzo 13 de 1997

Retornar los niños acarrea estas preguntas ¿dónde se reintegran? ¿a quién se entregan? En este proceso el Instituto de Bienestar Familiar busca comprender la presencia de estos niños fuera de su territorio como *señales* bajo el principio del interés superior del niño desde la *Convención interna Nukak Maku* que es un referente de origen cultural¹⁸⁵, es diferente a la de la sociedad y cultura mayoritaria, occidental. Explicar los diferentes hechos sucedidos en el marco de su cultura, tiene que ubicarse en la perspectiva de cómo su Convención se ha modificado bajo el contacto con colonos, lo cual los ha aproximado – mediante importantes cambios- a definir alternativas de protección, acordes con los derechos fundamentales que protegen a los niños. Desde los referentes de la Convención Nukak Maku sobre los derechos del niño, serán también pensados como seres humanos para ser trasladados a otra sociedad para que puedan existir y ser tratado de la mejor forma posible. Estas medidas tomadas por miembros de las bandas se enmarcan en el concepto de *fatalidad*. Una acción ocurrida se cataloga como fatal, cuando no había otra posibilidad de actuar como la que se dio. Para el caso son fatales las situaciones de los niños huérfanos, sordos, ciegos...El individuo y la colectividad tienen que actuar bajo esas condiciones muy concretas, siempre que se presenten esto tipo de fatalidades. El análisis con base en la cuantificación de casos es una buena manera para deducir lo predecible, es decir lo que puede suceder siempre que se presente determinada situación¹⁸⁶.

Las preguntas desde la antropología

¿Cuáles son las razones para que estos niños hallan sido abandonados ?

Según diferentes versiones recogidas en las historias sociofamiliares, en la documentación en entrevistas en el Guaviare, la presencia en San José y otros pueblos de niños Nukak, obedece a las siguientes causas: a) los colonos los han robado, b) los Nukak Maku los han abandonado, los han regalado niños, los han intercambiado por bienes y productos que ellos no producen, los cambian por perros indispensables para la caza, los entregan temporalmente para que se los sanen en la sociedad que puede asumir estas enfermedades y manifiestan llevarlos en otro viaje y luego no los recogen....

¿Son seres en devenir Nukak Maku o son seres para el abandono?

Los miembros del clan y de las bandas de la organización social tribal, evalúan las reales condiciones en que nace un niño, desde dos aspectos fundamentales: condiciones físicas y condiciones sociales. El niño ¿oye?, ¿ve? ¿está su cuerpo completo? Pero, adicionalmente, se preguntan ¿si existen las condiciones materiales, sociales y afectivas para que pueda obtener los cuidados de los mayores a quienes corresponde su protección? Con base en los resultados

¹⁸⁵ SÁNCHEZ BOTERO Esther. Peritaje para responder al Consejo de Estado las justificaciones por las cuales los niños no pueden regresar. En el marco de una división del trabajo de apoyo al Instituto para encontrar las mejores salidas a cada niño, se reorientó el camino iniciado, con el objeto de encontrar las explicaciones estructurales que corresponden al origen de esta situación y por lo tanto a su salida adecuada.

¹⁸⁶ SÁNCHEZ BOTERO Esther, *Melicio Cayapu Dagua esta preso mi sargento. Estado de Normas Estado de rupturas. En Antropología Jurídica en Colombia. Normas Formales costumbres legales*. Editorial Antropos 1992 Bogotá.

del proceso de evaluación que siempre está presente, incluso hasta la vejez, será clasificado como ser humano que debe ser cuidado mientras es *incapaz*, para ayudarlo a ser un adulto Nukak Maku o, será clasificado como niño para ser entregado a la sociedad mayoritaria culturalmente o de colonos que es la que ellos conocen para ser protegidos.

La lectura en profundidad de los expedientes y datos acopiados, genera una hipótesis diferenciada de las causas anteriormente descritas, relacionadas con tres condiciones esenciales de las instituciones sociales, que permiten un sustento fundamental y de principio, al concepto que se esta discutiendo, es decir a la existencia de una *convención* sobre el interés superior del niño Nukak Maku diferenciada de la Convención “con mayúscula” que a juicio de algunos, es la única a imponer en el mundo entero.

¿Niños defectuosos niños huérfanos desechados o protegidos?

Realmente estos niños y niñas indígenas no son idénticos a los otros Nukak Maku pues tienen un defecto físico que les impide ser caminantes, nómadas; b) portan una circunstancia que es la orfandad, pensada como conjunto vacío que impide el ámbito social y afectivo necesario, indispensable e irremplazable de uno o dos de los padres para que generen la seguridad alimentaria y cuidados necesarios para los primeros meses y años de vida de un niño incapaz de sobrevivir por si mismo. Estas dos situaciones en el marco de un medio de vida, culturalmente *determinado*, es decir nómada, definen clasificatoriamente a estos seres como distintos, es decir, como no plenamente completos o como incompletos físicamente para ser caminantes, que es la esencia de su mundo nómada. Con base en el tercer elemento, aquellos a los cuales no se los puede sustentar, porque no están los parientes que deben hacerlo y por si mismos no podrán asumirlo, se “abandonan” en una decisión de vida o muerte que es fatal, en los términos expuestos anteriormente. Esta argumentación, asume *cómo están siendo* los Nukak Maku hoy. Remueve la extensión de ideas o argumentaciones desde posiciones etnocéntricas, por medio de las cuales se traslada el marco ideal de lo que debe ser nuestro ideal de cuidado a los niños, así sea contrario en la realidad⁸⁷, y que por idealización del otro, o por extensión de visiones racistas se atribuyen explicaciones falsas.

Los Nukak Maku asumen los casos por razones culturales y en el marco de su derecho propio

Para aproximarnos a una explicación deductiva del mundo Nukak Maku, y por comparación de lo que sucede en todas las sociedades, como en la sociedad colombiana mayoritaria, se utilizan tres ejes para establecer un referente cognitivo, es decir un modo peculiar de comportamiento del pensamiento en la cultura.

Las instituciones definen lo idéntico

A un hospital sólo entran seres humanos para ser sanados. Un caballo no puede ser atendido en el hospital.

⁸⁷ En la realidad en Colombia los niños son abandonados por la sociedad y el Estado. O cuantas veces hemos pasado por encima de ellos cuando los vemos solos y sin protección en las calles?

Las instituciones clasifican.

Las instituciones médicas identifican a los enfermos y los separan de los sanos.

Entre los enfermos clasifican a los enfermos de riñón.

Entre los enfermos de riñón, clasifican a los que requieren diálisis.

Entre los que requieren diálisis clasifican a los que la pueden pagar.

Entre los que no la pueden pagar, clasifican a los que la institución está en posibilidad de hacerles diálisis

yquedan los otros los que se van a sus casas porque las instituciones medicas no pueden hacerles diálisis.....

Las instituciones toman decisiones de vida o muerte.

¿Esta respuesta institucionalizada en nuestra propia sociedad es justificable con base en similares argumentaciones a los que realmente, éticamente podríamos encontrar en este pueblo indígena? ¿Los recursos que entre todos los colombianos se producen son verdaderamente escasos en nuestra sociedad? ¿A quien podemos responsabilizar de la imposibilidad de recibir atención un enfermo? ¿Existe insolidaridad real? ¿Hay una inadecuada distribución de los recursos escasos? ¿Es necesario un cambio para que esto no suceda?

El pensamiento refiere a conductas.

Un semejante en el marco de una unidad social Nukak Maku da o recibe comida: es sujeto del dar y recibir. Este *hábito* aparentemente simple, encierra como todo hábito cultural una ética. Por ser cultural un hábito no es estático o cerrado y por consiguiente así como cambia un hábito también puede cambiar la ética. Una manifestación de clasificación taxonómica y de hábito cultural en este sistema, hace relación a la comida y la etnografía registra especies vegetales y animales numerosas para ser comidas; también registra formas de obtención preparación y distribución de los alimentos. En algunos de los expedientes se manifiesta *la manera* tanto para excluir de alimento a estos niños, como también la entrega de pepas rojas para alimentarlos, significado culturalmente coherente no sólo con un sistema clasificatorio, *lo que puede o no comerse*, sino con un sistema ético: *¿quién debe dar comida, quién no debe dar comida?, ¿quién debe recibir comida? ¿qué clase de comida debe recibir el otro?* A un semejante corresponde comida semejante a un distinto corresponde comida distinta en esta cultura.

En el vocabulario Nukak Maku se reflejan las taxonomías de una sociedad cuyas instituciones también clasifican. Algunos elementos de estas clasificaciones por su pertinencia para el caso son por ejemplo, la condición de distintos de un hombre /nawajat/ de una mujer /yad/; de un *niño* /webuto/ de una *niña* /yanawe/. Pero también ellos así mismos se identifican como *gente distinta* del hombre blanco /kswede/ y reconocen seres que no son

Nukak Maku ni tampoco hombres blancos, sino seres sucios, cubiertos de pelo largo¹⁸⁸ - léase no rasurados como ellos -, seres que no comen alimentos tradicionales. Este ser /Bepipn/, indeseable, es de la selva no humanizada y no pertenece a un grupo social, es *carente* de grupo o unidad social. Estos niños como los animales de pelo no pueden rasurarse como lo hacen ellos, siendo esta condición expresión de cultura. Quien se rasura está realizando una costumbre cultural, es decir una modificación natural. Otra categoría en la mente de este pueblo de la que no encuentra expresión lingüística: es *huérfano* / /¹⁸⁹; no existe concepto para *huérfano* en esta lengua y esta situación asume características especiales frente al conjunto de los individuos *no huérfanos* pertenecientes a la comunidad Nukak Maku que de acuerdo a nuestra clasificación, *no son huérfanos*. Si un conjunto se define por las propiedades que lo caracterizan, es posible inferir que no tiene sentido para dicha comunidad expresar esas propiedades; mientras si se cambia el universo donde se genera el discurso, por ejemplo a nuestra sociedad, el conjunto de los individuos de la comunidad que son huérfanos, ese conjunto es distinto de vacío ya que la propiedad que lo caracteriza, esto es ser huérfano, está definida y tiene sentido. Es deducible entonces que el *ser humano carente* especialmente de amparo o protección se diferencia de aquel que debe *defenderse o guarecerse o sea que pueda defenderse*. Esta división sin duda, refleja una diferenciación muy profunda frente a unos seres y a otros.

¿Se trata entonces de *seres carentes* ? Esta categoría utilizada por Roberto Pineda Camacho para otros pueblos indígenas¹⁹⁰, significa que hay seres que no son semejantes? Significa que se es carente, pero ¿carente de qué? ¿carente de clan?, ¿que es lo qué desaparece, o de qué se carece como identidad para que no se los identifique como semejantes? Son los problemas físicos los que definen la carencia y son éstos los únicos referente para establecer semejanzas? Se puede afirmar que no, ya que en trabajos previos se ha establecido que otras sociedades tratan a los huérfanos como *carentes* porque no tienen personas que los cuiden. En la sociedad mayoritaria desafortunadamente también los huérfanos y los defectuosos tienen que ser asumidos por las instituciones públicas porque los familiares, vecinos o personas en general de la sociedad, no asumen estadísticamente ni los niños con defectos, ni los huérfanos.

¿Imaginarios contrarios a la realidad?

En un conjunto de palabras¹⁹¹ un joven Nukak Maku en protección¹⁹² evidencia en sus traducciones las clasificaciones como el vocablo */hijillo/ o sea el que no es /hijo/* estableciendo una identificación con el diablo, que es trasgresor, con atributos de animal porque tiene cachos y con capacidad de hacer daño. Estos seres indeseables de su cultura /kawd/ y /bpip/ son los que utilizan como genéricos para referirse a los no Nukak Maku. La extensión que hace Belisario García identificando un *diablillo* con *hijillo* obedece a un

¹⁸⁸ Se le caracteriza por tener vestido. En nuestro análisis identificamos este ser con el pelo propio de los animales y contrario a los Nukak Maku u hombres sin pelo. Recordemos que ellos se rasuran completamente tanto hombres como mujeres.

¹⁸⁹ Concepto Vacío igual a conjunto vacío, no existente.

¹⁹⁰ Conversación personal con el lingüista Jon Landaburu. 2 /98

¹⁹¹ Vocabulario suministrado por la antropóloga Leonor Sánchez

¹⁹² Belisario Garcia Joven Nunak Maku en Protección

principio de relación ya que en su cultura existen seres diferenciados del ser humano que son peligrosos. El que alguien sea peligroso en esta cultura es porque no da, porque toma sin ofrecer en reciprocidad nada. En entrevista realizada a un Puinave en 1991, cuya lengua pertenece a la misma familia lingüística Nukak¹⁹³, se describen con gran precisión las características y rasgos de un *makuse* (*maku - se*), la cual apoya la existencia de seres que pertenecen a *mundos posibles* que para las teorías de la coherencia la verdad de su existencia consiste en las relaciones de coherencia entre un conjunto de creencias¹⁹⁴.

Estos seres viven en Joreta; no tiene diferenciados los ojos, la boca, la nariz. Tienen un solo órgano para ver, comer, comen pepas rojas y hacen mucho daño por ahí¹⁹⁵. “No tienen ojos, ni boca, ni nariz, tienen un solo ojo para ver, comer, oler y respirar. Andan para atrás, comen pepas rojas y aunque hacen daño nadie los puede ver¹⁹⁶”.

La existencia de estos seres que hacen daño, puede relacionarse con las consecuencias del mal sobre estos sujetos que representan una deformación física y espiritual como representación. Estos seres son sujetos para ser eliminados del nosotros. Hoy deberíamos decir seres que antes eran eliminados.

Si bien pueden clasificarse a estos seres como no humanos, no se identifican a los *carentes* de clan o de ojos para ver, de pies para caminar, de fuerza para trabajar bajo la categoría de animales, aunque el sistema clasificatorio manifiesta que estos seres *humanos carentes* hacen daño al grupo porque crean una relación asimétrica perdurable en el tiempo en cuanto *toman y no aportan* lo cual pone en peligro al grupo. Se diferencian estos distintos además, porque no pertenecen a la selva humanizada (donde transcurre la vida cultural) y porque no son caminantes. Los no humanos son para los Nukak Maku clasificados como los de pelo, los que tienen pelo, elemento de su condición y naturaleza, opuesto clasificatoriamente a los *rasurados o sin pelo* que son los Nukak Maku que, además pueden aportar con otros a la vida del grupo por las reales capacidades de hacer acciones, una bastante importante en su cultura que es poderse rasurar.

El abandono de los “enfermos graves”, de ancianos y en ocasiones de los niños huérfanos, que tanto asombro produjo a misioneros y viajeros, ha sido una práctica cultural, entre grupos de economía estacional y gran movilidad espacial. Este abandono constituye una de las expresiones más significativas de la actitud cultural preventiva tendiente a garantizar la vida colectiva.

Los Nukak acostumbran abandonar a los miembros que en condiciones de “enfermos muy graves que no pueden desplazarse por si mismos” pueden amenazar la supervivencia del grupo. Se estima que los seres causantes de la enfermedad se

¹⁹³ Reina Leonardo La lengua Nukak Maku ICAN 1985

¹⁹⁴ En el “mundo real” Puinave existen *makuses*. Para una persona de nuestra sociedad los *makuses* son solo “mundo posible” y en cambio los ángeles, o la Virgen María son mundo real. Estos serán solo mundo posible para los Nukak Maku o para los Puinave.

¹⁹⁵ Sánchez Botero Esther Ibid Pag:14

¹⁹⁶ SANCHEZ BOTERO Esther, Entrevista personal a Melicio Moyano indígena Puinave, Familia Maku 1992

*alimentan de la sangre del enfermo y este los atrae, poniendo en riesgo de enfermar y matar a otras gentes del grupo. Este abandono, en ocasiones puede extenderse a los menores huérfanos quienes imposibilitados para acceder a los alimentos se constituyen en una carga para el grupo.*¹⁹⁷

*“La importancia del grupo doméstico o bien de la unidad doméstica es vital para la supervivencia de los menores, puesto que de otra manera esta supervivencia puede estar en juego. Por lo tanto, la posibilidad de vida de un menor en condiciones de retraso secundario es más difícil, puesto que el mecanismo de supervivencia particular o individual entra en desventaja con el de los otros menores de su edad”*¹⁹⁸.

*Los Nukak recuerdan que el niño vivió un tiempo con ellos, cit lo quería criar como hijo, pero en una epidemia de gripe fue abandonado en el bosque como lo hacen tradicionalmente con sus enfermos graves que no pueden caminar por si mismos.*¹⁹⁹

*Cuando los Nukak quedan huérfanos especialmente por el lado materno, ellos los guardan como grupo, los cuidan pero el niño, realmente puede morir por desnutrición, por descuido, o sea porque no tienen la misma preocupación que tiene la mamá. Ahora hay otro conflicto para la infancia; los Nukak no aceptan los defectos físicos. Tuvieron el caso de un niño que nació sin ano y lo llevaron a Villavicencio, lo operaron lo trataron bien y cuando lo regresaron su familia lo vio como un imperfecto y no lo cuidaron de la misma manera. El niño tenía que tener cuidados especiales. Murió después de 4 meses de entregárselo a los padres porque para ellos es inaceptable los defectos. A otro niño con meningitis le pasó lo mismo; se lo entregaron a los padres y después que los padres lo tenían lo dejaron. El concepto cultural, no admiten la imperfección*²⁰⁰.

*Btu nos decía que cuando aspiraba euru podía ver a una gente que llama budd? Bd “gente muerta” bt es la raíz del verbo “morir” y d una partícula que unida a un verbo lo convierte en un sustantivo, que se encuentran en otro nivel del mundo*²⁰¹.

Como puede observarse clasificatoriamente hay quienes participan de otros niveles del mundo, que son mundos a donde van los enfermos y los huérfanos.

