

LA MEMORIA COMO DERECHO COLECTIVO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS

CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ*
UNIVERSIDAD LIBRE, COLOMBIA

Recibido el 28 de abril de 2012 y aprobado el 24 de agosto de 2012

RESUMEN

La memoria colectiva se cristaliza en el tiempo y el espacio. En el tiempo se presentan momentos que son ‘saliencias cognitivas’ para los integrantes de dicha colectividad. Estas hacen de punto de anclaje en el tiempo de existencia de la colectividad que trasciende el tiempo de existencia de los individuos que la componen. En el espacio la memoria colectiva se cristaliza en ‘puntos focales’ que son la iconografía, objetos, lugares y monumentos que señalan personajes y lugares que son referente material de la memoria colectiva. Estas dos expresiones de la memoria colectiva son dignas de análisis desde la perspectiva de los derechos colectivos, su daño y posibilidad de reparación.

PALABRAS CLAVE

memoria colectiva, política indígena, derecho colectivo, daño, análisis económico del Derecho

* Docente Investigador de la facultad de Derecho, de la Universidad Libre, el presente texto hace parte del proyecto patrocinado por la Universidad Libre. Facultad Derecho, Los Derechos Colectivos de los indígenas, “desde la perspectiva del daño y sus posibles formas de reparación”. Correo electrónico: carlosa.hernandezd@unilibrebog.edu.co.

MEMORY AS COLLECTIVE LAW IN THE INDIGENOUS PEOPLES

ABSTRACT

Collective memory is crystallized in time and space. In time there are moments which are ‘cognitive saliency’ for the members of such community. These become an anchor point in the time of existence of the individuals composing it. In space collective memory is crystallized in ‘focal points’ that are iconography, objects, places and monuments that show characters and places that are material referents of collective memory. These two expressions of collective memory are worthy of analysis from the perspective of collective rights, their harm and their ability for reparation.

KEY WORDS

collective memory, indigenous policy, collective rights, harm, economic analysis of Law

1.1. DERECHOS COLECTIVOS Y/O DIFUSOS: TRAZANDO LA LÍNEA

Los Estados¹ modernos se enfrentan a una dificultad endógena a sus fronteras y una tarea institucional correlativas². La dificultad, por un lado, es la diferenciación en su población y la configuración de facciones de dicha población. La tarea, por el otro, es el desarrollo de mecanismos de integración de dicha diferenciación a través de diseños institucionales que permitan la convivencia entre las configuraciones diferenciadas dentro de la totalidad de la población. Si a lo anterior le sumamos el hecho de que el sistema de las sociedades modernas se propagó a partir de Europa mediante la colonización, (PARSONS, 1987, p. 10)³ esto presenta una dificultad aún mayor puesto que plantea la integración de colectividades que se encontraban ya establecidas desde tiempos inmemoriales sobre el territorio en el que se configura el Estado.

¹ Para evitar un poco de fraseología, de aquí en adelante cuando nos refiramos a los Estados – Nación o sistema de las sociedades modernas se hará con el término Estado.

² Toda sociedad en su evolución o desarrollo se enfrenta a dos procesos de cambio: la diferenciación y la integración. Mayores niveles de diferenciación demandan mecanismos más eficientes y flexibles de integración (Etzioni & Etzioni, 1968). Por supuesto que las dificultades tanto exógenas como endógenas que los Estados tienen que enfrentar son múltiples y de diversos grados de dificultad. Para lo que aquí nos ocupa basta con señalar el fenómeno de diferenciación de la población y el proceso de integración de dicha diferenciación.

³ O bien como en el Japón, por medio de procesos en los que fue indispensable el modelo del occidente moderno

Varios han sido los mecanismos de “integración”⁴ de dichas comunidades indígenas⁵. En la actualidad hay un proceso en marcha de internacionalización de dicha integración por parte de organizaciones internacionales⁶.

Uno de los aspectos más difíciles y que más conflictos ha producido en el pasado, y de manera preponderante en la actualidad, es la relación entre el sistema de las sociedades modernas⁷ (PARSONS, 1987) y las comunidades que el integra⁸. La sociedad nacional en la ley internacional se entiende simplemente como la población permanente de un Estado determinado, que muy a menudo es multiétnica.