Cambios en la complejidad cultural que asume el abandono entre los Nukak Maku.

Lo concreto es que las bandas *han venido dejando a estos niños* y los expedientes demuestran la presencia de estas dos variables: orfandad y discapacidad física en cada uno de los diferentes niños. Es deducible la complejidad que debe generar al grupo la decisión *de dejar a un niño*. Aunque la etnografía registra a los Nukak Maku en relación a otros grupos como

¹⁹⁷ CABRERA, Gabriel et al, Ibid 412- 417. 9

¹⁹⁸ Ibid 414

¹⁹⁹ Ibid 414

²⁰⁰ Misionera de Nuevas Tribus participante seminario taller San José del Guaviare, agosto 1997

²⁰¹ CABRERA, Gabriel et al, Op. cit.

especie de esclavos, e incluso su nomadismo se reconoce hoy como consecuencia de un proceso de cambio, hasta su aparición en Calamar, ningún colono “tropezaba” con niños abandonados y los Nukak Maku se encontraban en el mismo territorio y bajo las situaciones establecidas dejaban los niños porque las condiciones eran fatales.

La importancia del grupo doméstico o bien de la unidad doméstica es vital para la supervivencia de los menores, puesto que de otra manera esta supervivencia puede estar en juego. Por lo tanto, la posibilidad de vida de un menor en condiciones de retraso secundario son más difíciles, puesto que el mecanismo de supervivencia particular o individual entra en desventaja con el de los otros menores de su edad²⁰².

Con la llegada de la misión Nuevas Tribus a su territorio y el encuentro con los colonos, éste hábito cultural se modifica al *conocer y reconocer que el otro puede asumir estos casos porque ese otro tiene recursos que los Nukak Maku no poseen*. Hay hoy una expresión muy humanitaria de entrega del individuo huérfano y enfermo reconocido como frágil, para que *en la otra sociedad tenga una oportunidad, otra oportunidad para que pueda vivir*. Los casos manifiestan esta doble realidad: a) casos de niños cuyo estado físico es verdaderamente grave según la medicina alópata y cuyo diagnóstico debió ser similar en su propia sociedad, son “abandonados” en la selva²⁰³; b) *casos de niños que se quedaron, que los dejaron y no regresaron por ellos; niños que se regalaron a un colono* todas estas situaciones manifiestan un cambio para hacerlos posibles, para que participen del mundo de los vivos no de los muertos. En ambas situaciones es deducible y se puede constatar regularidades que toman forma como hábito cultural inmodificado para los primeros casos, o sea casos que acarrean la muerte y son el resultado coherente de un pensamiento y acción que no hubiera podido ser de otra manera y variado para los segundos, o sea los que son el resultado de un pensamiento y acción que busca una salida no fatal. Es así como un *mundo real* puede verse cambiado y transformado en *un mundo posible*.

Cuando los enfermos no se pueden desplazar normalmente y si están cerca o en la zona de colonización otros Nukak Maku pueden llevarlos hasta la casa de algún colono y luego de dejar al enfermo continúan con sus recorridos, pues saben que allí los atenderán con medicamentos y alimentos. Cuando el enfermo mejora parte en busca de su grupo local. Una situación similar ocurre en la sede los misioneros.

Con base en estos postulados que serán demostrados en cada caso, se parte para realizar una sustentación contraria a enmarcar los casos bajo la figura del abandono y por el contrario exaltar los mecanismos de los Nukak Maku para poner bajo protección estos niños. Además y siendo el principal motivo de esta sustentación, demostrar que seguir lo ordenado por el Consejo de Estado sería condenarlos a la muerte.

Las dos funciones que pueden resumir al líder Nukak Maku es que por un lado es el representante de su grupo local frente a otras “gentes” y por otro que debe proteger y garantizar el bienestar social, tanto material como espiritual, de su propia gente. En los

²⁰² Misionera de Nuevas Tribus participante seminario taller San José del Guaviare, agosto 1997

²⁰³ Se trata de un proceso de eutanasia para casos de extrema gravedad.

momentos de peligro o conflicto con otro grupo local, cada líder debe demostrar su fuerza, destreza y valor para defender a su grupo local... Cada líder se denomina weept o buu. El líder tiene un estatus²⁰⁴, y aunque otros hombres adultos también lo tienen, el primero se diferencia de ellos porque su grupo local puede ser denominado con su nombre personal, así sus integrantes son la “gente” del líder. Este líder con su gente, toma decisiones como autoridad con competencia jurisdiccional y en este caso decisiones administrativas para definir la situación de los niños.

Conclusión numero uno

Acudiendo a lo dispuesto en el Código del Menor, Artículo 31, Numeral 3, donde se señala que serán declarados menores en abandono si “faltaran en forma absoluta o temporal las personas que conforme a la Ley han de tener el cuidado personal de su crianza y educación, como parece deducirse de estos casos, se hace necesario formalizar esta declaración en función de fortalecer condiciones de vida regulares para todos los involucrados en estos casos.

Los deberes y derechos bajo las clasificaciones analizadas son parte del sistema cultural pero especialmente del sistema de derecho. Los Nukak Maku, centran este derecho en categorías que están distribuidas socialmente entre todos sus miembros, que están cognitivamente compartidas. La existencia de un sistema clasificatorio: tribu, clan, mitad, bandas, hermanos, cabeza de grupo doméstico, grupo doméstico, orienta el comportamiento en cuanto a los deberes y derechos y son el lugar donde se toman todas las decisiones. Aunque los Nukak Maku han disminuido recursos de la selva por el impacto de la colonización y efectivamente algunas bandas manifiestan desestructuraciones, existen patrones culturales que como en nuestra sociedad delimitan la responsabilidad del individuo y del grupo, para apoyar al desvalido física o socialmente, ya que materialmente no pueden asumirlo.

La tesis central

Podemos afirmar que en el pasado los Nukak Maku no podían asumir estos niños, pero que en su encuentro con la otra sociedad, y producto de su observación y análisis, encuentran tres condiciones en la sociedad de colonos y campesinos vecinos que ellos no tienen: 1) son sedentarios, 2) tienen un sistema de salud que puede contribuir a aliviar enfermedades que ellos no pueden curar, 3) disponen de comida acumulada en despensas, tiendas y neveras. En un proceso de *adaptación* de la cultura, demandan de la sociedad vecina – que tiene las características mencionadas - el apoyo solidario para ofrecerles a estos niños una familia, sustentarlos alimentariamente y mejorar condiciones físicas si ello fuera posible. Lo que es leído como *abandono*, es un acto de *protección* ético, humanitario y claro, acorde con la Constitución, la ley, la Convención internacional de los derechos del niño y la Convención Nukak Maku.

²⁰⁴ Entendido como la posición relativa de una persona con respecto a otras con las que se halla en relación social, Mair Lucy 1965, 1982: 17.

Los casos²⁰⁵

Los casos, permiten deducir las razones de fuerza mayor enunciadas y que llevan a tomar las decisiones dentro de este pueblo. La crueldad, basada en el racismo y etnocentrismo para juzgar sus comportamientos y decisiones como actos de abandono, contrarían el altísimo valor moral y ético de los Nukak Maku²⁰⁶.

Ever niño con grave lesión cerebral

Está bajo cuidado desde hace 15 días al encontrarlo un campesino en una chagra abandonado y con el peligro que alguna fiera le haga daño y sin alimento que comer. Tenerlo representa riesgo por el delicado estado de salud. La progenitora del menor no quiere al niño, lo rechaza y desea regalarlo.

¿Cuantas personas conforman su grupo? Siete.

¿De que lugar vienen? De la Charrasquera.

¿Cuanto hace que se vinieron? 10 noches.

¿Porque se vinieron de allá? Para enfermos.

¿Usted es la madre de Ever? Si. Papá Martín

¿Porque Ever está aquí en casa de pueblo, aquí en San José?

Porque es chichón, porque no comía. Estaba enfermo. Yo dejé otro día en monte.

¿Por qué lo dejo en el monte?

¿Quiere hijo? No ya no quiere Ever.

¿Porque no quiere Ever? Porque no tiene fuerza niño; papá no tener;

¿Porque no quererlo? Porque no tiene papá.

Este niño entre 4 y 5 años fue abandonado en Mapiripán en noviembre de 1989. Muy seguramente a causa de su deficiencia física. El examen medico demuestra estado de desnutrición crónica. Ha presentado problema de convulsiones. emparecía derecha, lenguaje escaso. Hemiatrofia del hemisferio cerebral izquierdo y las secuelas que esto genera. Se dialogo con las mujeres especialmente jóvenes y ancianas. Al conocer que el menor era maku. Las mujeres ancianas especialmente manifestaron que “cuando niño pudiera traer²⁰⁷ tortuga, pescado y comida, si lo recibirían y además tenían muchos niños por alimentos y vestir y lo que tenían para su cuidado no les alcanzaba. Manifestaron poca aceptación ante la posible ubicación del menor. Sugiriendo que cualquier decisión al respecto fuera realmente aceptado por todos los miembros de la comunidad”. Ever tiene grave lesión cerebral

Belisario y Manuel dos huérfanos.

²⁰⁵ Toda la información aquí expuesta proviene de los expedientes, documentos formales de funcionarios o científicos sociales y de entrevistas a personas de reconocido conocimiento. Con el objeto de exaltar los datos que originan la hipótesis de trabajo se resalta en cursiva, negrilla y subrayadas información desde los expedientes.

²⁰⁶ SÁNCHEZ BOTERO Esther *Peritaje antropológico para responder al Honorable Consejo de Estado que ordena el reintegro de los niños a la comunidad.*

²⁰⁷ Pronombre personal que no se encuentra en el expediente y que la autora coloca para aclarar el contenido de la frase.

En 1994 rindió declaración un señor quien dijo conocer a Belisario desde 1999 en el Caserío El Resbalón. Un grupo grande de indígenas visitó el caserío y se les quedó el niño. En octubre de 1994 el señor se fue a vivir a San José del Guaviare y Belisario se quedó con ellos. En su declaración dice: yo andaba para aquí y para allá en la montaña y llegué al Resbalón al tiempo que llegaban un grupo de Maku y ellos se pasaron y yo me quede ahí en el Resbalón. Mis padres murieron cuando yo estaba pequeño yo no me acuerdo de ellos, ni los conocí.

Paola Andrea

En mayo de 1995 se rinde declaración Paola Andrea de 13 años de edad. Mi mamá se murió cuando yo chiquita, yo lloraba y me perdía, mi papá cuando yo estaba pequeña él se enfermó y murió en el monte. Paola presenta además una velocidad de crecimiento deficiente. Presenta grave defecto en los ojos

Yudy Tatiana

En septiembre de 1995 rinde declaratoria una señora residente en Unión Alta con su esposo y tres hijas. Dice que la edad de la niña es de dos meses, y que un grupo indígena se la regaló a una señora y esta a su vez se la entregó a ella. La madre de la niña no quiso hablar con la señora a quien se la entregaron. Dijo que si no la recibían la iban a picar con machete porque lloraba mucho. Que sí, que los otros indios la remedaban cuando lloraba y por eso las tenían alejadas durmiendo en una hamaca. Yo la recibí con el fin de salvarle la vida, yo le ofrecí protección hasta mis alcances y como lloraba mucho por las noches y mi esposo llegaba cansado me decía que mirara haber que hacia con la niña.

Diana y Edilma

Las niñas Diana y Edilma llegaron a una finca en octubre de 1993. Un grupo grande de indígenas estuvo en una mata de monte por 20 días. Cuando se fueron se quedaron las niñas. El grupo volvió en 1994 y se quedaron 2 niños, uno de 10 y otro de 5 años llamados Mauricio y Daniel. En uno de los desplazamientos del grupo al Retorno las dos menores estaban en una mata de monte; se repitió la situación en varias oportunidades hasta que por pesar el compañero señor Vergara dijo que recogieran a las menores en vez de que se quedaran en la montaña aguantando reprivaciones. Edilma parece ser sorda y realmente no es como igual de normal que la otra. Allá, dice ella, no hay hermanos, ni hermanas, ni papá, ni mamá, allá no hay nada con que comer. Dice ella, que otros indios no daban comida a nosotros; los grandes se comían todo. Nos daban las pepas que comen los micos, el churuco, miel, ellos dormir solos. Chinchorro tampoco. Andamos en la montaña, dormíamos.

Los elementos guía para establecer el concepto

◊ *Conflictos culturales y adaptación*

El modo selectivo de actuación frente a los niños es una manifestación de la diversidad y de los valores respecto al papel que deben jugar las unidades familiares y sociales propias de este pueblo. La socialización está orientada para defender la subsistencia del individuo y de los miembros que pueden contribuir a reproducirse como cultura y sociedad, en detrimento

del individuo carente. Una manifestación de la visión del individuo para protegerse individualmente frente a la obtención de recursos para la subsistencia, que se diferencia formalmente, es la forma como se apropián los alimentos. La siguiente cita manifiesta un hábito cultural al momento del primer encuentro.

Nos tocaba distribuir la comida. Al comienzo decíamos: mire aquí esta la comida para ustedes, la fariña, el pescado lo que fuera. Eso llegaba uno solo, lo cogía una sola persona y no le daban a nadie y entonces nos dimos cuenta de que no se le podía dar a una sola persona. Nos tocó darle a cada persona lo que le correspondía

◊ *El conocimiento de la sociedad mestiza influye para un tratamiento distinto.*

Una argumentación que puede proponerse para leer estos casos, es que la incidencia de la cultura “mestiza” ha influido en la forma de actuar frente a estos niños. Podemos suponer lo que significa para ellos recibir alimentos, droga y servicios que provienen del sistema externo y son apropiados sin ningún desgaste energético, muy distante de lo que les toca a ellos en el diario vivir. Comer algo que no ha sido cazado o recolectado, recibir medicamentos que curan, produce cambios en el sistema cultural propio que implican, en este caso, la incorporación de lo sensible cognitivamente en términos de tener en cuenta el referente externo, es decir comparar y reconocer en la otra sociedad - con la cual se está en contacto -, una tecnología, un saber y una capacidad distinta para afrontar una situación como la orfandad, o los graves defectos físicos. Con base en este referente se realizan adaptaciones y cambios cognitivos que antes no se asumían porque estaban centrados en referentes muy sólidos pero exclusivamente interno.

Un hábito nuevo: entregar los niños al otro, a la otra sociedad, hace parte de un proceso cognitivo adaptativo de la cultura Nukak Maku y de un significativo cambio ético. Esta expresión nueva debe ser tenida en cuenta y valorada en el marco de la sociedad multicultural, en cuanto comparte modos selectivos de actuación en dirección a la protección de la vida como valor supremo. Es una adaptación cultural que manifiesta la expresión que asume la cultura hoy producto de una elaboración del pensamiento que se traduce en un nuevos hábitos para sortear una estrategia también nueva. Esta ocurrencia de la cultura Nukak Maku es tendiente a poner los niños dentro de un medio que les asegure un entorno apto para vivir y crecer, para sanar y estar con otros. Una cultura es entonces el resultado de lo propio y lo apropiado e incluso de lo impuesto.

◊ *Conflictos normativos manifestación de pluralismo jurídico*

Los casos manifiestan la coexistencia de dos órdenes jurídicos o de intereses jurídicos distintos; de dos “convenciones” distintas que terminan siendo armónicas. Por un lado, el de las instituciones del Estado que intervienen en el caso sustentando únicamente desde la perspectiva y el derecho de la protección de la esfera individual de los menores. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Asuntos Indígenas, la Defensoría para el niño de la Defensoría del Pueblo, los Tribunales de Justicia. Todas estas instituciones desconocen el derecho de ese nuevo sujeto de derecho reconocido en la Constitución de 1991: los pueblos indígenas.

Las acciones que emprenden los miembros de las unidades sociales de los Nukak Maku son la manifestación del ejercicio de sus identidades como pueblo manifestado en sus leyes, su sistema de derecho propio orientado a la defensa del interés general. Un niño que por las situaciones antes mencionadas pone en peligro las condiciones de la sociedad y vulnera gravemente la existencia del grupo básico impactando así toda una red de consecuencias, no es posible de ser considerado para ser alimentado y cargado, si por sus propios medios no puede hacerlo. Hoy como individuo para ser protegido, es entregado a la sociedad mestiza, de modo que tanto él, como el pueblo Nukak Maku que es un sujeto de derecho a la vida y a la existencia cultural alterna-, puedan vivir. Es contundente entonces que los derechos del pueblo Nukak Maku como sujeto colectivo, no eliminan los derechos individuales: sólo los redefinen y que los derechos fundamentales de los niños Nukak Maku como sujetos de derecho individual, no eliminan los derechos del pueblo como sujeto colectivo. Dado que estos dos enunciados anteriormente citados son la base del conflicto entre el derecho individual fundamental de cada uno de los niños y el derecho del pueblo como colectivo, es importante analizar en qué forma podrían ser los dos revaluados y redefinidos de manera que logren dar como resultado una solución que no obstruya a ninguno de los dos de formas negativa.

Si se analiza desde el punto de vista Constitucional, se están haciendo respetar los derechos de los niños como sujetos de discriminación positiva, pero con base en un tratamiento distinto a los distintos, ya que los derechos de la niñez constituyen el reconocimiento de los niños como miembros activos de la sociedad y el compromiso de garantizarles las mejores condiciones para el desarrollo integral de sus múltiples facultades: físicas, intelectuales, psicoafectivas y espirituales. Adicionalmente se está protegiendo el derecho que tiene un pueblo y una banda en particular, en el ámbito de dos esferas: como minoría étnica -sujeto de protección especial y, como colombianos en general.