Existe una diferencia clara entre las comunidades y las sociedades nacionales entendida como ese colectivo integrado y agrupado dentro de las fronteras estatales.

Una comunidad en sentido sociológico está basada en la sangre, el parentesco, la localidad y un hábitat común (TÖNNIES, 1979). Ofrece fuertes valores positivos para los individuos que la integran. La sociedad nacional es una asociación coordinada por reglas e instituciones. Muchos la consideran una entidad ajena, impersonal y hostil. Por otra parte, es el marco para garantizar la igualdad y la no discriminación para todos los habitantes del Estado. Este planteamiento deja un aire nostálgico de tipo “todo tiempo pasado fue mejor” que deja implícito que la configuración de comunidades es anterior a la configuración de sociedades y que éstas reemplazan a aquellas (MOCKUS, 2006). Esta es una percepción equivocada puesto que comunidad y sociedad coexisten en un mismo tiempo y lugar (MOCKUS, 2006). La configuración estatal establece los criterios de jurisdicción y membresía para todos los que residen en un mismo territorio en un momento determinado y cumplen la función de coerción. La comunidad establece los vínculos afectivos y emocionales que cumplen la función de cohesión. Cuando dicha comunidad es tan basta como el Estado podemos decir que se trata de la comunidad nacional, de la nación en el tándem Estado – Nación⁹.

⁴ Algunos mecanismos se proponen todo menos la integración. Así, por ejemplo, la eliminación de las comunidades nativas ha sido un mecanismo prolijamente utilizado.

⁵ Señalamos indistintamente las poblaciones nativas con los términos colectividades o comunidades. La diferencia es solo de colectividades para dar un énfasis sociológico y comunidades para dar un énfasis político.

⁶ ONU, OEA, OIT, CDH, Corte IDH, entre otras cuyas contribuciones se señalarán más adelante en esta investigación. La oportunidad de dicha internacionalización del tratamiento por parte de los Estados de las comunidades indígenas se ha presentado gracias a que la configuración del orden mundial ha sufrido una transformación dramática a partir de la última década del siglo XX.

⁷ Por sistema de las sociedades modernas entiéndase Estado-Nación.

⁸ Comunidades étnicas, religiosas, indígenas, etc.

⁹ Lo frecuente es que bajo una misma jurisdicción y membresía se contemple más de una comunidad. Esta es la situación de la mayoría de los Estados modernos. Desde luego que lo contrario también es lógicamente posible. Pero empíricamente es muy difícil encontrar una comunidad que desborde las fronteras de un Estado y contemple más de uno de ellos. Quizá la excepción sea la Nación alemana que desborda al estado alemán e incluye poblaciones de Suiza, Francia y Países Bajos.

Según lo planteado, ante la tensión entre comunidades y sociedad que las integra, se presentan dos posibilidades: una es definir las fronteras del Estado para que se ajuste a las de la comunidad. En este caso, la comunidad étnica. Esta es la esencia del etnonacionalismo, con sus consecuencias negativas en términos de limpieza étnica, exclusividad y violaciones de los derechos humanos. La otra posibilidad consiste en transformar a la sociedad nacional en una comunidad en un nivel “más alto”, haciendo que los habitantes sientan que pertenecen a ella. Esta posibilidad tiene sus propios problemas planteados por una inadecuada asimilación¹⁰.

En los Estados de América Latina la diversidad étnica y la multiplicidad de pueblos indígenas que habitan sus territorios es muy grande. Por ejemplo, en Colombia viven 93 pueblos indígenas, que representan el 2% de la población total, distribuido en 200 municipios. Estas identidades étnicas reafirman día tras día la coexistencia de la cultura occidental con otros grupos culturales, y confirman los conceptos de diversidad y multiculturalismo dentro del territorio nacional (SÁNCHEZ, 2002: 22-24)¹¹.

Aunque es evidente la pluralidad de culturas, hay que reconocer que no ocurre lo mismo con el pluralismo con el cual se deben articular las distintas cosmovisiones. La diversidad no incluye *per se* una tolerancia activa. En este sentido, el autor Höffe Ofried señala: “...se ha de diferenciar entre una forma más floja y pasiva de tolerancia —el mero soportar a la persona distinta— y otra más fuerte, activa y creativa: la apertura frente a las *diferencias*, incluso *su libre reconocimiento*” (HÖFFE, 2000: 137), entre las diversas identidades culturales; para que surja tal tolerancia, es necesario que exista un reconocimiento del otro desde su propia concepción de dignidad humana y, a partir de ahí, probablemente se reconozcan sus propias instituciones.