◊ *El Fortalecimiento de la etnicidad y la cultura en conflicto*

Lo establecido por el Defensor del Pueblo en representación de los niños Nukak Maku en situación irregular, promoviendo los conceptos de Asuntos Indígenas y los comentarios críticos del Consejero ponente del fallo del Consejo Estado que consideran los derechos de las familias Nukak Maku para acceder a los niños, no sólo son la manifestación de una salida anticonstitucional por cuanto se pone en peligro realmente la vida de los niños, unilateral para el tratamiento hoy de estos casos pues se inspiran las salidas solamente en lo que a “palpito” de cada funcionario cree que es mejor, desconociendo al otro, a los otros, sino que es la manifestación clara del conflicto que genera la construcción de relaciones de entendimiento intercultural en la sociedad multicultural. El reconocimiento y valoración de la decisión del Pueblo Nukak Maku que establece que las bandas conocen la existencia de un límite jurídico con relación a toda situación que pone en peligro al pueblo²⁰⁸, y por lo tanto la valoración de

²⁰⁸ SÁNCHEZ BOTERO Esther, La perspectiva antropológica permite definir los criterios que pueden ser considerados válidos para juzgar los síntomas que aparecen en este caso. Estos conceptos: criterios y síntomas pueden ampliarse con el aporte filosófico de Wittgenstein

proteger que no puede ser leída superficialmente como "abandonar" estos niños, trae necesariamente otro conflicto en relación a lo establecido normativamente para el abandono de los parientes a un niño, el cual puede ser sancionado gravemente.

Tratar de afrontar un caso como el de los menores Nukak Maku similar al de otros niños colombianos, es ilógico y ausente de sentido común. Es imposible encontrar los padres biológicos de estos infantes; de encontrarlos no se sabe cual será su reacción al intentar devolverles sus hijos; si los reciben ¿qué pasa cuando se enfrenten a sus costumbres de vida de la comunidad cazadora, recolectora, y nómada?

Defensor del Pueblo Guaviare

◊ *Potenciación de la Cultura*

Si partimos de una orientación tendiente a proteger la sociedad Nukak Maku como pueblo y minoría, siguiendo el espíritu y la orientación del Artículo 7 constitucional para proteger y valorar la diversidad cultural, el regreso de estos niños a su pueblo y sociedad como medida para "considerar los derechos de las familias Nukak Maku de las cuales son originarios los niños indígenas"²⁰⁹, es contraria al pueblo Nukak y al interés superior del niño, pues vería vulnerado el derecho propio bajo el cual unidades sociales han optado por dejar los niños en la otra sociedad.

◊ *El derecho a una familia y a no ser separado de ella factor de conflicto jurídico cultural.*

El derecho según el cual "el niño tiene derecho a crecer en el seno de su familia y no podrá ser expulsado de esta o separado de sus padres y la separación procederá únicamente por decisión de autoridad competente en atención a su interés superior", entra en conflicto cultural y jurídico por cuanto estos niños Nukak Maku, *no pueden crecer en el seno de su familia son enfermos o huérfanos, y pueden ser separados por autoridad competente, en atención al interés superior del niño*. Acorde con la cultura Nukak la incapacidad para la supervivencia individual permanente orienta a la realización de acciones fatales y las medidas tendientes a defender la existencia de la sociedad.

◊ *El Conflicto involucra a la comunidad y a los niños en particular*

En este caso el conflicto involucra a los niños en particular y a la sociedad Nukak Maku en general. Amenaza con crear impactos negativos en los individuos si se los reintegra y en la sociedad Nukak Maku cuyas particularidades permiten establecer que no disponen de condiciones para su recepción.

◊ *Opción uno ¿Reincorporar al pueblo y al modo de vida nómada?*

²⁰⁹ Expediente No. AC 4458 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera 13 III de 1997. Pág. 12

La opción de *reincorporar* los niños al pueblo y medio nómada, opción dada en la Sentencia de Tutela como respuesta a la Acción de Tutela del Defensor del Pueblo, según el diccionario significa: “volver a incorporar, agregar o unir a un cuerpo político o moral lo que se había separado de él”, amenaza la vida de los niños. Regresarlos implicaría aceptar la visión etnocéntrica de la sociedad hegemónica.

“En la Acción de Tutela fue tomada la decisión con el concepto de algunos; pero sin ningún Nukak Maku, o representante de ellos o de alguien con conocimiento sobre ellos que pudiera fijar con respecto a las costumbres de ellos como se debería actuar frente a los niños”. No es igual una tutela fallada por normas colombianas de acuerdo a los conceptos jurídicos colombianos donde supuestamente el principal derecho que tienen las personas es la vida, entonces eso es lo que debe ser muy bien revisado porque la parte cuestionable es eso, hay testimonios de algunos niños que han muerto, consecuencia de exaltar a los Nukak Maku y de retornarles los niños para que estén con ellos”.

Misionera de nuevas Tribus

En cuanto a los niños huérfanos

Los niños huérfanos en algunas bandas no tienen la posibilidad de recibir comida y cuidados. La cantidad de comida alcanzada a recoger por el grupo de la banda no siempre alcanza para los huérfanos. En virtud del interés superior del niño y con el objeto de proteger su vida los dejan en la otra sociedad. ¿Es este hecho abandono? ¿Al “abandonar” a los niños huérfanos o a los enfermos, están realizando prácticas que sobrepasan los límites impuestos a la diversidad étnica y cultural?

De acuerdo con la solución adoptada por el Consejo de Estado ¿deben abandonar sus prácticas, contravenir la protección de un niño poniéndolo en peligro? Esto es por atentar contra el derecho a tener una familia? O estará el pueblo Nukak Maku defendiendo intereses considerados de superior jerarquía para el tribunal constitucional, como ha expuesto mediante sentencias como la T349 de 1996 y la T 523 de 1997. Estas prácticas coincidentes con el mínimo jurídico del derecho a la vida sólo pueden realizarse internamente aún poniendo en peligro la vida de los niños y cambiando su condición esencial de cultura nómadas?

En esta perspectiva, se desconocen los nuevos usos y costumbres de los Nukak Maku que son algo más que la suma de procedimientos para abordar situaciones en el sentido de automatismos desprovistos de significación²¹⁰. Estos se originan en el conjunto de contenidos conceptuales “objetivos” y transmisibles que en una comunidad impregnan el pensamiento y el sentir de los individuos a la vez que guían su acción. Esta concepción, concordante con la definición de la cultura como conocimiento codificado y sistema de símbolos,²¹¹ permite

²¹⁰ Los sistemas jurídicos tradicionales están basados en la costumbre y son vistos como quasi-legales. Un conjunto de reglas tradicionalmente aplicadas a problemas tradicionales”

²¹¹ Lo cual corresponde al viraje paradigmático de las ciencias sociales en los años 60, cuando los aspectos fenoménicos perdieron peso relativo en la definición de cultura y en el análisis

mostrar por qué una intervención externa sobre el sistema normativo de un grupo, afecta su sistema de referencias y de organización, y cómo el uso mismo de categorías jurídicas occidentales, es inadecuado en tales contextos.

De otra parte, la exigencia de un mínimo jurídico unificado como garantía de unidad nacional y por lo tanto, como límite a la jurisdicción indígena, evaca sin resolverla una de las tensiones presentes en el texto constitucional, y anula la posibilidad de un sistema jurídico nacional plural conformado por el mayoritario y los sistemas normativos de las comunidades indígenas²¹².

Opción dos: los niños serán acogidos por la sociedad mayoritaria

Es posible demostrar que respetar las decisiones internas no entra en contradicción con los límites impuestos a la diversidad étnica y cultural en Colombia. La Nación como puede apreciarse no es una sumatoria indiferenciada de individuos; está compuesta también por un conjunto variado de colectividades y personas con distinciones culturales, lengua, conciencia de su identidad y el reconocimiento a esta diversidad es base para tomar decisiones dentro de los marcos de la misma. La igualdad que debe ser superada como principio únicamente formalista, debe concretarse en las decisiones judiciales y administrativas para asumir medidas especiales en favor de grupos minoritarios. Estas medidas que son determinadas no son una violación del principio de igualdad, sino la manifestación de discriminación positiva para la realización concreta del respeto, valoración y protección de la diversidad étnica y cultural.

Reconocer, y valorar las verdaderas razones que conducen a este nuevo hábito cultural, dejando los niños para ser protegidos en la sociedad “blanca” tiene impacto. Significa redefinir derechos y obligaciones, en donde se valoren los marcos de los derechos fundamentales Nukak Maku en correspondencia con los de los sujetos individuales.

Si se hiciera la pregunta sobre ¿si la permanencia de estos niños en la sociedad mayoritaria que los recibe solidariamente fortalece la etnicidad y la cultura Nukak Maku puede responderse afirmativamente porque: aumente la autonomía del pueblo Nukak Maku, fortalecer un nuevo dinamismo adaptativo para proteger a los niños, establece relaciones solidarias ante las posibilidades reales de la sociedad “blanca” para proteger estos niños. El Estado asume la protección y asistencia bajo nuevos atributos para “el bienestar de los infantes porque provienen de una decisión de la familia, que en este caso es extensa, digna de ser asumida por los países que han apropiado la responsabilidad de intervenir directamente en la atención, regulación y control de los programas y normas que protegen los intereses de los niños, hasta estructurar un sistema institucionalizado que actúe como protector y garante de los derechos de los niños²¹³. Sí asumimos como legítimas las decisiones asumidas al interior

cultural; esta nueva concepción modificó no sólo la noción de cultura, sino las que se le relacionan como identidad, etnicidad, tradicionalidad, etc. Segato, 1991: 90, 91.

²¹² OCAMPO Gloria Isabel, Diversidad étnica y jurisdicción indígena en Colombia. Boletín de antropología Vol. 11 No. 27 Universidad de Antioquia 1997

²¹³ Pacto por la infancia. Resumen ejecutivo Consejería Presidencial para la Política Social - PNUD Proyecto Col 95/007 No. 2 1997

de los Nukak Maku, en reconocimiento del artículo 246 de la Constitución, estas medidas son jurisdiccionales y se orientan a proteger estos niños.

Conclusión numero dos

Cuando son demostrables condiciones objetivas de salud de un niño, el paso de un estado de enfermedad a uno saludable, cuando la unidad social del grupo doméstico manifiesta el deseo y la capacidad de sustentar un infante, la reincorporación debe hacerse derrocando visiones etnocéntricas que dudan de la calidad de la vida en esta sociedad .

Valorar a los Nukak Maku, significa reconocer que la existencia de este pueblo bajo condiciones aisladas, es la más optima manifestación de su enorme adaptación al medio, con base en una cultura alterna que ha permitido la vida humana Nukak hasta hoy.

Salida

Surge entonces el interrogante de si es posible encontrar otra manera de superar la tensión existente entre la diversidad étnica y cultural y los derechos fundamentales, que no obligue a las comunidades indígenas a abandonar sus prácticas ancestrales, de forma que les permita continuar siendo como son. Es decir si puede concebirse una nueva solución en virtud de la cual se pueda contar con argumentos suficientes para que el principio de la diversidad étnica y cultural no tenga que ceder frente a los derechos fundamentales, respecto de las ponderaciones efectuadas con el fin de dar solución a las colisiones que se presenten entre estos dos tipos de valores.

El contexto en el que aparece el principio del interés superior.

Finalmente otro argumento en contra de la indeterminación se refiere concretamente al principio del interés superior tal y como aparece en la Convención. Se ha sugerido que “la Convención en su conjunto recorre al menos parte del camino para conseguir proporcionar el amplio marco ético o de valores que a menudo se consideran el elemento ausente que daría un mayor grado de seguridad al contenido del principio del interés superior” (Alston, 1994b, pág. 19) Se parte de la ausencia o inferioridad de otras Convenciones culturales locales sobre los niños.

No hay duda de que estos argumentos proporcionan por lo menos alguna manera de superar las afirmaciones de que el principio del interés superior es indeterminado. El principio no tiene por qué ser una doctrina necia, de cuya aplicación se deriven una serie de resultados aparentemente contradictorios. El argumento proporcionado por Parker sugiere que el principio del interés superior tendrá resultados determinados, al menos dentro de las comunidades de usuarios de normas. Por el contrario, el argumento de Alston y de otros autores sugiere que el principio del interés superior adquiere un contenido más claro y por tanto más determinado si se lee junto con los derechos fundamentales reconocidos en la Convención. Pero esta conclusión aún no resuelve la cuestión más amplia de la relación entre los valores culturales, las tradiciones, las percepciones y el marco global del derecho internacional sobre los derechos humanos.

La relaciones conflictivas entre la cultura y las normas internacionales sobre los derechos humanos

En los últimos 10 años en Colombia se ha concedido una importancia mucho mayor a los valores culturales dentro del marco constitucional y en relación crítica con los derechos humanos, lo cual no sólo ha servido para poner un mayor énfasis sobre los posibles beneficios de un enfoque más cultural sino que también ha destacado el mal uso que puede hacerse de las preocupaciones culturales, que éstas pueden llegar a minar los esfuerzos a nivel interno para promover el respeto hacia los derechos humanos. Como se puede deducir de las anteriores reflexiones los distintos ejemplos, del principio del interés superior es tanto conducto potencialmente importante para los valores culturales como una rendija potencialmente explotable a través de la cual se busca la aceptación de ciertas prácticas que, según la mayoría de los observadores, serían incompatibles con los derechos humanos.

2.3.2. El test de igualdad

En la Sentencia C-530 de 1993 sobre las “limitaciones legales para vivir y trabajar en San Andrés y Providencia y para proteger la integridad étnica y cultural de los raizales”, la Corte Constitucional elaboró una metodología para el tratamiento distinto de los sujetos a partir del principio de igualdad, consagrado en el art. 13 de la Carta, el cual permite conferir un trato distinto a personas, siempre que se den las siguientes condiciones:

En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distintas situaciones de hecho... La comparación de las situaciones de hecho, y la determinación de si son o no idénticas se convierte, así, en el criterio hermenéutico básico para concluir si el trato diferente es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación inadmisible.

En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad... que ha de ser concreta y no abstracta.

En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales... Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales –decisión política de oportunidad-, sino desde la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo o admisible.

En cuarto lugar, que el supuesto de hecho, esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga, sean coherentes entre sí, o lo que es lo mismo, guarden una razonabilidad interna... Esta calidad, muy distinta de la razonabilidad, consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, esto es, consistente en que exista una conexión efectiva entre el trato diferente que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.

Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica”.

Concluye la Corte que:

Si ocurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución.

De esta manera, la Corte Constitucional sentó una jurisprudencia fundamental, que da unidad de criterio jurídico y concreción al principio abstracto de la igualdad, de forma que ésta no deshaga las diferencias realmente existentes sino que, manteniendo el principio, lo armonice con la idea de la diversidad.

2.3.2. Los cuatro mínimos jurídicos

Cuando el Defensor de Familia y su equipo se encuentran frente a un caso de protección en el cual está implicado un menor de un pueblo indígena y en el cual es evidente que se presenta un conflicto cultural y/o normativo, deberán preguntarse siempre lo siguiente:

- ¿Se vulnera el derecho a la vida?
- ¿Se vulnera el derecho a la integridad del cuerpo?
- ¿Se vulnera el derecho a no ser esclavizado?
- ¿Se vulnera el derecho a un debido proceso?

Estos mínimos jurídicos reproban el relativismo a ultranza que la antropología durante muchos años validó, como manifestación de respeto a la producción diferenciada de hechos de cultura o referentes compartidos socialmente. Los usos, costumbres y normas que provenían de un miembro o un pueblo indígena eran reconocidos como manifestaciones de esas culturas diversas. Esta postura, cuyo valor radicaba en apreciar las manifestaciones distintas de las consideradas como superiores en occidente, está cada vez más superada²¹⁴.

Así lo expresó la Corte en la Sentencia C-139 de 1996, con argumentación del Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz:

La Carta parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural (art.7), pero establece la limitación de ésta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (arts.

²¹⁴ Aunque en muchos peritajes ha sido desarrollado el componente cultural que guía muchas acciones en pueblos indígenas particulares, en Colombia los abogados han encontrado un punto medio y tercera salida enseñado a los antropólogos a relativizar el relativismo como ideología. Ha sido muy asertivo de parte de la Corte Constitucional la definición de los límites O mínimos jurídicos a la diversidad étnica y cultural.

246 y 330). Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta (C-139/96, p.10). (Cursiva fuera del texto).

El fallo que de manera más clara señala cuáles son esos objetivos constitucionales de mayor rango frente a los cuales debe ponderarse el principio de diversidad étnica y cultural, se encuentra en Sentencia de Tutela T 349 de 1996, que plantea los cuatro mínimos jurídicos.

A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud y la prohibición de tortura. A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y las penas, por expresa exigencia constitucional (art. 246 (T 349/96, p. 10).

Es posible encontrar “usos y costumbres culturales” que incidan de manera directa en la vulneración de un mínimo jurídico y que, por lo tanto, deben reorientarse de acuerdo con las instrucciones que los mínimos exigen, establecidos por la Corte constitucional como obligatorios para todos los nacionales sin distinción de etnia, raza o cultura.

Las mujeres emberas, por ejemplo, que a los 13 años ya esperaban su segundo hijo, se estaban muriendo pues el trabajo de la casa y el de la producción que no era comparable al de los hombres, hacía que el alimento que ingestaban no les permitiera recuperar calóricamente la energía perdida por exceso de trabajo. Un estudio, realizado con los médicos tradicionales, mostró que se había limitado la comida proveniente de la actividad de los hombres y ello obligaba a las mujeres a producir más en el área de producción destinada para ellas. El conocimiento de esta realidad, que representaba desequilibrio biológico, precisó la introducción de un cambio en la división de trabajo por género, de manera que los hombres hicieran trabajos de mujeres²¹⁵.

Examinar el clítoris de una niña al nacer y según su tamaño quemarlo o no con un tizón, aunque culturalmente aceptado y consistente entre los pueblos, vulnera un mínimo jurídico que habrá de ser sancionado, así sea aplicado y justificado con base en una costumbre cultural.

2.3.3. Principio y test de proporcionalidad

Afirmar que los derechos fundamentales en el nuevo marco constitucional son normas jurídicas vinculantes, es decir, que obligan a los funcionarios a cumplirlas, no es suficiente.

²¹⁵ GALVIS, Aída. *Estudio sobre nutrición entre los Embera*. Bogotá, Colciencias. 1988.

Estas normas tienen como característica su vaguedad, ambigüedad y poca claridad; por ello, requieren de un proceso especial de interpretación. En consecuencia, los funcionarios deben conocer tanto las normas consagradas en el texto constitucional, como la interpretación que de las mismas ha hecho la Corte Constitucional como órgano con autoridad y potestad de interpretar la Constitución en su art. 241, y de señalarle a los demás funcionarios cómo deben interpretarla.

Una de las técnicas centrales utilizadas por la Corte Constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales, es la del test de proporcionalidad. Esta técnica hermenéutica parte del supuesto de que en un Estado de Derecho todas las actuaciones de éste encuentran su justificación en el ordenamiento jurídico y que aquellas no justificables según el ordenamiento son arbitrarias. Por tanto, siempre que la decisión de un funcionario encargado de la protección de menores indígenas afecte o amenace con vulnerar un derecho fundamental del pueblo indígena al cual pertenece el menor, debe someter su actuación al test de proporcionalidad.

Para entender este criterio, las preguntas que debe hacerse el funcionario del ICBF al buscar establecer si sus actuaciones u omisiones están vulnerando un derecho fundamental de un pueblo indígena que él debe proteger son:

5. El objetivo perseguido por el funcionario al afectar un derecho fundamental, por ejemplo, el derecho a la libertad de culto o el derecho a la educación, al desarrollo de la libre personalidad... ¿es un *objetivo legítimo* a la luz de la Constitución?
6. ¿Es de superior valor al de la diversidad étnica y cultural?
7. ¿Es el medio escogido por el funcionario para la consecución de ese objetivo un *medio adecuado*?
8. ¿Es el medio escogido por el funcionario para la consecución de ese objetivo un *medio necesario*?

Lo que busca este *criterio de proporcionalidad*, aplicado a las actuaciones que limitan los derechos de los pueblos indígenas, es que dichas limitaciones no sean arbitrarias, sino que encuentren su justificación en un procedimiento de ponderación de los diversos elementos en juego. En otras palabras, los Defensores de Familia del ICBF y sus equipos técnicos, tienen el deber constitucional de adoptar la medida que mejor concilie los derechos fundamentales reconocidos a favor de los pueblos indígenas, con los otros derechos e intereses constitucionales involucrados en cada caso y, para ello, debe responder las tres preguntas planteadas. La pregunta por la legitimidad del objetivo persigue que el funcionario indique qué otro derecho o valor constitucional está privilegiando sobre el derecho del pueblo indígena. Sólo los fines admitidos por la Constitución y reconocidos por la interpretación de la Corte como de mayor rango, podrían limitar el derecho fundamental del pueblo indígena, como se expreso anteriormente. Sentencia C-139 de 1996

En conclusión, la actuación del funcionario podrá limitar el derecho fundamental del pueblo indígena a la diversidad étnica y cultural, siempre que con ello persiga proteger uno de los derechos de mayor rango enunciados.

Así, por ejemplo, si un Defensor de Familia para proteger los derechos individuales de un joven al libre desarrollo de su personalidad y al trabajo por fuera de la comunidad, le concede la protección de tales derechos individuales, debe considerar si ello afectaría el derecho a la integridad étnica y cultural del pueblo de manera desproporcionada, pues los fines perseguidos por su actuación –libre desarrollo de la personalidad y acceso al trabajo- no son de mayor rango que el de la integridad del sujeto colectivo, el pueblo al que pertenece el niño, la niña o el joven.

Los derechos de los niños, distintos de los mínimos, no prevalecen sobre el derecho del pueblo indígena a ser étnica y culturalmente distinto. Si una actuación administrativa acarrea consecuencias graves para el derecho fundamental de un pueblo, no debe prevalecer el propósito de garantizarle a un niño el libre desarrollo de su personalidad, por ejemplo.

Finalmente, es necesario determinar si el medio escogido va a conducir efectivamente primero a la consecución del objetivo propuesto y segundo si es la única o mejor alternativa posible o si, por el contrario, otras medidas generan un impacto menor en el derecho fundamental del pueblo indígena.

2.3.4. Teoría del núcleo esencial

Según esta teoría recogida por la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, cada derecho fundamental y, en consecuencia, también los derechos del sujeto colectivo, reconocidos como fundamentales, tienen un *núcleo esencial*, es decir, un ámbito de protección mínimo, que no puede ser vulnerado por ningún motivo. En otras palabras, si bien es cierto que constitucionalmente se reconoce frente al debate multicultural especialmente, que los derechos fundamentales no son absolutos y que, por tanto, pueden ser restringidos y regulados, también es cierto que ninguna restricción, ni ninguna regulación de esos derechos puede ir hasta el extremo de anularlos. En el análisis de cada caso se determinará cuándo la limitación o la regulación está afectando el núcleo esencial del derecho en cuestión, para encontrar una salida que proteja su núcleo.

Un ejemplo para hacer más comprensible este importante campo teórico para su aplicación práctica puede verse respecto al derecho que tiene un sujeto de vender o comprar una propiedad. Aunque un indígena tiene el derecho de vender o comprar como colombiano, por ser indígena tiene restricciones para hacerlo dentro del territorio protegido como de todos. Como el derecho a ser propietario o salir de una propiedad tiene un núcleo esencial que no puede ser restringido al punto de eliminar el derecho, él podrá tener una propiedad privada que puede comprar o vender pero fuera de su territorio. Esta misma argumentación la utilizó la Corte Constitucional para proteger el derecho a la libertad de culto de los indígenas arhuacos de modo que por fuera de su comunidad y territorio, lograran practicar la religión que desearan. Sin embargo, dentro de su territorio y comunidad no podían manifestar sus convicciones religiosas distintas y ser coherentes con la condición indígena arhuaca, la cual

está ligada a la religión como sistema cultural, al ámbito de lo público y no a lo privado como correspondería a un sujeto individual pensado como libre y racional.

En la medida en que los derechos humanos de los pueblos indígenas son parte integral de una política de Estado, ésta hermenéutica jurídica cumple las siguientes dos funciones: por un lado, incorporan una decisión ética, valorativa, a la cual deben ajustarse todas las políticas y las decisiones del Estado y, por otro, en consecuencia, limitan las posibilidades de decisión y de acción de los órganos estatales. En otras palabras, una Constitución que se decide por el principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no es una Constitución neutral desde el punto de vista axiológico. Y esa decisión ética debe entenderse como armónica con respecto a otras decisiones valorativas de la Constitución, como la decisión de reconocer la dignidad humana como principio fundante del Estado Social de Derecho (Art. 1 C.P.)

2.3.7. La aplicación técnica y la aplicación edificante²¹⁶ de la ciencia

Las actuaciones de los equipos de Defensoría de Familia como medios sincronizados que actúan sinergicamente para lograr la protección de un niño indígena, se verían positivamente enriquecidos participando de los fundamentos y grandes valores característicos de la aplicación edificante de la ciencia.

Tanto el abogado Defensor de Familia, en función de apoderado del interés superior de los niños, como el psicólogo, el trabajador social, el antropólogo y el nutricionista, pueden potenciar sus actuaciones y enmarcarlas en un campo que trascienda las aplicaciones técnicas, en el caso de los abogados, actuaciones “legalistas”, “formales,” o “impecables”. Es necesario asumir el derecho sustancial como expresamente lo consagra la Constitución Política en su art.228. Afirma la doctrina jurídica que “al hacer obligatoria la prevalencia del derecho sustancial se derrumba la adoración por lo pequeño e intrascendente, el celo al precario inciso, la falsa visión de la forma que, en innumerables ocasiones, lejos de servir de marco estricto a la decisión del derecho, ha servido para vulnerarlo”²¹⁷, todo lo cual armoniza con actuaciones que corresponden al modelo de la aplicación del conocimiento científico, postmoderno, o Aplicación Edificante a quien su autor le concede las siguientes características:

- ◊ “La aplicación siempre tiene lugar en una situación concreta en la cual, quien aplica, está existencial, ética y socialmente comprometido con el impacto de la aplicación”.

Habiendo logrado la recuperación de Antonio y teniendo personas de su familia que están dispuestos a atenderlo integralmente, como son el padre y la abuela, considero que el niño debe ser reintegrado a su medio familiar, previa amonestación y notificación al señor Guaneme para que sepa que va a estar con Sebastiana su abuela. Esta medida deberá ir acompañada por un seguimiento estricto por parte de la institución. Así mismo, el niño debe

²¹⁶ SANTOS DE SOUZA, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA, 1991.

²¹⁷ OLAYA RODRÍGUEZ, Margarita, ICBF Sede Nacional. Aporte complementario para la primera edición.

incluirse en el programa de recuperación nutricional y extender alimentos a los parientes, como una medida de excepción porque el estado nutricional de la familia es también precario y sus costumbres culturales impedirían que los alimentos fueran exclusivamente para el niño. Caso Paez. Actuación de la nutricionista.

- ◊ “Los medios y los fines no están separados y la aplicación incide sobre ambos. Los fines sólo se concretan en la medida en que se discuten los medios adecuados para la situación concreta”.

La Protección comporta en consecuencia una destinación más social que individual, cuando se trata de dar vitalidad a la normativa del art. 44 de la Carta Fundamental.

En el siguiente caso Yagua, la decisión, si bien protege a la niña como fin en sí mismo, y la medida permite realizar el derecho para tener una familia, el medio, el mecanismo o medida de protección considerada técnicamente apropiada, pensada como mecanismo idóneo por la autoridad administrativa y judicial al entregarla en adopción, vulnera la existencia cultural alterna, la autoridad y la autonomía del pueblo.

El equipo resuelve dar en adopción a María Stella, indígena Yagua, a una familia capitalina, llenándose de razones para concluir que su bienestar integral es menor, o sea, tiene menos posibilidades de surgir en su comunidad de origen, no obstante las reiteradas solicitudes de su familia extensa indígena y de la comunidad, dispuesta a responsabilizarse de la atención y los cuidados de la menor. Caso Yagua.

- ◊ “Así, la aplicación se constituye en un proceso argumentativo y la adecuación mayor o menor de ésta, reside en el equilibrio, mayor o menor, de las competencias argumentativas entre los grupos que luchan por la decisión del conflicto a su favor”.

Las autoridades Uwa queremos los niños para que vivan con su familia y con nosotros en su pueblo. Antes sí se desconocía a los mellizos y por ello se colocaban en hormigueros para que la naturaleza actuara; pero ahora, los de Saravena los pueden conocer. Ya no quedan en los hormigueros, ya pueden vivir con los padres porque ellos son de Saravena y ellos fueron creados al amanecer. Autoridad Uwa.

Conceptos Uwa como “desconocidos”, creencias como que “la naturaleza actúa”; concepciones míticas como “creados al amanecer”, hacen parte de un mundo singular valorable. Aunque ninguno forma parte de la sociedad mayoritaria, todos son *mundos posibles* en algún *mundo real*. En contraste con estas ideas “Dios separó las aguas de la tierra”, o “una mujer virgen es la madre de Dios” son *mundo real* para los católicos mientras que para otras sociedades son solo un *mundo posible*.

- ◊ “El científico debe, pues, involucrarse en la lucha por el equilibrio de poder en los distintos contextos de aplicación y, para eso, tendrá que tomar partido por uno de aquellos que tienen menos poder”.

No es menos importante destacar que Neliño Ascue es persona indígena vinculada a la comunidad indígena de Toribío, situación de hecho especialísima que el Estado reconoce y protege, recibiendo la misma protección y trato de las autoridades y promoviendo las condiciones para la igualdad real y efectiva, tal como lo consagran los artículos 7º y 13 de nuestra Carta Política. Por ese simple hecho de ser indígena, merece toda nuestra consideración. Andrés Silva Iragorri.

- ◊ “Cada mecanismo de poder crea su propia microhegemonía. Quien tiene menos de ese poder, tiende por eso, a no tener argumentos para obtener más de ese poder y, mucho menos, para tener tanto poder como el del grupo hegemónico. La aplicación edificante consiste en revelar argumentos y volverlos legítimos y su uso creíble”.

No es cierto que los pueblos indígenas rechacen incorporar cambios en sus costumbres y tradiciones. La imposición de los cuatro mínimos jurídicos empieza a tener aceptación más que por un sentido de obligatoriedad o de imposición, por una nueva concepción cultural que trae también una nueva concepción ética. Los pueblos han decidido castigar a los brujos de otras maneras a la pena de muerte establecida hasta hace pocos años. Esther Sánchez Perito antropóloga.²¹⁸

La junta directiva del Cabildo del resguardo indígena del Toribío Cauca, en uso de las facultades constitucionales y en especial las que le confiere el derecho propio, autorizan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Zonal Indígena de Popayán, para que adelante el correspondiente trámite de adopción del menor Achiucue, debido a la enfermedad mental y a las precarias condiciones económicas de la familia. Caso Guambiano.

- ◊ “La aplicación edificante procura y refuerza las definiciones emergentes y alternativas de la realidad; para eso, vuelve ilegítimas las formas institucionales y los modos de racionalidad en cada uno de los contextos, en el entendimiento de que tales formas y modos promueven la violencia en vez de la argumentación, el acallamiento en vez de la comunicación, el extrañamiento en vez de la solidaridad”.

La verdad es que los funcionarios tenemos que hacer “alcaldadas” pues primero que todo hay que hacer respetar a los niños. ¿Cómo va a ser posible que unos padres sustitutos que viven hace 9 años juntos, que desean adoptar una niña a la que se han apagado y le han dado todo el amor del mundo, puedan correr el riesgo de perderla, cuando el comité de adopciones

²¹⁸ SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *Peritaje a la Corte Constitucional, caso del conflicto religioso.*

encuentre que al señor le faltan 3 meses para cumplir el requisito de haberse separado formalmente de la primera esposa? Habrá que hacer algo.
Abogada Subdirección de Protección.

- ◊ “Más allá de un límite crítico socialmente definible, una mayor participación en una visión moral y política, es mejor que un aumento en el bienestar material. El *know how* técnico es imprescindible, pero el sentido conferido por el *know how* ético, como tal, tiene prioridad en la argumentación”.

Más que bienestarina lo que esos indígenas pedían era que se les reconociera que ellos sí tenían necesidad como familias y que era necesario que se los incluyera en el programa. Se sintieron más felices de que les reconociéramos que efectivamente tenían derecho, que con la comida misma.
Directora ICBF Arauca.

- ◊ “Los límites y las deficiencias de los saberes locales nunca justifican el rechazo *in limine* de éstos, porque eso significa el desarme argumentativo y social de cuantos son eficaces en ellos”.

A las niñas recién nacidas no les duele que les quemen el clítoris con un tizón. El clítoris grande las hace como un caballo que no se puede controlar.
Indígena Paez.

¡Hablemos de esto compañeros! Dice el antropólogo.

- ◊ “Si el objetivo es ampliar el espacio de comunicación y distribuir más equitativamente las competencias argumentativas, los límites y las deficiencias de cada uno de los saberes locales, se superan, transformándolos por dentro, interpenetrándose con sentidos producidos en otros saberes locales, que se desnaturalizan a través de la crítica científica. Es fundamental que esa transformación ocurra en el seno de cada uno de los contextos estructurales: doméstico, de la producción, de la ciudadanía, de la mundialidad, para que pueda ocurrir en los demás contextos de interacción, en cada momento, hechos, deshechos, rehechos, en nuestra sociedad”.

La difusión de la información necesaria de conocer por parte de las autoridades indígenas para la construcción de la sociedad multicultural, ha implicado esfuerzos desde diferentes frentes institucionales. La Procuraduría General de la Nación, por ejemplo, viene trabajando asiduamente en la difusión de la información necesaria y útil en las comunidades indígenas, como también lo vienen haciendo organizaciones no gubernamentales. El siguiente ejemplo así lo demuestra.

Aunque culturalmente muchos pueblos de Colombia han utilizado la pena de muerte para erradicar la fuente de los males, en Colombia a partir de 1991, con la nueva Constitución, se ha prohibido radicalmente esta práctica que en

un momento histórico podía ser argumentado como “error condicionado culturalmente”. Hoy ningún colombiano puede transgredir los llamados mínimos jurídicos. Auditoteca para pueblos indígenas de Colombia. Embajada de Holanda²¹⁹.

(...) Todas las muertes ocurridas en la vereda El Tablón han sido motivadas por la competencia y el mal uso de la Medicina Tradicional entre los mismos comuneros, que como consecuencia ha traído venganzas, muertes de adultos y niños, con complicidad de la comunidad. No es aceptable que la comunidad dé el visto bueno ante un homicidio con el solo argumento de que era brujo, porque se viola el Derecho a la vida y los Derechos Humanos. El comunero Juan Medina Rivera en calidad de profesor, ofendió al Cabildo y violó la norma que dice que nadie puede hacer bulla, ni reírse cuando se está corrigiendo a un comunero, porque este acto es sagrado e inviolable, que se castiga de la misma forma como se está castigando al comunero o según decisión del cabildo. Ninguna comunidad puede tomarse la autoridad de hacer justicia o pasar por encima de la autoridad máxima, porque todos son parte del Resguardo, regidos por la Legislación Indígena de 1890 y el art. 246 de la Constitución Colombiana (...). Aparte de sustentación de las autoridades indígenas del Resguardo de Jambaló²²⁰.