Con tal diversidad, es claro, se está equivocado si se parte de la idea de que todas las culturas tienen una misma concepción de dignidad humana y más aún suponer que tales concepciones de vida están manifestadas y expresadas en los términos occidentales de los derechos humanos.

La construcción occidental de los derechos humanos y fundamentales, en su evolución histórica, propugna, entre otras concepciones, por la universalidad y la individualidad de los mismos. Esto implica, se asume, por una parte, una concepción individual de naturaleza humana que “...es esencialmente diferente de y superior al resto de la realidad” (DE SOUSA SANTOS, 2002, p. 67); y por otra, una concepción individualista por la cual los derechos humanos sólo son prerrogativas de los individuos y en consecuencia son los únicos titulares de estos derechos.

¹⁰ Esta es la situación a la que se enfrentan las sociedades modernas.

¹¹ En los datos relacionados con las comunidades negras (Fichar, Guerrero, & Otros, 2002, p. 82) (Castro Hinestroza, 2004, p. 375).

Esta concepción “universal” de los derechos humanos ha sido construida por y para el pensamiento occidental, convirtiéndose en referente para los países miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU), y ha excluido de esta manera otras manifestaciones de dignidad humana propias de diversas identidades culturales¹².

Esta concepción de los derechos humanos permea la doctrina occidental en la que, mayoritariamente, a éstos se les atribuye el carácter individual, estableciendo que sólo las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares de los mencionados derechos. Con ello se desconoce la existencia de derechos humanos colectivos en minorías étnicas, como los de las comunidades indígenas ancestrales, confirmando la regla están algunas excepciones en las que algunos doctrinantes de formación occidental han concebido como titulares de derechos fundamentales a las “colectividades no personalizadas”, “cuyos miembros están en consecuencia legitimados para actuar procesalmente en su defensa” (RUBIO LLORENTE, 1997: 10).

Contenidos de dignidad humana que no se encuentran inmersos dentro de la concepción occidental de derechos humanos deben custodiarse y protegerse a través del reconocimiento, este en el sentido del filósofo y sociólogo de la escuela crítica (HONNETH, 2007) de derechos fundamentales de la colectividad, para así lograr la permanencia de la propia cultura. El reconocimiento de las identidades culturales, incluyendo la memoria colectiva, de los pueblos indígenas está legitimado desde el surgimiento de éstas como colectividades en las que la existencia de apegos, valores y principios hace parte de la vida misma del pueblo como un todo y donde su vulneración atenta contra la integridad y existencia de dichos pueblos indígenas, Apego, en el sentido expresado por Raz: “Apropiarse de las cosas valiosas, para así dotar a nuestras vidas de significado” (RAZ, 2004: 25).

Concebir la existencia de los derechos colectivos fundamentales, en general, y el derecho a la memoria colectiva, en particular, de los pueblos indígenas permite identificarlos como sujetos colectivos, con el fin de reivindicar y proteger sus derechos, logrando con ello una articulación del diálogo intercultural que a lo sumo se encuentra de manera formal en el ‘papel’. Este es el caso de grupos étnicos ancestrales para los que su supervivencia implica, por sí misma, la existencia de derechos colectivos¹³ y en los que nos detendremos más adelante. Es importante señalar que no todos los grupos humanos por sí mismos cuentan con el reconocimiento de derechos colectivos fundamentales; es decir, no es ésta la condición para que sean reconocidos tales derechos (MONCAYO, 2004). Existe

¹² Como las musulmanas en Oriente, o las ancestrales en África y toda América y especialmente en América Latina y el Caribe.

¹³ Para los cuales los mencionados pueblos indígenas son sus titulares.

una diferencia entre los derechos fundamentales de identidades culturales¹⁴ y los derechos colectivos de otros colectivos de personas. En el primer caso los derechos fundamentales se predicen de la comunidad por ser una cultura *societal*, término acuñado por Kymlicka para una “cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente y se basan en una lengua compartida”. Estas culturas “no sólo comprenden memorias o valores compartidos, sino también instituciones y prácticas comunes” (Kymlicka, 2002: 122), donde admite y reconoce su diferencia frente a otros grupos, de modo que es la comunidad un sujeto de derecho; y en el segundo caso, éstos se predicen de sujetos individuales cuya sumatoria comparte unos mismos intereses difusos.

A este respecto la Corte Constitucional, en Sentencia T-380 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes...

Según lo dicho, podemos ver que los derechos colectivos, en relación con los pueblos indígenas, no encuentran, en la doctrina tradicional, mecanismos para hacerse efectivos. Tanto la definición como sujeto de derechos fundamentales de dichos pueblos, como la determinación del contenido de sus derechos colectivos aún se están construyendo.

La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales; ha dejado de ser una realidad fáctica y legal, para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma, que aparece dotada de singularidad propia, ha dicho la Corte Constitucional (MARIÑO, 2004: 66).

En sus artículos 1° y 7° la Constitución Política Colombiana consagra el principio de diversidad étnica y cultural, que obedece al reconocimiento de la

¹⁴ Como lo son los pueblos indígenas.

multiplicidad de formas de vida, pensamientos y sistemas de comprensión del mundo diverso de la cultura occidental. En sociedades constituidas según este tipo, se espera que se presente una interlegalidad¹⁵; la sociedad mayoritaria debe reconocer entonces la validez de los sistemas de derecho que coexisten dentro del mismo país.

Uno de los derechos fundamentales a los que tienen derecho las comunidades indígenas, que constituye el presupuesto para la existencia de los restantes, es el derecho fundamental a la vida, el cual plantea un diálogo intercultural en tanto cada cultura tiene una visión diversa del mundo¹⁶, de lo que constituye el derecho a la vida, y de la forma como este derecho debe ser garantizado. Se trata de construir el derecho a la vida desde diferentes culturas. Estas nuevas definiciones de vida deben abarcar concepciones de vida múltiple, no arraigadas a un cuerpo sino a un grupo, a una comunidad de personas que comparten una misma cosmovisión, una misma memoria y un mismo destino.

Irónicamente, los desarrollos más actuales de lo que se conoce como el planteamiento de la Seguridad Humana, que se desarrolla más adelante, y que propende por la protección del núcleo vital del *individuo* es la que vendría a dar apoyo a la noción de vida y su protección más allá de la existencia de organismos biológicos individuales.

Dentro de lo que se denomina derechos de tercera generación, tenemos los derechos de grupo, los intereses colectivos y los intereses difusos. En Colombia la ley que reglamenta las acciones populares es confusa. La Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la C.P, se expidió siete años después de la constituyente de 1991. Por un lado, los artículos pertinentes, en este caso el art. 88, son de textura abierta, lo cual significa que hacen afirmaciones cuyo contenido no está definido por el texto mismo, con lo que permiten diversas interpretaciones; además no deja claro qué son los derechos colectivos; y si las acciones populares tutelan los derechos e intereses difusos y las acciones de grupo los colectivos o viceversa, dado que la Constitución y la ley hablan de derechos e intereses colectivos y difusos, pero la doctrina y jurisprudencia se han encargado de desarrollar el término de derechos e intereses colectivos (CHAUSTRE, 2009: 19).

Según Gutiérrez de Cabiedes estas acciones hacen referencia en general a una categoría amplia de derechos colectivos que se señalan como supraindividuales y que incluyen las subcategorías de los colectivos propiamente dichos y los difusos (GUTIÉRREZ DE CABIEDES & DE CABIEDES, 1999). Las acciones populares tutelan los derechos e intereses difusos, mientras que las de grupo los colectivos. Las primeras se ejercen para evitar el daño contingente, hacen cesar el peligro, la amenaza,

¹⁵ Es decir, que los conjuntos de derechos se entretrejan.

¹⁶ En consecuencia todas igualmente válidas por principio.

la vulneración o agravio sobre los derechos en cuestión, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, es decir, no dan lugar a una indemnización a un particular o a determinado sujeto. Las segundas, exclusivamente para obtener el reconocimiento y el pago de la indemnización de los perjuicios causados a una colectividad determinada (CHAUSTRE, 2009, p. 20).