- ◊ “La ampliación de la comunicación y el equilibrio de las competencias apunta hacia la creación de sujetos socialmente competentes. Los mecanismos de poder tienden a alimentarse de la incompetencia social y por tanto, de la objetivación de los grupos sociales oprimidos, por lo que la aplicación edificante de la ciencia corre un doble riesgo. Por un lado, sabe que sus objetivos son alcanzables exclusivamente con base en la ciencia y en la argumentación”. (Y por el otro?)

El proyecto de protección a niños, niñas y jóvenes indígenas no puede realizarse sin la participación como homólogos de las autoridades indígenas. Son ellos los que tienen que ir definiendo porqué, cómo y qué, ya que aunque al comienzo haya necesidad de hacer ajustes, sí debe estar claro que sin ellos el Instituto no puede trabajar y es anticonstitucional. Es importante recordar cómo fue que a partir de los encuentros con autoridades, el programa se cualificó, pues lejos de nosotros el tener idea de qué hacer en ciertos casos.
Funcionario ICBF Sede Nacional

- ◊ “Hay intereses materiales y luchas entre clases y otros grupos sociales que usan diferentes medios para imponer lo que les beneficia”.

²¹⁹ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. Constitución Política de 1991; 2. Desarrollos constitucionales y jurisprudencia; 3. Mínimos Jurídicos obligatorios para todos los colombianos. Parcomún - Embajada de Holanda 1999, Bogotá.

²²⁰ Este extraordinario documento me fue dado a conocer por el antropólogo del ICBF Oswaldo González en Popayán, Cauca, en Julio de 1999. La “sentencia” muestra la capacidad de cambio de un pueblo, al introducir el mínimo jurídico del derecho a la vida para los brujos.

Aquí en el Chocó, en 1997, el Instituto ha preferido a los niños indígenas; el presupuesto que ellos tuvieron fue superior al de los niños negros. Madre negra.

El equipo investiga el presupuesto y cada niño indígena obtuvo mil pesos (\$1.000) por año para ser atendido. El Chocó es el departamento más pobre de Colombia.

La construcción del Estado Social de Derecho nos orienta y obliga a modificar presupuestos institucionales para que los grupos humanos en Colombia, que por diferentes razones fueron excluidos de la justicia material, hoy puedan ir alcanzando la igualdad real. Ciro Angarita Becerra, 1993.

El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentran en circunstancias de inferioridad, bien de manera directa, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa adoptando medidas a favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Sentencia C-237 de 1997, Corte Constitucional.

- ◊ “Por otro lado, la aplicación edificante tiene, en esta fase de transición paradigmática, que partir de los consensos locales que crean más conflicto, en resultado del mayor esclarecimiento de las razones contingentes que sustentan mucho de lo que surge como socialmente necesario. Este conflicto es visto como condición de la ampliación del espacio de comunicación y del ensanchamiento cultural, ético y político de los argumentos utilizables por diferentes grupos”²²¹.

Ellos reclaman que el rubro asignado para el Resguardo no se compadece con las necesidades porque la guerra está ahí y los ha desbaratado... la realidad es que es indispensable que reciban apoyo. Yo creo, doctor, que la medida hay que echarla para atrás porque ellos de verdad nos necesitan; le ruego no continuar con esa medida porque la situación es grave y se empeoraría. Trabajadora Social Caquetá Regional ICBF.

²²¹ OLAYA RODRÍGUEZ, Ana Margarita. En comentarios al borrador de este libro. Como puede verse en los apartes que citamos, los científicos, apostando en la realización de una nueva sociedad más justa, difunden los alcances de quienes como el Juez Promiscuo de Caloto Cauca, no escatima esfuerzo para luchar por los derechos de un joven, loco, asesino de su madre y con graves problemas de salud. Toda su argumentación y sustentación es edificante.

- ◊ “Dentro de la misma comunidad científica, la Aplicación Edificante prospera. Los científicos apostados en ella luchan por el aumento de la comunicación y de la argumentación en el seno de la comunidad científica y luchan, por eso, contra las formas institucionales y los mecanismos de poder que en ella producen violencia, acallamiento y extrañamiento”.
- ◊ “Pero, además de eso, la transformación de los saberes locales ocurre con la transformación del saber científico y con ésta ocurre la transformación del sujeto epistémico, del ser científico. Porque la aplicación se contextualiza, tanto por los medios como por los fines y porque le preside el *know how* ético”.

(...) Este despacho resuelve abstenerse de dar aplicación al contenido de los arts. 193 y 201 del Código del Menor, por cuanto consideramos que la solución efectiva del presente asunto no se encuentra en la aplicación fría y calculada de unas normas, sino en la protección oportuna y real del Estado en beneficio de quien no tiene capacidad para responder por sí mismo, precisamente por su grado de deficiencia. Por tal razón, nadie más indicado que su familia y el Estado para continuar brindándole la protección; pero, desafortunadamente, no cuenta con la ayuda de su familia (...) Ante esta situación sólo nos queda tocar las puertas del Estado (...) para que sea posible la recuperación de Melino Ascue, quien requiere una atención especializada por fuera de toda discusión científica, presupuestal, o jurídica.

Andrés Silva Iragori. Juez Promiscuo de Caloto Cauca.

- ◊ “El científico edificante tiene que saber hablar como tal y como no científico dentro del mismo discurso y, complementariamente, tiene que saber hablar como científico en los diversos discursos locales, propios de los distintos contextos de aplicación”²²².

Deseo, entonces, que se entienda bien el fondo del asunto, y no tan superficialmente como ha sido tratado por el ICBF, sino como el compromiso de unos derechos fundamentales y prestacionales que asisten a este colombiano y que el ICBF, por más respeto que nos merezca, como que fui Defensor de Familia del Centro Zonal de Protección Especial de Popayán, perteneciente a la regional Cauca, no puedo desconocer amparado

²²² Esta transformación, dice Santos, no puede ser exigible en pleno y sin contradicciones al científico individual. La reflexibilidad, para tener algún peso, debe ser colectiva. Pero, además de eso, la transformación es propiciada por nuevas formas de organización, por los medios alternativos de premiar la excelencia del trabajo científico. Estas formas alternativas chocan con la materialidad y la resistencia de las soluciones vigentes. Y también aquí se verifican los dos riesgos anteriormente señalados: no es posible controlar por medio de la ciencia edificante, las consecuencias del aumento del conflicto que ella promueve en esta fase de transición paradigmática; los resultados, además de irreversibles, pueden ser contraproducentes y dejar, por momentos, todo peor que antes. Y tampoco hay seguros contra esos riesgos.

simplemente en sofismas de distracción de “la mayoría de edad” y de la “carencia de presupuesto”, por cuanto no se puede ignorar que este es un caso de ribetes extraordinarios que exigen una solución pronta y eficaz para obtener la rehabilitación e integración de un indígena e incapaz que se volvió mayor bajo la responsabilidad protectora del Estado Colombiano. Andrés Silva Iragorri. Juez Promiscuo de Familia Circuito Judicial de Caloto.

- ◊ “Pero si en la comunidad científica como en cualquier otra, no hay seguros contra estos riesgos, es por lo menos posible determinar el perfil de los conflictos en que éstos acaecerían. La aplicación edificante no prescinde de aplicaciones técnicas, pero las somete a las exigencias del *know how ético*”.

Creo que es necesario asumir una posición no sólo científica sino humanitaria y ética que trascienda las explicaciones antropológicas desde la cultura, que le he informado, para afirmar que los niños Uwa deben regresar con sus familias; no sé si usted lo valore, doctora, pero también es mi posición como mujer y como madre y puedo sentir con ellos, sus padres, el dolor que entraña por ser pobres y no poder estar al lado de sus hijos. Esther Sánchez Perito antropóloga. Caso Uwa.

- ◊ “Por el contrario, la aplicación técnica es más radical y prescinde militarmente del *know how ético*”.

2.4. Las instituciones toman decisiones de vida o muerte después de interpretar los hechos²²³

Para concluir este capítulo, es importante internalizar que los profesionales, como miembros de las instituciones: a) definen lo idéntico y b) clasifican y toman decisiones de vida o muerte.

Las instituciones definen lo idéntico.

A un hospital sólo entran seres humanos para ser sanados. Un caballo no puede ser atendido en el hospital.

Las instituciones clasifican.

Las instituciones médicas identifican y clasifican a los enfermos y los separan de los sanos. Entre los enfermos clasifican a los enfermos de riñón. Entre los enfermos de riñón, clasifican a los que requieren diálisis. Entre los que requieren diálisis clasifican a los que la pueden pagar. Entre los que no la pueden pagar, clasifican los que por medio de la institución se beneficiarían de la diálisis... y a los otros.

²²³ SÁNCHEZ BOTERO, Esther, *Peritaje antropológico para responder al ICBF y al Consejo de Estado frente a la tutela interpuesta por la Defensoría del Pueblo para proteger los derechos fundamentales de los niños Nukak Makú*. Bogotá, 1998.

Clasificar a *los otros* es consecuencia de un acto deliberado de vida o muerte. Las instituciones, en este caso las instituciones médicas, toman decisiones de vida o muerte.

Los Defensores de Familia y sus equipos técnicos traducen estas características institucionales frente a todos los casos, diferenciando si un caso indígena es o no idéntico a otros, para darle tratamiento idéntico o diferencial. También se examinará si se puede clasificar la situación como vulneración de un mínimo, de un derecho fundamental, y si las decisiones se orientan siempre a fortalecer la etnicidad y la cultura del pueblo o no.

CAPÍTULO 3

CONOCIMIENTO APLICADO A LOS CASOS DE PROTECCION

El estudio de casos presenta una realidad tal como se da en su medio e ilustra los aspectos importantes de la rutina diaria de un Defensor de Familia y su equipo técnico, o de las actuaciones o eventos extraordinarios. La estrategia de estudios de casos resulta de especial utilidad para evaluar y mostrar lo que está ocurriendo, desde los análisis sustantivos hasta los procedimentales, así como los elementos, relaciones y dinámicas sobresalientes. Buscan potenciar el impacto de los hallazgos para captar las realidades de la Protección como medio de las operaciones y de los resultados mismos. El estudio de los casos, permite simplificar los datos a considerar perfilando la información esencial, de modo que se logren mejor los propósitos buscados. Su ilustración permite elucidar los significados de los hallazgos esenciales y sus relaciones, fundamentalmente con un sentido cualitativo, que eleve la utilidad del mismo para poder servir de ejemplo, a situaciones similares.

Los casos que a continuación van a ser expuestos y analizados buscan *explicar* los nexos causales en intervenciones de la vida real; *describir* el contexto de la situación real en que tuvo lugar una intervención; *documentar* la intervención misma, con respecto a la mirada desde el ámbito del derecho propio de la cultura particular y desde el derecho de la cultura nacional; y *explorar* las actuaciones administrativas y/o judiciales en sus efectos positivos y, también, donde no ha producido ningún resultado. Quienes toman las decisiones en los programas de Protección, en las distintas instancias, necesitan ejemplos específicos, con el fin de mejorar sus actuaciones y la prestación de los servicios.

3.1.La argumentación jurídica de los Defensores de Familia²²⁴

Las decisiones con las que los Defensores de Familia ponen fin a una disputa o a un conflicto en torno a la suerte que deben correr los menores indígenas que están bajo su protección, son decisiones de orden jurídico con trascendencia social y cultural. Una decisión de carácter jurídico se expresa en un enunciado normativo aplicable al caso particular que está pretendiendo regular y resolver. El Defensor de Familia dirá, por ejemplo, “el menor X es declarado en situación de abandono y, en consecuencia, se ordena la iniciación de los trámites para darlo en adopción”. Del mismo modo, la argumentación que sustenta esta decisión es de carácter jurídico. Lo característico de la argumentación jurídica es que se construye a partir de razones o sea de fundamentos, cuya coherencia es evaluada dentro del marco que fija el ordenamiento jurídico vigente. Dicho en otras palabras la proposición normativa que dice: “el menor X se declara en situación de abandono”, debe estar justificada, sustentada, o motivada

²²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Este capítulo se inspira en las ideas sobre argumentación jurídica expuestas fundamentalmente en este libro.

suficiente o correctamente a la luz de las premisas normativas, tanto constitucionales como legales vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano y aducidas como aplicables al caso por el Defensor de Familia.

Los Defensores de Familia consideran que las únicas normas vigentes y aplicables a los casos de protección de menores indígenas, son las contenidas en el Código del Menor; lo cierto es que, a partir de julio de 1991, las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales a los pueblos indígenas -en su condición de distintos y de nuevo sujeto colectivo- son de imperativa aplicación. Es más, en virtud del art. 4 de la Carta que establece que: “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, debe afirmarse que éstas han de ser aplicadas incluso en contra del tenor literal de una norma del Código del Menor o de otra ley, si el caso de protección así lo amerita. En síntesis, la argumentación jurídica de las decisiones de los Defensores de Familia, para ser correcta, debe dar cuenta tanto de las normas constitucionales aplicables, como de las legales que regulan los casos de protección.

Con todo, la argumentación de los Defensores de Familia que se basan y sustentan en normas legales y constitucionales relevantes, no se puede calificar fácilmente de “correctas” o “incorrectas”, dado que las decisiones jurídicas que se adopten en los casos de protección en general, y en los de protección de menores indígenas en especial, exigen superar al menos cuatro situaciones: 1) la vaguedad, imprecisión e indeterminación de las normas jurídicas tanto legales como constitucionales aplicables; 2) la posibilidad de que se manifiesten conflictos culturales y normativos; 3) la existencia de vacíos normativos frente a casos y situaciones concretas; 4) la posibilidad de decidir, incluso en contra del tenor literal de una norma legal, en casos especiales, particularmente cuando se dan conflictos culturales y normativos.

La existencia de vacíos normativos.

El ejemplo de Kareme, niña Wayu, que interpone Acción de tutela, para que se le proteja el derecho al desarrollo de la libre personalidad y a la educación, entra en conflicto con el derecho que tiene el pueblo Wayu de obligarla a retornar a la ranchería y casarse por matrimonio prescrito con un varón de otro clan que entregaría una importante dote con el fin de equilibrar económicamente a los miembros de su propio clan y sobre la base de la autoridad del tío materno; el caso es elocuente. A pesar de que ninguna norma jurídica ni acto administrativo autorizaba de manera concreta al Defensor de Familia para suministrar una dote a la familia de una niña Wayu de 13 años, a fin de impedir que ella tuviera que casarse según las costumbres de su pueblo, y pudiera continuar estudiando, el Defensor de Familia de la Guajira creó para el caso concreto esa salida, con la cual justificó jurídicamente su actuación.

Otro Defensor de Familia, ante el mismo vacío, pudo haberse mostrado indiferente a los conflictos culturales que motivaban la solicitud de matrimonio que planteaba la familia, y pudo simplemente haber declarado en abandono a la menor, basado en una interpretación de la premisa normativa del art. 31, num.2, del Código del Menor, que sostuviera que los padres de Kareme incumplían la obligación básica de suministrarle educación formal. Es decir, frente a la presencia de un vacío normativo, la discrecionalidad del Defensor de Familia crece

y también se incrementa la gama de posibles decisiones, aumentando a su vez la incertidumbre acerca de cuál es la decisión correcta para el caso, desde el punto de vista del ordenamiento vigente.

Possiblemente, los criterios que se aportaron para diferenciar entre una aplicación técnica y una edificante del derecho, -que en este caso es solamente reconocer y valorar la diferencia de la cultura siguiendo los fundamentos de la nueva Constitución que suministran pauta para desarrollar *çszla* mayor “corrección” de la decisión del Defensor de la Guajira, frente a la decisión imaginaria del segundo Defensor de Familia que hubiera declarado a la niña en abandono. Sobre la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma legal, ya se escribió en lo relacionado con el art. 4 de la Constitución. Lo que importa destacar en este aparte es justamente, que los contenidos constitucionales así como los legales, por ser indeterminados, son bastante ambiguos, lo que dificulta decir la última palabra acerca de cuál decisión jurídica es más correcta. Sin embargo, dado que las normas constitucionales, especialmente las referidas a derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas, son parte del repertorio de normas que los Defensores de Familia deben tener en cuenta para la solución de disputas sobre la suerte de los menores indígenas. La argumentación jurídica de los Defensores de Familia debe tener en cuenta la aplicación de las reglas de interpretación y de dogmática sentadas por la Corte Constitucional.

3.1.1. La justificación interna y la justificación externa

La justificación que deben ofrecer los Defensores de Familia, como decisiones jurídicas, puede ser de dos tipos: *interna* y *externa*. La justificación interna estudia si la decisión se deduce lógicamente de las premisas normativas que el Defensor de Familia adujo como aplicables al caso; la meta de la justificación externa es estudiar si las premisas normativas de las cuales partió el Defensor de Familia son correctas.

Para ilustrar la diferencia entre uno y otro tipo de justificación, un buen ejemplo lo ofrece el caso de un Defensor de Familia que respecto a la *justificación interna* deduce del num. 2 del art. 31 de Código del Menor, que se entenderá que un menor se encuentra en situación de abandono cuando las personas que por ley deben responder por él no existan o, existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. La decisión declara en abandono al menor X, porque silogísticamente, “lógicamente”, este artículo le proporciona los elementos para definir la situación. La *justificación externa*, cuestiona si la premisa del Código del Menor es correcta y, más específicamente, si la interpretación que de ella puede hacerse también lo es.

Para ilustrar los rasgos característicos de la argumentación jurídica que deben aplicar los Defensores de Familia al decidir las situaciones complejas de los menores indígenas en situación irregular, profundizaremos en el caso de los mellizos Uwa.