Chaustre señala la idea implícita de lo ‘difuso’ del límite y la dificultad para trazar una línea precisa entre los derechos difusos y los derechos colectivos. Sin embargo, esto se da a nivel empírico. A nivel analítico puede trazarse una línea con el suficiente nivel de precisión sobre los derechos colectivos y los derechos difusos. Para lo que aquí concierne basta establecer el siguiente criterio referido al causante del daño para trazar la línea entre los derechos colectivos y los derechos difusos: el daño sobre los derechos colectivos es aquel que afectan a una colectividad, de la cual el causante del daño no forma parte. El daño sobre los derechos difusos, son aquellos que afectan a una colectividad de la cual el causante del daño forma parte¹⁷. Implícitamente queda señalado que el análisis que se realiza aquí sobre la posibilidad del derecho a la memoria colectiva de los pueblos indígenas es un análisis sobre un derecho colectivo¹⁸.

Con lo anterior es importante señalar que según la reparación diferencial el daño a la colectividad puede ser reparado de manera colectiva o difusa, y no, por ejemplo, indemnizando a un solo individuo en particular, por el daño causado a decenas, cientos o miles de individuos en menor o mayor magnitud.

1.1.1. El papel del derecho en el sistema social: el sistema jurídico como subsistema de la sociedad

A partir de pensadores liberales como David Hume, Adam Smith, John Locke, Immanuel Kant, etc., la defensa del individuo se basa en la idea del derecho subjetivo, y la correspondiente realización del derecho objetivo enfocado en casos particulares donde el individuo es el centro (CHAUSTRE, 2009, pp. 15-16).

En el desempeño de las funciones de integración social, a nivel de la sociedad en general, el derecho moderno viene a llenar los huecos funcionales de órdenes sociales que en sus operaciones de integración social se ven sometidos a exigencias que no pueden cumplir. Los órdenes sociales aludidos por Habermas son, en breve, el económico, el político, el cultural y el social (Habermas, 1998). En la dimensión de la validez de este derecho se intensifica aquella tensión entre ‘facticidad y validez’. En medio de esta tensión el derecho tiene que mantener su fuerte

¹⁷ A manera de ilustración, el daño sobre el medio ambiente es un daño sobre un derecho difuso. El daño sobre la memoria de una colectividad es un daño sobre un derecho colectivo.

¹⁸ El caso lógico y empíricamente posible en el que el causante del daño a la memoria colectiva forme parte de la comunidad que es dañada no se toma en cuenta en el presente análisis.

pretensión que ni siquiera el subsistema regulado a través del dinero¹⁹ (PARSONS & SMELSER, 2003), y el subsistema regulado por el poder administrativo²⁰ pueden sustraerse por entero a una «integración social»²¹, mediada a través de la conciencia social global (Habermas, 1998, p. 105)²².

En el caso colombiano la Corte Constitucional en la Sentencia T-437 de 1992, se ha expresado certeramente con respecto a este punto: “La concepción jurídica de los derechos ha tenido por siglos su centro de gravedad en la idea de derecho subjetivo, esto es, en una facultad o prerrogativa otorgada por el derecho y que responde a la naturaleza misma del hombre. Una de las implicaciones más complejas de las nuevas relaciones impuestas por el Estado Social de Derecho, tiene que ver con el surgimiento de otro tipo de derechos construidos bajo categorías diferentes a la de los derechos subjetivos. Estos nuevos derechos son el resultado del surgimiento de nuevas condiciones sociales y económicas que afectan gravemente la vida de los ciudadanos y el goce de sus derechos, para las cuales los mecanismos jurídicos clásicos de protección de derechos resultan insuficientes”.

La Constitución de 1991 ha desarrollado nuevas herramientas jurídicas incorporándolas con el nombre de *acciones populares y de grupo*, y con ello, se les dio un rango constitucional²³. El precepto constitucional del artículo 88 buscó ampliar el campo propio de esta clase de acciones como “un paso fundamental en el desarrollo de un nuevo derecho solidario, que responda a nuevos fenómenos de la sociedad como es el daño ambiental, los perjuicios de los consumidores y usuarios, los peligros a que se ven sometidas las comunidades en su integridad física y patrimonial, los daños que se le causan a las mismas por el ejercicio abusivo de la libertad económica, sin consideración a conductas comerciales leales y justas”, estas nuevas herramientas se las consideró como lo dijo la misma Corte Constitucional en la Sentencia T-437 de 1992 “remedios colectivos frente a los agravios y perjuicios públicos”, en distintas esferas.