El caso

Una costumbre del pueblo Uwa dispone que los niños que sean producto de un parto múltiple deben ser excluidos de la comunidad. La exclusión ha consistido tradicionalmente en

abandonarlos para que *la naturaleza los recoja* en el lugar en el que nazcan, o colocarlos en hormigueros, lo que por lo general significa su muerte. La señora Marciana Aguablanca y su esposo Arturo, al estar esperando su quinto hijo, acudieron como es tradición donde el cacique quien enterado inicia un trabajo espiritual para que todos se encuentren bien protegidos: padre, madre, hermanos, comunidad y el bebe por nacer. Frente a la sospecha de que ella tendría un parto múltiple, lectura que se hace a partir del comportamiento asumido, decidieron ella y su esposo, al momento de los síntomas para que nacieran los niños, salir de su casa en la noche y caminar a Saravena, no avisar al cacique que como es costumbre -llegado el tiempo del alumbramiento- debe realizar ayuno y hacer un trabajo espiritual más intenso.

Después de dos días de camino, se presentan al hospital de Saravena para que un médico atendiera el parto. El 11 de febrero de 1999 nacieron un par de gemelos, una niña y un niño, que tres días después fueron dejados en el hospital por sus padres. Antes de partir a su pueblo, el padre firmó una nota redactada por una enfermera. En esa nota Arturo Aguablanca autorizaba al centro de salud “para que realice gestiones legales de adopción” de sus hijos ya que “por razones culturales no pueden quedarse junto con su familia”. Adicionalmente, en esa nota firmada por el padre, éste manifestaba renunciar “a todos los deberes y derechos sobre los menores”. La madre nunca expresó su voluntad al respecto, por cuanto no habla castellano. El padre, con un dominio limitado del castellano, no redactó personalmente la nota en la que autoriza la adopción de sus hijos. Es decir, muy posiblemente Arturo Aguablanca no entendió el alcance de lo que estaba autorizando. Del mismo modo, la enfermera que recibió a los niños tampoco entendió las señales de lo que los padres le estaban queriendo decir. Lo que ellos realmente deseaban, según pudieron aclararlo después, era dejar sus hijos a salvo mientras se realizaba la purificación que ordenaba la tradición para padres de gemelos, y mientras consultaban con las autoridades Uwa si les permitían, en contra de la costumbre, conservar y acoger a los niños.

La Defensora de Familia del Centro Zonal ICBF Saravena abrió auto de investigación el 16 de febrero de 1999 al recibir los niños llevados por la enfermera, y, entre otras pruebas, solicitó concepto a las autoridades tradicionales Uwa, invocando como fundamento para ello el art. 21 del Código del Menor. A esa solicitud las autoridades Uwa respondieron diciendo que necesitaban un plazo de siete meses para ayunar y consultar sus dioses, y así poder decidir definitivamente. Solicitaban que los niños permanecieran bajo Protección del ICBF en Saravena. Sin embargo, ante la presión ejercida por los medios de comunicación, que difundieron la noticia ampliamente y con fuertes críticas a la cultura Uwa, el 3 de marzo de 1999, la Defensora de Familia de Saravena ordenó el traslado de los menores a Bogotá, justificando esa decisión con el argumento de que la permanencia de los niños en Saravena afectaba su estabilidad emocional. Es importante precisar que la medida de colocación familiar de que trata el art. 57 num. 3 y el art. 73 y ss. se mantuvo al ser trasladados los niños y se solicitó a la Defensora de Familia de Barrios Unidos ubicarlos y efectuar su seguimiento. La Defensora de Familia del Centro Zonal Barrios Unidos de Bogotá recibió a los menores y ordenó ubicarlos en la Casa de la Madre y el Niño, entidad que desarrolla el programa de adopción. Días después, los responsables de esa institución manifestaron a la Defensora de Familia que los niños habían sido hospitalizados, uno por padecer de neumopatía, y la niña por padecer de Síndrome de Coqueluche.

El 9 de junio de 1999, cuatro meses después, la representante legal de la Casa de la Madre y el Niño en calidad de agente oficioso, interpuso acción de tutela a favor de los menores y contra las autoridades tradicionales Uwa y el ICBF, argumentando que la demora en la definición de la situación legal de los niños los perjudicaba por cuanto no podían ser dados en adopción, ni regresar al seno de su familia. Trece días después, el 23 de junio, la sala civil de familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta consideró que en este caso, efectivamente, se estaban violando los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la salud y la familia de los menores, y ordenó al ICBF que en el término de 48 horas continuara con la definición legal de la situación de los menores, es decir, que no debían esperar por siete (7) meses la respuesta de las autoridades Uwa. En consecuencia, la Defensora de Familia de Saravena solicitó el concepto técnico del centro zonal, y tanto el psicólogo como la nutricionista y el coordinador conceptuaron que lo que convenía a los niños era ser dados pronto en adopción para que así gozaran de una familia que les suministrara los bienes básicos que la familia y el pueblo Uwa les estaba negando. Así, el 30 de junio de 1999, mediante Res. 161, la Defensora de Familia de Saravena declaró en situación de abandono a los menores Uwa y ordenó la iniciación de los trámites para su adopción.

El presidente del Cabildo Mayor Uwa, impugno la decisión adoptada por el Honorable Tribunal y el 3 de agosto de 1999 la sala de casación civil y agraria de la Corte Suprema de Justicia confirma la decisión del Honorable Tribunal de Cúcuta. En cumplimiento del fallo de Tutela del juez constitucional (...) y en su lugar ordenó que los menores retornaran al seno de la familia y de su comunidad. El 5 de noviembre de 1999, la sala de revisión de Tutelas de la Honorable Corte Constitucional decreta la práctica de varias pruebas con el fin de proceder a sustentar su decisión.

3.1.2. La argumentación

La Defensora de Familia de Saravena justificó su decisión con el argumento de que los padres de los menores Uwa los habían entregado al centro de salud y que, además, estaba probado que una costumbre de esa comunidad impedía que niños gemelos pertenecieran a ella, lo cual implicaba entender que los niños estaban en peligro y en “situación clara de abandono” (Res. 161 de 1999, a folio 3), según la premisa normativa del artículo 31 del Código del Menor, ya que, a pesar de que los padres de los menores existían habían incumplido con la obligación de velar por los niños. La Defensora no aduce con claridad que su fundamento fuera el num. 2 del art. 31, pero por sus palabras así se entendería. Veamos, según los criterios arriba expuestos, qué tan “correcta” fue esta argumentación.

3.1.3. Justificación interna

Recordemos que la justificación interna estudia si la decisión se deduce lógicamente de las premisas normativas que el Defensor de Familia adujo como aplicables al caso. Aunque no explícitamente, la defensora adujo como premisa normativa de su decisión una interpretación de los supuestos fácticos del num. 2 del art. 31 del Código del Menor, según la cual el acto realizado por los padres Uwa, consistente en dejar los niños gemelos en el centro de salud y manifestar su imposibilidad de tenerlos por razones culturales, tipifica la situación de abandono descrita en esa norma legal. De esa premisa se colige sin dificultad, la decisión de declarar a los menores en abandono y ordenar su adopción. La medida está correctamente

justificada desde un punto de vista interno. Pero, ¿era ésta la única premisa normativa relevante? Y, además, ¿es la premisa de la argumentación de la Defensora de Familia la única interpretación admisible o la más adecuada? El estudio de estas preguntas corresponde a la justificación externa de la argumentación jurídica de la Defensora de Familia.

3.1.4. Justificación externa

La justificación externa debe dar cuenta de la “corrección” de la premisa argumentativa de la Defensora de Familia. Para el caso concreto, debe examinarse si el hecho de que los padres Uwa hayan dejado a sus hijos mellizos en el centro de salud de Saravena, mientras consultaban con las autoridades tradicionales de su comunidad si les permitían a los niños vivir a su lado, a pesar de que una costumbre los excluyera por ser mellizos, puede ser entendido como “abandono” en los términos del art. 31 num. 2 del Código del Menor, o si, por el contrario, teniendo en cuenta que los padres dejaron a los niños en un lugar seguro y que las autoridades tradicionales Uwa solicitaron expresamente al ICBF que continuara protegiendo a los menores mientras que ellos daban una respuesta definitiva, los actos de los padres y de las autoridades pueden tomarse como la voluntad de solicitar una ayuda temporal de asistencia para los menores, y de solicitud expresa de protección del Estado, requerimiento que es necesario acatar de conformidad en la premisa jurídica de los incs. 2 y 3 del art. 44 de la Carta Política. En otras palabras, el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna²²⁵. Siempre que la decisión esté afectando un derecho fundamental de un pueblo indígena, como sujeto colectivo de derecho, las premisas de las que parten los Defensores de Familia para llegar a esa conclusión se justifican, conforme a las reglas de interpretación y a la dogmática sentada por la Corte Constitucional: a) prevalencia de las normas constitucionales sobre las legales (art. 4 C. P.); b) mandato de proporcionalidad a la hora de restringir estos derechos; c) doctrina del núcleo esencial, que limita las restricciones que se pretendan imponer a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas; d) regla de que sólo los cuatro mínimos jurídicos pueden limitar el derecho fundamental de autonomía reconocido en cabeza de las autoridades propias de cada pueblo y; e) regla de que los menores que sean miembros de pueblos indígenas merecen un trato diferente por parte de los funcionarios de Bienestar Familiar durante el trámite del proceso administrativo de protección, por pertenecer a una minoría étnica y cultural protegida constitucionalmente; interés superior del niño y derecho indeterminado de la cultura. Esta visión es edificante.

3.3. Aplicación de la prevalencia de las normas constitucionales sobre las legales

Es pertinente exaltar las tradiciones que han influido las nociones acerca de la Constitución y de su papel en la regulación de la vida del Estado colombiano. La primera de estas tradiciones está influida por la revolución inglesa que lucha, por un lado, contra la soberanía excluyente del rey, para ceder autoridad al parlamento; y por otro lado, de la resistencia de las nuevas colonias para rechazar los altos impuestos exigidos por Inglaterra. El objetivo de esta tradición es la búsqueda del equilibrio de poderes y el control judicial. Otorga políticamente relevancia a los sistemas de gobierno, a las leyes al valor de la libertad por encima de la igualdad, a la justicia material sobre la ley formal, y a la Constitución sobre la ley.

²²⁵ Ibid. p. 222

La segunda tradición con la revolución francesa aspira a erigir un nuevo orden que deponga los privilegios de la nobleza. El poder constituyente, es medular en esta tradición o sea por medio de la elección de ciudadanos que participen en la proyección de la sociedad que desean; es decir, que interpreten la voluntad general, como medio de garantizar y limitar el poder político que se extendía incluso a la definición e imposición del Derecho. Este modelo de Estado, otorga valor a la seguridad jurídica frente a cualquier miramiento de justicia material. Bajo estos parámetros, la Constitución no tiene un carácter normativo sino que es percibida como el conjunto de aspiraciones de la sociedad, que se plasman en la Constitución. Como marco de direccionalidad y siendo indeterminada como formalidad, requiere de las leyes para ser realizada.

Antes de la Constitución del 91 el legislador ordinario se erigía en dueño absoluto de los contenidos sustantivos de la Constitución, pudiendo desarrollarlos con mayor o menor amplitud, o incluso, arrinconarlos o rechazarlos, sin que los ciudadanos o cualquier órgano del Estado fueran capaces de reprocharle tal comportamiento. Pero, la existencia de la Acción de Tutela obliga al cambio del modelo del Estado de derecho, legalista y formal que mantenía profundas desigualdades sociales producidas por un sistema que no se preocupaba por alcanzar la igualdad real. El paso a un Estado Social de derecho que parte de la existencia real de las diferencias y que tiene como metas producir cambios para alcanzar esa igualdad, es la nueva concepción bajo la cual la Constitución tendrá un papel central. Se transforma en la norma encargada de regular la estructura del Estado, que tiene como deber fundamental materializar sus contenidos los cuales pueden ser definidos como reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, que están por encima y son superiores al poder de cualquier Estado.

Restricción de poderes públicos y protección de garantías.

Los efectos de un Estado Social de Derecho buscan hacer verdad el cumplimiento de los derechos y de las normas del ordenamiento jurídico. Al estar supeditados a la Constitución, esta puede ser exhortada por todos los colombianos. Por medio del control de constitucionalidad, es posible garantizar ese ajuste entre la legislación y la Constitución. En este sentido, el control impreciso que tiene la Constitución, es particularmente importante para conseguir ese objetivo, ya que es posible que no sea únicamente el tribunal constitucional sino además el resto de autoridades judiciales, las que están en capacidad de detectar las disposiciones que contraríen el texto constitucional

La interpretación de la ley y de la Constitución no pueden ser consideradas metodológicamente equivalentes, pues aunque los métodos tradicionales de interpretación pueden utilizarse, se muestran limitados o recortados para aproximarse a la voluntad del constituyente. Al no existir una filosofía preexistente por ejemplo para la construcción del Estado multicultural, los métodos clásicos carecen de un núcleo ajustado. La pluralidad de los principios y de los valores a los que la Constitución remite, es otra razón que hace insostenible un formalismo de los principios. En caso de conflictos, el principio de más jerarquía privaría de valor a los principios inferiores hace necesario una nueva tarea llamada de ponderación.

La colisión o tensión que se presenta entre dos tipos de principios como el séptimo constitucional que reconoce la diversidad étnica y cultural conlleva que el Estado y en este caso el Defensor de Familia debe garantizar su cumplimiento de la forma mas óptima posible tanto fáctica, es decir efectiva, como jurídicamente.

Funciones y obligaciones del intérprete constitucional

La tarea fundamental de la Defensora como intérprete constitucional radica en concretar el contenido de las normas constitucionales de manera tal que se pueda conjurar la arbitrariedad. Más allá de solamente solucionar el caso debe abrir la puerta para que los argumentos que le generan licitud al caso, puedan ser adoptados por otros, bajo similares circunstancias con arreglo a criterios legislativos y jurídicos pero enfatizando la razonabilidad de la decisión lo cual va más allá del seguimiento ortodoxo de las leyes.

La Defensora de Familia de Saravena no adujo como premisa normativa de su decisión ninguna norma constitucional a favor de la diversidad étnica y cultural, pese a contarse con normas constitucionales directamente aplicables al caso. Debido a la presión a la que fue sometida por la orden de tutela promovida por la representante legal de la Casa de la Madre y el Niño, quien defendía su interés para poder dar en adopción a los menores, sí adujo como premisa normativa las normas constitucionales de derecho a la vida (arts. 11 y 44), a la salud de los niños y a la familia (arts. 42 y 44), pero no las confrontó con otras relevantes como el derecho al autogobierno, el de autodisposición o sea la posibilidad que el Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia, reconoce a favor de las autoridades indígenas (art. 246 C.N.), como el derecho y deber de los padres a suministrar afecto, protección y cuidado a sus hijos (art. 46 C.N.), y el derecho de los niños a crecer y a formarse en el seno de su propia cultura (art. 44 en concordancia con el art. 70 de la Constitución). De haber tenido en cuenta estas normas, ha debido argumentar, porqué razón consideraba que estos derechos cedían frente a los derechos a la salud y a la vida de los menores. Es más, hubiera tenido que probar que tanto la vida como la salud de los menores estaban en realidad bajo riesgo grave por el hecho de no ser dados en adopción pronto, lo cual no se probó. En síntesis, su argumentación sustancialmente fue incompleta y desconoció el mandato constitucional de aplicar las normas de derechos fundamentales directamente y de manera preferencial frente a las normas legales contrarias. Solamente aplicó la norma legal del num. 2, art. 31 del Código del Menor. La aplicación que hizo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a una familia, no fue correctamente justificada ni ponderada frente a otros derechos fundamentales aplicables y cuya decisión estaba afectando. El hecho de que la Acción de Tutela le estuviera indicando que una decisión demorada podría afectar a los menores, no necesariamente le indicaba que tuviera que proceder a dar en adopción a los niños. La Defensora de Familia también hubiera podido advertir de inmediato a las autoridades Uwa que, si en un plazo menor no se pronunciaban, y dado que la salud de los menores requería que ellos estuvieran pronto en un seno familiar favorable, los declararía en abandono. De esa manera, por ejemplo, hubiera mostrado en su argumentación que tenía en cuenta derechos fundamentales de los padres y del pueblo Uwa.

3.5. Aplicación de proporcionalidad

Dado que la Defensora de Familia no aplicó las normas constitucionales que reconocen al pueblo Uwa como un sujeto de derecho distinto al sujeto individual y que este pueblo tiene derechos colectivos, tampoco aplicó el principio de proporcionalidad. Este principio indica que a la hora de restringir un derecho fundamental, el funcionario debe hacerlo de manera proporcional al fin que se propone alcanzar. Es decir, la Defensora de Familia de Saravena debió haberse preguntado si con su decisión estaba restringiendo algún derecho fundamental de los padres o del pueblo Uwa, y si lo hacía de manera proporcional con respecto al fin de proteger la vida y la salud de los niños. En la Res. 161 de 1999, la Defensora de Familia restringió el derecho de autonomía de las autoridades Uwa afirmando que, con el fin de proteger la vida y la salud de los niños, los Uwa no podían tomarse un plazo de siete meses para decidir sobre si modificaban o no su costumbre²²⁶. Y la decisión que tomó fue la de declarar en abandono a los menores y ordenar la iniciación de los trámites para su adopción. ¿Es esta medida proporcionada frente al derecho de autonomía del pueblo Uwa?

El test de proporcionalidad, como ya se mencionó conceptualmente, impone al funcionario que restringe un derecho fundamental el deber de hacerse tres preguntas:

1. ¿Es el objetivo perseguido con la medida restrictiva legítimo a la luz de la Constitución?
2. ¿Es la medida adecuada para alcanzar el fin perseguido?
3. ¿Es la medida escogida necesaria?

En este caso, el objetivo perseguido -defender la vida y la salud de los menores- es un fin legítimo a la luz de la Constitución (arts. 11 y 44). La medida escogida, la de declarar en situación de abandono y así poder dar en adopción a los menores es con seguridad una medida adecuada para alcanzar el fin, puesto que empíricamente, el hecho de que una familia con recursos afectivos y económicos se encargue de los niños, protegerá su vida y su salud, sin que entre en cuestión o en tensión la defensa de sus raíces, orígenes, cultura, identidad costumbres, afectos, entre otros. Pero, ¿es la medida necesaria?, es decir, ¿es la única alternativa posible? ¿No existe acaso también la posibilidad de cooperar con las autoridades Uwa para que los niños puedan reintegrarse? Los hechos posteriores a la Res. 161 de 1999 indican que no era ésta una medida necesaria.

Las autoridades Uwa y los padres solicitaron la devolución de los menores tan pronto les fue notificada la resolución y manifestaron que ya no los discriminarían, es decir, expresaron que estaban en capacidad de tomar la decisión en un tiempo mucho menor y que, de hecho, la habían tomado modificando su costumbre. Por esta razón, la Directora Seccional de Arauca, con base en pruebas antropológicas que le permitían conocer y ampliar conocimientos desde

²²⁶ Textualmente la Defensoría de Familia, considerando que este plazo era demasiado amplio para los términos del Código del Menor, los cuales son de días" (Res. 161 de junio 30 de 1999, p. 2), olvidó que una medida de protección como la colocación familiar de conformidad con lo preceptuado por el art. 74 del Código del Menor, si bien se debe decretar por el menor tiempo posible y aunque de manera preferente no debe exceder los seis (6) meses el definir la situación jurídica de un niño en situación de abandono o peligro, si es prorrogable por causa justificada.

otras disciplinas, revocó posteriormente “en todas sus partes”, la decisión de la Defensora de Familia y ordenó el reintegro de los menores “a su medio familiar, social y comunitario” (Res. 001 del 20 de septiembre de 1999, punto dos (2) de la parte resolutiva). En síntesis, la argumentación jurídica de fondo de la Defensora de Familia en la resolución en estudio, fue incompleta e “incorrecta” por no haber incorporado una de las herramientas dogmáticas y de interpretación: el test de proporcionalidad que ha fijado la Corte Constitucional para evaluar las medidas que restringan derechos fundamentales. Este test indica que la medida escogida por la funcionaria no era necesaria y, por lo tanto, no era proporcional.

3.6. Aplicación de la teoría del núcleo esencial

De la mano con la herramienta de la proporcionalidad, el concepto de núcleo esencial debe ser aplicado por un funcionario siempre que esté restringiendo un derecho fundamental. En nuestro ejemplo, la Defensora de Familia debió preguntarse si la restricción que impuso a la autonomía del pueblo Uwa no estaba tornando inocuo su derecho de autogobierno y, por tanto, no estaba afectando el núcleo esencial de ese derecho. En efecto, al no haber dado oportunidad alguna a las autoridades Uwa para pronunciarse frente a la urgencia de tomar una decisión con respecto a los niños antes de que se venciera el plazo de siete meses que ellos habían solicitado, la Defensora de Familia vació de contenido el derecho de autogobierno del pueblo, es decir, lo desconoció absolutamente, y tomó una decisión que afectaba a los padres de los gemelos, sin permitirles en absoluto que se expresaran contrariando lo preceptuado por los incs. 2 y 3 del artículo 44 de la Carta Política. En conclusión, la argumentación de la Res. 161 de 1999 es “incorrecta”, por no haber aplicado una herramienta dogmática que estaba obligada a aplicar: la herramienta del núcleo esencial como seguro a las restricciones de derechos fundamentales.

3.5. Aplicación de los mínimos jurídicos

Si la Defensora de Familia hubiera aducido en su argumentación el derecho fundamental de autonomía de las autoridades Uwa (para dar un ejemplo de derecho colectivo fundamental, relevante en este caso), hubiera debido fundamentar que ese derecho podía ser restringido siempre que con su ejercicio concreto –espera de siete meses para tomar la decisión que permitiría a los gemelos regresar a su comunidad o que los excluiría definitivamente– estuviera violando uno de los cuatro mínimos jurídicos que toda persona y toda comunidad étnica que habite en Colombia, sin excepción, debe respetar.

Habría tenido que argumentar, con mayor amplitud que como lo hizo, ¿por qué razón se estaba violando el derecho a la vida con ese lapso de espera? Posiblemente hubiera llegado a la conclusión de que es bastante difícil demostrar la amenaza o la violación del derecho a la vida de los gemelos por el hecho de tener que esperar siete meses en un hogar sustituto, o casa de adopciones, mientras que su comunidad decide sobre la validez o la modificación de la costumbre que los excluye. En síntesis, en este punto, la argumentación de la Defensora de Familia también resulta “incorrecta” e insuficiente.

3.6. Aplicación del trato diferente

Finalmente, por mandato del inc.2 del art. 13, en concordancia con el art. 7 de la Constitución, los menores indígenas merecen un trato distinto por parte de los Defensores de Familia, para que así su membresía cultural sea respetada y promovida. Con fundamento en este trato diferente, la Defensora de Familia bien pudo decidir esperar siete meses la respuesta de los Uwa, máxime cuando la medida de protección tomada, colocación familiar por mandato del art. 74 del Código del Menor, le da esta posibilidad. Este lapso de tiempo no hubiera sido necesario para otros padres y a otras comunidades cuyas características étnicas y culturales no lo ameritaran. El trato distinto debe expresarse en acciones que fortalezcan y beneficien a la comunidad indígena, no en actos que la perjudiquen. En conclusión, la argumentación en estudio padece de esta otra “incorrectitud”: no argumenta por qué razones constitucionales no se suministraba a la comunidad Uwa el trato diferente que ella solicitaba. Es una decisión bien argumentada desde el punto de vista de la justificación interna, pero mal argumentada desde el punto de vista de la justificación externa; es decir, desde los fundamentos que no tiene en cuenta y que hubieran cuestionado las premisas “técnicas” y no edificantes en que se fundamentó el razonamiento jurídico que sirvió de base para su decisión.

CAPÍTULO 4

INTRUMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO EN PROTECCIÓN A NIÑOS Y NIÑAS INDÍGENAS

Se evidencia con el proceso de construcción de una política pública de protección a niños indígenas un cambio cualitativo que potencia las finalidades y la misión de la institución. La característica particular de respeto a la diversidad cultural y al pluralismo jurídico implica que las decisiones deben formularse sobre la base de un nuevo modelo jurídico y de sociedad. Esta política se traduce por un lado, en cambios de visiones hegemónicas, y por otro, en la posibilidad de construir una infraestructura institucional que corresponda a un modo práctico de hacer las tareas para que den por resultado un verdadero cambio en el modelo. Este debe ser analizable como un cuerpo de principios, y procedimientos que ordenan y clasifican las situaciones, los sujetos y las realizaciones de la protección pública.

Tanto las autoridades de estos pueblos indígenas, como los funcionarios que actúan con relación a estos casos de protección, requieren la implementación de decisiones políticas, criterios y medidas para definir los procedimientos funcionales que contribuyan de manera efectiva a la realización de esta política.

Con relación a los pueblos indígenas es necesario establecer:

Los sujetos afectados por la política pública.

Esto es, quiénes son los sujetos que deben entrar a protección del ICBF y por lo tanto, quiénes no deben ser sujetos de los procesos administrativos de protección.

Los criterios que den acceso a niños y niñas indígenas a los programas de protección.

La clase de casos especiales que requieren una aclaración.

Es decir, hay que determinar con bases jurídicas y humanitarias para desplazados por el hambre y la violencia desde países limítrofes y desplazados por la violencia del campo a las ciudades por el conflicto armado, para los cuales no existe ni jurisdicción, ni autoridad indígena que asuma la situación.

Los criterios diferenciados para actuar frente a situaciones particulares que ameritan un trato distinto.

Es necesario darles plazos distintos para ejecutorias, dados los largos desplazamientos, las maneras de conciliar tiempos incumplidos, los criterios para publicitar la presencia o pérdida de un niño en un territorio o la necesidad de traductor para la mayoría de indígenas. (art. 10 C.P.)

Los criterios para establecer nuevos marcos para la formalización de acuerdos.

El ICBF debe revisar, adecuar y actualizar muchas de las medidas y procedimientos administrativos, desde la planeación y la política, para posibilitar la acción efectiva de los funcionarios responsables de los programas.

Modificación de pautas para diseñar, apropiar y ejecutar los presupuestos.

Si el interés consiste en actuar de acuerdo con las comunidades para llevar a cabo realizaciones, lo cual es juzgado como prioritario y necesario, (por ejemplo, conocer la forma de vida de una familia o de una comunidad, o sus hábitos alimenticios en cuanto determinan las posibilidades o no de desnutrición), estos desplazamientos no pueden equipararse a una diligencia en la ciudad. Establecer condiciones reales, como medios de transporte, días de estadía, seguros especiales que tengan en cuenta una condición particular regional, es esencial como base material para el desarrollo de la misión de protección especial a los casos de niños indígenas, lo cual está asociado con gasto público, inversión social y gestión pública de resultados. No atender estos aspectos comporta el incumplimiento de la misión institucional.

Los equipos técnicos deben ser integrales.

Se debe contar con personal profesional según las áreas que verdaderamente intervienen en Protección. Ninguna de las profesiones que participan en este campo debe faltar; la concepción de trabajo debe ser intra y multidisciplinaria. Es similar este vacío al que se diera en una mesa de operaciones en el evento de que faltara el anestesiólogo, y entonces, la enfermera asumiera tal función. Los profesionales que participan y que están realizando las tareas específicas para potenciar sinergicamente la protección de un niño indígena, deberán adecuar muchos de los fundamentos, conocimientos y procedimientos con los cuales trabajan, para ejercer profesiones como el derecho, la nutrición, la psicología, el trabajo social y la antropología, acordes con enfoques transdisciplinarios. Éstas son medidas para que la política de protección a niños indígenas resulte coherente, estructurada y viable, con base en demandas reales de atención y de prestación del servicio público de Bienestar Familiar.

La integralidad del sistema de protección a niños y niñas indígenas no está relacionada solamente con la concepción, finalidad, contenidos y objetivos que se persiguen. El modelo de política pública institucional debe fundamentarse y basarse en las *readecuaciones del proceso administrativo de protección, de la ejecución de programas y la eficiente prestación de servicios*, dentro del marco constitucional que le muestre a la institución el camino que ha de tomar la Protección. Con base en este nuevo derrotero se deben proporcionar instrumentos generales indispensables y universales, adaptables según las particularidades regionales y según los pueblos indígenas que las habitan, para que las experiencias logren desarrollar competencias que eleven la calidad del servicio e incidan en un efectivo cambio de las viejas maneras de vinculación que en el ámbito nacional, regional y local se ha tenido con respecto a los casos de protección a niños indígenas. Para llevar a cabo tal empresa, la institución debe reconocer su papel innovador y para efectuar los cambios debe implementarse una nueva y también diferencial canalización de recursos apropiados que den juego real a los marcos constitucionales y normativos necesarios para el desarrollo de los procedimientos a seguir.

4.1. La Historia sociofamiliar, un micro-campo de investigación jurídico-social

La historia sociofamiliar diseñada a nivel nacional es un instrumento que puede adecuarse y potenciarse para registrar los casos de protección a niños indígenas, que, por provenir de diferentes etnias y culturas, requieren de un manejo diferencial de la información.

En las regionales y agencias del ICBF, el archivo de estas historias, adecuadamente llevadas, permitirá en el futuro el registro etnográfico, jurídico, socioeconómico, psicológico y cultural de los pueblos, mediante los datos que cada historia en particular contiene.

- **Carátula del legajador**

Exhibir el caso como perteneciente a una etnia en particular permite observar las diferencias entre las etnias que se encuentran en la regional y las agencias ICBF. Para ello, una simbología representada en un logo puede contribuir a clasificar los casos, de acuerdo con los grupos étnicos particulares, en la regional y/o agencia ICBF en que actúen.

- **Contenidos generales**

Este aparte está dividido en dos segmentos y considera el registro de dos tipos de datos cualitativamente distintos. El primero corresponde a elementos que permiten disponer de una historia integral sociofamiliar y el segundo, imprimir el carácter cultural.

Todos los miembros del equipo técnico de protección deben cumplir una tarea investigativa y ésta será la única vía para internalizar las diferencias y a partir de éstas, actuar, no sólo para valorarlas como diferencias protegidas por el Estado colombiano, sino para apreciarlas como elementos indispensables que permitan tratar o intervenir los casos de una manera acorde con las características que definen un marco étnico y cultural particular y propiciar cambios sociales significativos de respeto a la diferencia y a la pluralidad.

En este capítulo presentamos aportes recogidos de las Regionales ICBF al proceso de construcción de la sociedad multicultural. Representan el desarrollo de una estructura muy amplia que sirve de fundamento para ser adaptado según el caso particular. En la medida en que los casos de protección a niños, niñas y jóvenes indígenas se diferencien formalmente y sus contenidos den cuenta del mundo sociocultural y jurídico legal del pueblo, la Política de reconocimiento a la diversidad se verá transformada. La huella edificante de los Defensores de Familia y sus equipos técnicos servirá de base y ejemplo para futuras generaciones de funcionarios y de los indígenas que intervengan en los casos.

4.2. Proyecto de resolución por medio del cual se entrega un menor indígena a una autoridad tradicional

Los Defensores de Familia de la Regional ICBF Cauca han venido estableciendo acuerdos interculturales para actuar con las autoridades indígenas, ya que los casos no siempre pueden y/o deben judicializarse, fundamentalmente porque entran en conflicto con la prioridad de darle al niño una familia. Con base en el reconocimiento de la autoridad tradicional, con

potestad jurisdiccional para manejar asuntos relacionados con la protección de niños y niñas indígenas, se ha construido esta resolución multicultural y multiétnica que permite una salida para proteger a los niños indígenas que salen del sistema indígena y que al entrar al sistema judicial nacional, requieren formalizar su retorno.

4.3 Autorización al ICBF por parte de una autoridad tradicional con competencia para representar el interés superior de una niño, niña o joven indígena, para que tenga familia nacional

A diferencia del ejemplo anterior, también en la Regional ICBF Cauca se ha construido un instrumento para que el Defensor de Familia pueda entregar en adopción a un menor indígena a una familia no indígena. Esta formalización es interpretación clara del mandato expresado en el art. 4 constitucional, donde existiendo autoridad competente, según el art. 246, prima el Código del Menor que demanda acudir al ente estatal del Ministerio del Interior.

4.4. Acta de Guarda

Algunos casos de Protección que deben ser resueltos por la autoridad tradicional indígena pueden entrar en conflicto y no ser resueltos por Jueces de Familia que no conocen la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y que sustentan sus decisiones con base en normas expedidas con anterioridad a la Constitución de 1991.

De manera edificante se ha construido en la Guajira un *Acta de Guarda*, siguiendo el concepto muy original que alude a lo que el diccionario define como “conjunto de soldados o gente armada que asegura o defiende una persona o un puesto”. Resulta muy interesante esta propuesta en dos sentidos: Sentirse la defensora *armada*, de ideas y conocimientos que le permiten demostrar argumentos, la potestad y la legitimidad que las acciones de una autoridad indígena en uso de sus facultades jurisdiccionales tiene, y, en segundo lugar, en virtud del sentido de defensa de una *persona con un puesto*, en este caso de la misma autoridad que ejerce funciones jurisdiccionales.

4.5. Cuaderno de radicación

En la Regional Valle se ha percibido el problema que entraña abrir siempre una historia sociofamiliar y judicial izar el caso. En un cuaderno de radicación especial, al que se hace también seguimiento, se radican casos provenientes de pueblos indígenas, con el objeto de realizar una investigación preliminar que oriente a asumir el caso o a que lo acoja la autoridad indígena tradicional.

FORMATO DE HISTORIA SOCIOFAMILIAR

1. Información Generales

No. de Historia _____

Fecha: _____

Funcionario: _____

Regional o Agencia ICBF

Zona: _____

Localidad: _____

Persona que se presenta: _____

Identificada con C. C. No. _____ expedida en: _____

Lengua que habla: _____

Sabe leer y escribir: _____ SI _____ NO _____

Pertenece a la comunidad: _____

De la Etnia: _____

Que se denomina en su lengua: _____

Geográficamente vive en: _____

Desde hace: _____

Es vecino (a) de: _____

Reconoce como Autoridad Indígena a:

2. Motivo de la consulta ¿Por qué acude al ICBF?

Qué personas de la comunidad conocen su caso:

¿Le han sugerido qué debe hacer?

Describalo en su lengua y tradúzcalo:

¿La persona demuestra dificultad para hablar en castellano?

Si _____ No: _____

¿Requiere el ICBF un intérprete? Si: _____ No: _____

El intérprete es _____

Sugerido por: _____

3. Información para el análisis del caso

A partir de la persona que se presenta o del menor involucrado, describa la familia de acuerdo a las siguientes convenciones.

Realice un cuadro de parentesco y señale el Niño o la persona involucrada

Hombre

Mujer

matrimonio

Unión libre

Descendencia

Muerto

Edad real o aproximada de los implicados _____

Pertenencia de los miembros implicados a:

Grupo étnico _____

Comunidad _____

Regidos por las autoridades indígenas de _____

Autoridades municipales o locales de _____

Actividades ha desarrollado en los últimos tres años (Si es posible esta información)

¿Donde?

Antecedentes del caso

¿Cómo han resuelto casos parecidos en su comunidad?

Conocimiento etnográfico aplicable

Deberes, y derechos entre los esposos y la familia.

Deberes de los padres y grupo familiar para con los niños

Definición cultural del menor: edad, situación fisiológica, diferencial por género....

4.Componente social y psicológico: Determinación de peligro.