¹⁹ El subsistema económico en el esquema AGIL desarrollado por Parsons y Smelser.

²⁰ El subsistema político en el esquema AGIL.

²¹ El subsistema social en el esquema AGIL.

²² Es así que frente al escepticismo que, en lo tocante al lado normativo del derecho, parece difundirse en las ciencias sociales, las teorías filosóficas de la justicia subrayan decididamente el contenido moral de las instituciones jurídicas modernas.

²³ Las acciones populares no son nuevas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues están plasmadas algunas de ellas desde el Código Civil, en defensa de los bienes y lugares de uso público, la seguridad de los transeúntes, el interés de la comunidad frente a obras nuevas que amenacen causar daño, o ante el perjuicio contingente que pueda derivarse de delito, imprudencia o negligencia de cualquier persona y que pongan en peligro a personas indeterminadas. Artículos 1005, 1006, 1007, 2358, 2359, 2360 del C.C., entre otros.

I.1.2. La memoria colectiva en la conciencia contemporánea: el derecho a la memoria colectiva

Partiendo de la concepción según la cual la sociedad es más que la suma de individuos que la componen y atendiendo al desarrollo moderno del derecho constitucional, que propende por cubrir los ámbitos de la vida en sociedad que no se encontraban cubiertos por el derecho centrado en casos particulares, teniendo como centro el individuo, es necesario abordar los derechos de tercera generación y captar el tratamiento positivo que se les ha otorgado²⁴. El derecho a la memoria colectiva como derecho colectivo y difuso²⁵ es quizá el derecho más indivisible y el más difícil de reparar por el hecho de que nuestra Corte Constitucional en la Sentencia T-437 de 1992 señaló "...la concepción jurídica de los derechos ha tenido por siglos su centro de gravedad en la idea de derecho subjetivo, esto es, en una facultad o prerrogativa [...] que responde a la naturaleza misma del hombre. Una de las implicaciones más complejas de las nuevas relaciones impuestas por el Estado Social de Derecho, tiene que ver con el surgimiento de otros tipos de derechos construidos bajo categorías diferentes a las de los derechos subjetivos".

En el caso colombiano la Constitución Política de 1991 incorporó nuevas herramientas jurídicas para cubrir áreas descubiertas por el derecho de ámbito individual. Las *acciones populares y de grupo* se ocupan de los derechos colectivos²⁶. El precepto constitucional del artículo 88 amplía el campo de este tipo de acciones como "un paso fundamental en el desarrollo de un nuevo derecho solidario, que responda a nuevos fenómenos de la sociedad..." se las considera como "remedios colectivos frente a los agravios y perjuicios públicos", en distintos ámbitos de la vida en sociedad.

I.2. La memoria colectiva: un fenómeno supraindividual

Sin embargo, estos instrumentos acarrear ciertos problemas e inconvenientes sobre aquello que se pretende proteger. Dentro de los denominados derechos de tercera generación nos encontramos con los derechos colectivos y los derechos difusos. Dentro de los derechos colectivos y difusos es posible plantear el derecho a la memoria colectiva.

²⁴ La posibilidad del derecho a la memoria colectiva se mueve entre los derechos de segunda y tercera generación. Los derechos culturales son condición para el libre desarrollo de la personalidad y la libertad en el desarrollo de la personalidad es la condición para la producción de cultura autónoma.

²⁵ La memoria colectiva puede ser un derecho tanto colectivo, como difuso. Sin embargo la memoria colectiva de las comunidades indígenas es colectiva y no difusa por la precisión conceptual desarrollada más adelante.

²⁶ Es evidente que "...las acciones populares no son nuevas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues están plasmadas algunas de ellas desde el Código Civil" el hecho es que se les otorgó un rango constitucional. Artículos 1005, 1006, 1007, 2359, 2360 del Código Civil por mencionar algunos.