Describir un caso que usted conozca de un niño en peligro _____ =
¿Se pierden niños? Si conoce algún caso cuéntelo _____ =
¿Alguna vez ha sabido de alguien que no quiera a los hijos? _____ =
¿Hay abandono de niños. Si se presenta qué hacen? _____ =
¿Conoce algún caso en que un adulto no se porte bien con un niño? Describalo. _____ =
¿Hay padres o madres, parientes, en general adulto que son muy buenos con los niños? Que hacen? _____ =
¿Qué debe hacer un padre para con el niño desde que nace? Como lo cuida? _____ =
¿Qué debe hacer una madre para con el niño desde que nace, cómo lo cuida? _____ =
Derechos y Deberes del usuario (¿qué debe hacer usted particularmente?). _____ =

5.Bienestar y Malestar (evalúe ¿qué significa estar bien?)

¿Cómo se cuida un niño para que esté bien?

¿Quiénes lo deben cuidar?

6.Restricciones del niño

¿Qué no puede hacer un niño (prohibiciones) y a qué edad? (Diferenciar por género)

¿Cuándo un niño es rechazado por la comunidad? _____ =

¿Ha sabido de algún niño (a) que haya sido rechazado? ¿Quién lo rechazo por y qué?
Describa el hecho. _____ =

Se pueden orientar o inducir ideas en caso de que sea necesario, en aspectos tales como tratamiento cultural a los defectos físicos o incapacidades, comportamientos inadecuados; condiciones sociales y culturales particulares para tratar estos casos.

Describir la situación

7. Abandono y protección

Describa situaciones de cuidado cultural a niños huérfanos de padre, madre o de ambos padres _____ =

Sostenimiento y cuidado de parientes o autoridades _____ =

Instituciones especiales para desamparados _____ =

(Verificar si cree que el ICBF es una de estas y por qué) _____ =

Orientaciones, culturales para reinstalar los niños en otra familia o unidad social _____ =

Participación de otras unidades sociales en la protección. _____ =

Género

Marco cultural según género que orienta al abandono, maltrato, asesinato y a medidas de protección.

Derechos y Deberes del implicado según género y edad _____ =

9. Concepciones culturales sobre bienestar y malestar

Definición de bienestar y de malestar. _____ ==

Medios institucionalizados para enfrentar los problemas sociales, enfermedades o comportamientos inadecuados _____ =

Sistemas propios de solidaridad, redistribución y ayuda mutua para quién son: enfermos, incapacitados o abandonados _____ =

Medidas para la prevención del malestar Intra comunitarias -Intra familiares _____ =

10. Alimentación y nutrición

El profesional de la nutrición deberá investigar para tener en cuenta concepciones culturales y conductas sobre los siguientes aspectos:

Selección de alimentos por grupos de edad. _____ =
Ciclo anual de alimentos. _____ ==
Alimentos tabú _____ =
Alimentos especiales por grupos de edad y/ género _____ =
Alimentos para fiestas o reuniones especiales _____ =
Recetarios _____ =
Hábitos alimenticios y disposiciones rituales _____ =
Alimentos para premiar a los niños _____ =
Horarios para recibir los alimentos. _____ =
Utilización de mercato o alimentos entre comidas principales _____ =
Conceptos o clasificaciones de los vegetales, carnes, frutas, etc. _____ =
Alimentos disponibles y no utilizados. _____ =
Alimentos que se venden _____ =
Alimentos que se compran _____ =
Creencias culturales alrededor de los alimentos. _____ =
Diетas especiales para sanar, purificar o modificar una condición en otra.
_____ =

11. Expresiones sociales y de amor a los niños

Formas de expresar los sentimientos: canciones, sonidos, arrullos, juegos, cuidados.
_____ =
Tiempos de dedicación por género y edad y de acuerdo a los miembros de la familia o la unidad social mayor a la que pertenece el niño _____ =
Compañía a los niños _____ =
Aseo a los niños _____ =
Ideas culturales sobre la posibilidad de hacerle daño a un niño _____ =
Seres espirituales que protegen o pueden hacer daño a un niño _____ =
Causas de una enfermedad, defecto o situación definida como anormal _____ =
¿Condiciones positivas sobre la maternalidad? _____ =
¿Condiciones positivas sobre la paternalidad? _____ =
Funciones de abuelos, tíos por linera materna y/o paterna _____ =
Funciones de la comunidad en torno a la protección de los niños _____ =

12. Trabajando en equipo

El Defensor de Familia:
Convoca a su equipo técnico
Selecciona los casos para análisis y producción de conocimiento
Compara casos similares
Explora fuentes de información existentes (Amplía su conocimiento)
Comparte su interpretación de los principios constitucionales y de las normas que ha tenido en cuenta para actuar frente al caso.

Críticamente examina con su grupo como la medida fortalece la etnicidad y la cultura del pueblo.

Plantea dudas, interrogantes y preocupaciones

13. Seguimiento y Cierre del Caso

Investigación para establecer la ejecución de las salidas propuestas.

Determinación de la concordancia o de la discrepancia entre lo propuesto como salida y los efectos causados por la ejecución de tales acciones.

14. Tipificación del Caso

¿Requiere una acción inmediata exógena a la participación de la comunidad?

¿Cuál y por qué?

Es posible establecer diferencias entre la visión de la sociedad nacional y la de la etnia en particular, que amerite el reintegro del caso para una salida desde la comunidad?

Sustente Ofrezca su apoyo y exalte las potencialidades de esta orientación.

Defina si el caso no tiene interlocutor directo de la comunidad, o se determina la necesidad, adecuada a las autoridades indígenas y/o miembros locales para exponer sus orientaciones y conciliar la posibilidad de solución desde la comunidad. ____ =

Establezca compromisos y responsabilidades compartidas, asumiendo preocupación por el buen desarrollo del caso. Establezca mecanismos de seguimiento para el apoyo a los compromisos adquiridos. _____ =

RESOLUCIÓN No. ____

La suscrita Defensora de Familia en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas en la Constitución Política y el Decreto 2737 de 1989 Código del Menor y

CONSIDERANDO

Que el(la) menor _____ Historia sociofamiliar No. _____
____ ingresó al ICBF el día ____ mes ____ año ____ a quien se le brindó la medida de
protección requerida, encontrándose a la fecha en óptimas condiciones de salud física,
psicológica y mental.

Que la Constitución Política en su Art. 7º consagra el respeto y el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que se refleja en organizaciones y formas de control social propios, y que los diferencia del resto de la población colombiana.

Que la citada Constitución Política reconoce autonomía a las comunidades indígenas, y a sus autoridades el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando no contravengan la Constitución y las leyes de la República.

Que se reconoce la capacidad interna de la comunidad indígena para proteger a los niños, niñas y jóvenes indígenas dentro de su comunidad.

Que las autoridades indígenas legítimamente constituidas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos, están representadas actualmente por _____ quien obrando en consecuencia y mediante resolución No. _____ de fecha: Día _____ Mes _____ Año _____ autorice a _____

para que en adelante brinden una protección integral al menor _____ y sea acogido en dicha familia como su hijo, con todos los deberes y derechos que corresponden a su relación paterno filial. Que de acuerdo con lo informado por la autoridad indígena competente declara que en el hogar conformado por _____ se encuentra en condiciones materiales, espirituales y culturales que permiten el desarrollo integral y armónico del niño _____, y por lo tanto es viable dar aplicación al Artículo 95 del Código del Menor.

Por lo anterior y con el objeto de fortalecer las formas culturales internas de protección a los niños de la comunidad _____

RESUELVE

- PRIMERO Entregar al niño _____ nacido el día _____ del mes de _____ año _____, procedente de la comunidad _____ y perteneciente al resguardo _____ a los señores _____
- SEGUNDO que los señores _____ quedan obligados a albergar al niño en su hogar y darle la protección integral en su calidad de hijo acorde con sus usos y costumbres culturales.
- TERCERO Que las autoridades internas se comprometen a realizar los seguimientos del caso con la solidaridad y apoyo del ICBF.
- CUARTO Esta medida se toma en el marco constitucional respecto del reconocimiento de la nación colombiana como multicultural y multiétnica, y se firma en _____ a los _____ del mes del _____ año _____ por quienes en ella intervinieron.

Defensor de Familia

Autoridad Indígena

- 4.1.3. Ejemplo de autorización al ICBF de una autoridad indígena tradicional con competencia para representar el interés superior de un niño, niña o joven indígena.

El siguiente instrumento utilizado en la regional ICBF del Cauca es un excelente ejemplo de los acuerdos formales entre el Defensor de Familia y la autoridad indígena, para implementar la política pública de protección.

Acta de Acuerdo para Adopción ²²⁷

*REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL CAUCA
MUNICIPIO DE TORIBIO
RESGUARDO INDIGENA DE TORIBIO*

La Junta Directiva del Resguardo Indígena de Toribio Cauca, en uso de sus facultades constitucionalmente tuteladas de acuerdo con las que le confiere el derecho propio, y

CONSIDERANDO

Que el menor GUSTAVO ACHICUE, hijo de los comuneros HAROL WILSON HERRERA VALENCIA y ROSMIRA ACHICUE personas incapacitadas para la custodia, cuidado y protección del mencionado menor, domiciliadas en el resguardo indígena de Toribio Cauca se encuentra actualmente bajo el cuidado y protección del hogar conformado por los señores LEONIDAS GRIJALBA y la señora BLANCA OFIR HERRERA VALENCIA, tía del mencionado menor en realidad de padres sustitutos, quienes tienen su domicilio en la ciudad de Santander de Quilichao, Cauca.

Que los señores LEONIDAS GRIJALBA con cédula de ciudadanía número 10.484.161 de Santander Cauca y BLANCA OFIR HERRERA VALENCIA cédula de ciudadanía No. 34.596.348 de Santander Cauca, solicitan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la adopción del menor GUSTAVO ACHICUE.

Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zonal de Popayán requiere autorización del Cabildo Indígena del Resguardo de Toribio Cauca para adelantar el correspondiente trámite de adopción del menor, a solicitud del hogar conformado por los señores Leonidas Grijalbo y Blanca Ofir Herrera Valencia, residentes en la ciudad de Santander de Quilichao Cauca.

Que el Centro Zonal Indígena de Popayán ha realizado las correspondientes visitas al hogar conformado por los señores Grijalba y Herrera Valencia.

²²⁷ Construido este instrumento bajo la dirección de la Defensora

Que para garantizar la debida protección y cuidado del menor GUSTAVO ACHICUE debido a la enfermedad mental que padece y a las precarias condiciones económicas de sus padres, es conveniente autorizar la adopción del mencionado menor

RESUELVE

AUTORIZAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Zonal Indígena de Popayán para que adelante el correspondiente trámite de adopción del menor GUSTAVO ACHICUE a favor de los padres sustitutos señores LEONIDAS GRIJALBA y BLANCA OFIR HERRERA VALENCIA, por las consideraciones anteriormente anotadas.

Dada en Toribio Cauca, a los dieciséis (16) días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Y firmado por los Miembros de la Junta Directiva del Cabildo del Resguardo Indígena de Toribio. (Hay firmas y sellos)

ACTA DE GUARDA ²²⁸

La Defensora de Familia del Centro Zonal _____ del ICBF Regional _____, y en uso de las facultades legales que le confiere el Decreto 2737 de 1989, y demás normas concordantes relacionadas con la protección del menor y de conformidad con el mandato constitucional en lo referente al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, según los Art.7º y al Art.246 de la Constitución que establecen la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas para el conocimiento y resolución de problemáticas internas, acorde con sus usos y costumbres, coadyuva la decisión tomada frente al caso del menor XX hijo de M y G que en el presente asunto es el beneficiario de la acción de _____ instaurada por y definida por la autoridad ZZ en los siguientes términos: _____ == _____

FIRMADO _____

ANEXO 2

²²⁸ Acta de guarda construida por el grupo de Defensores de la Guajira.

ENTIDADES QUE PUEDEN SER CONSULTADAS

Los casos de protección a niños, niñas y jóvenes indígenas son complejos porque frente a muchos de ellos se requieren interpretaciones antropológicas de valoración médica, psicológicas nutricionales, sociales y jurídicas, provenientes de especialistas. En el siguiente listado se encuentran las entidades que pueden contribuir con conceptos técnicos periciales y profesionales. Sobra decir que la solicitud debe hacerse con tiempo y debe ser sustentada.

Entidades en Bogotá	Dirección	Teléfono
Universidad de los Andes Departamento Antropología	Cra. 1 No. 18 A-10	2840907
Universidad de los Andes Facultad de Derecho.	Cra. 1 No. 18 A-10	3364696
Universidad de los Andes Centro de Estudios sobre Lenguas Aborígenes	Cra. 1 No. 18 A-10	2869211 Ext. 3330
Universidad Nacional. Departamento de Antropología	Cra. 30 Calle 45	3165000
Universidad Nacional. Facultad de Derecho	Cra. 30 Calle 45	3165457
Universidad Nacional. Departamento de Lingüística	Cra. 30 Calle 45	3165000
Instituto Colombiano de Antropología	Cra 7 No. 28-66	2836647
Esther Sánchez Botero Grupo de Alegatos. y Proyecto para la construcción de entendimiento intercultural	Avenida 13 # 86-30	2369759 Fax 6910426

BIBLIOGRAFIA

ABELLA, R.S., "The Law of the Family in the Year of the Family", 26 *Otawa Law Review* 533, 1994

ALSTON, P. (ed.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994a.

ALSTON, P., Parker, S., y SEYMOUR, J. (eds.), *Children, Rigths and the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1992

AN-NA'IM, A., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1992

BOAVENTURA De Sousa, Santos. *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá. Ilsa. Dupligráficas, 1991.

CABRERA, Gabriel et al. *Los Nukak. Gente nómada de la Amazonía colombiana*. Santafé de Bogotá, D.C., En propuesta editorial Universidad Nacional de Colombia, 1995.

DOUGLAS, Mary. *Como piensan las instituciones*. Alianza Universidad. Editorial Alianza, 1996.

El Medicamento en la Historia de Colombia, Cincuenta años en la Historia de Colombia, 1947-1997 , Schering-Plough S.A, 1997.

EEKELAAR, J., 'The Emergence of Children's Have Rights', 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 161, 1986

'The Importance of Thinking Children Have Rights', en Alston, Parker y Seymour (eds.), *Children, Rigths and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992

-The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism', en Alston (ed.) *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rigths*, 1994, pp.42-61

ELSTER, J., *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge University Press, Canbridge, 1989

Expediente No. AC 4458. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, 13 de marzo de 1997.

FROMM Eric, *La revolución de la esperanza*, Fondo de Cultura Económica.

GIRALDO Angel, *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Séptima Edición, Ediciones Librería del Profesional, 1996.

ICBF. Protección especial del menor en situación irregular y la familia atención al menor abandonado o en peligro atención en medio familiar Balance y perspectivas de la política social del ICBF 1968-1993 Universidad Nacional ICBF primera fase.

Ministerio de Gobierno, Dirección General de Asuntos Indígenas. Política del Gobierno para los pueblos indígenas. Santafé de Bogotá, 1955.

PARKER, S., 'The Best Interests of the Child', en Alston (ed.), *The Best Interests of the Child: Reconciling and Human Rigths*, 1994, pp. 26-42.

RWEZURA, B., 'The Concept of the Child's Best Interests in the Changing Economic and Social Context of Sub-Saharan Africa', en Alston (ed.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rigths*, 1994, pp. 82-116

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. Justicia y Pueblos indígenas de Colombia. Unijus, Unibiblos, 1998.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. et al. *Proyecto ICBF de atención a la Familia Indígena.* Bogotá , 1997.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther y VÁSQUES, Miguel, *Manual para la Construcción de Entendimiento Intercultural*, Bogotá, 1994.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. *Antropología Jurídica. Normas formales: Costumbres legales en Colombia.* Bogotá, Editorial Anthropos, 1994.

SCHNEIDER, C., 'Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's (US Uniform Marriage and Divorce Act,1974) Best-Interest Standard', 89 *Michigan Law Review*, 1991. 2215-2298.

SOWELL Thomas, *Conflictos de visiones*, Editorial Gedisa, Buenos Aires, Argentina, 1990.

STEINER, H. Y Alston, P., *International Human Rigths in Context: Law, Politics, Morls*, Clarendon Press, Oxford, 1996

WOLF, J., 'The Concept of the <<Best Interest>> in Terms of the UN Convention on the Rigths of the Child'. En Freeman, M. Y Veerman, P., *The Ideologies of Children's Rigths*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1992, p. 125

EEKELAAR, J., The Emergence of children rigths. 6 Oxford Journal of Legal Studies 161. 1986

ESTHER SANCHEZ BOTERO
Autora del Libro

Antropóloga de la Universidad de los Andes, Diploma de Hermenéutica Jurídica de la Universidad del Rosario. Actualmente realiza tesis de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ámsterdam, Holanda.

Ha sido profesora de los Departamento de Antropología de las Universidades de los Andes, Nacional y Cauca. De las Facultades de Derecho de las Universidades de Los Andes, Nacional y el Rosario. En México, Ecuador, Argentina, Bolivia, Perú, Guatemala ha trabajado como Consultora y docente. Es Directora del Proyecto para la Construcción de Entendimiento Intercultural desde hace 25 años. La promoción de pruebas antropológicas para definir conflictos ha sido su tarea durante años, apoyando las decisiones de jueces y de magistrados. Ha sido Consultora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en varias ocasiones.

Ha publicado: Antropología Jurídica en Colombia: Normas Formales Costumbres Legales; Peritazgo Antropológico una forma de conocimiento; Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. Jurisdicción Especial Indígena. Autora de la Audioteca para el Programa ICBF de Atención a los Pueblos Indígenas de Colombia.

Es miembro graduado de ASHOKA organización mundial de innovadores sociales en el mundo y actualmente la presidenta de la Fundación para la Participación comunitaria PARCOMUN