La memoria es un proceso y un fenómeno colectivo que al igual que la existencia de un lenguaje y un significado a los miembros de un grupo hace que éstos puedan volver a su pasado de manera colectiva. Es decir, dotado de un sentido compartido de los eventos que los han constituido como una entidad diferenciada de otras. La memoria colectiva es múltiple y se transforma a medida que es actualizada por los grupos que participan en ella en el tiempo y el espacio. El pasado nunca es el mismo pero es colectivo (HALBWACHS, 2004).

Se presenta, de esta manera, la necesidad de argumentar la naturaleza social de los procesos que permiten reconocerse como tales a colectividades e individuos. Es así que el mantenimiento de la memoria y su eventual recuperación²⁷ deviene en el mantenimiento de las estrategias que permiten a una colectividad²⁸ tener conocimiento de sí mismo, lo que permite una solución de continuidad e identidad frente al tiempo y al pasado (HALBWACHS, 2004).

La memoria colectiva es el proceso social de reconstrucción del pasado vivido y experimentado por determinado grupo, colectividad, comunidad o sociedad. Este pasado vivido es distinto a la historia, la cual se refiere más bien a la serie de fechas y eventos registrados, como datos y como hechos, independientemente de si éstos han sido sentidos y experimentados por alguien. Mientras que la historia pretende dar cuenta de las transformaciones de la colectividad, la memoria colectiva se orienta a dar permanencia en el tiempo y homogeneidad de la vida, como un intento por evidenciar que el pasado permanece, que nada ha cambiado dentro de la colectividad y, con ello, junto con el pasado, la identidad de ese grupo también permanece, así como sus proyectos (ZERUVABEL, 2003).

Las colectividades tienen la necesidad de reconstruir permanentemente sus recuerdos a través de sus conversaciones, contactos, rememoraciones, efemérides, usos y costumbres; conservación de sus utensilios, objetos y pertenencias; y la permanencia en los lugares en donde se ha desarrollado su existencia como colectividad, porque la memoria es la única que da cuenta de que el grupo sigue siendo el mismo en medio de la dinámica social (MONTROYA, 2010).

I.3. El derecho a la memoria colectiva: ejemplo paradigmático de derecho colectivo

La controversia sobre las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹ referidas a la restitución de derechos colectivos de las comunidades indígenas ofrece una oportunidad propicia para tender puentes entre las perspectivas de economistas, juristas y sociólogos sobre el papel

²⁷ La búsqueda de la memoria colectiva deja implícito una pérdida que puede darse por robo o descuido.

²⁸ Llámese sociedad, comunidad, grupo, nación.

²⁹ De aquí en adelante Corte IDH.

que debe jugar el derecho en general, y la justicia constitucional en particular, en la definición y ejecución de las políticas sobre diversidad cultural y étnica en un Estado Social de Derecho y en una sociedad bajo régimen democrático (KALMANOVITZ, 1999).

Es socorrido el análisis desde el *Law and Economic* que se ha hecho de las decisiones de los jueces para evidenciar la fallas en cuanto a racionalidad en dichas decisiones. En este caso el Análisis Económico del Derecho permite evidenciar que las decisiones de los jueces no se distancian del principio de racionalidad más de lo que puede distanciarse las decisiones en otros ámbitos como el económico o el político. La limitación de la racionalidad no tiene que ver con que sea juez o economista. La limitación de la racionalidad tiene que ver con la circunstancia de que son los seres humanos los que toman decisiones³⁰.

En un sistema social que contempla sólo bienes divisibles sin externalidades, los actores son interdependientes de una sola manera: en su intercambio de bienes. Dado que cada bien es totalmente divisible y consumible de forma individual, no hay posibilidad de conflicto, y la única fuente de desacuerdo son los términos del intercambio (COASE, 1994: 121 - ss; POSNER, 2007)³¹. Si no están de acuerdo en los términos, no hay resultados conflictivos, cada actor simplemente mantiene el control de los bienes con los que inició. Por otra parte, si el mercado está muy desarrollado, hay espacio para que la negociación continúe, ya que los términos de intercambio son los mismos para todas las operaciones³². En el caso de un bien para el cual los derechos no se pueden repartir, el resultando del ejercicio de los derechos de un actor tiene consecuencias sólo para sí mismo. Estos hechos a veces generan normas que promueven o inhiben la adopción de medidas por el titular de los derechos, algunas veces generan conflictos, y en ocasiones dan lugar a decisiones colectivas, donde los derechos para tener control sobre el bien se han repartido entre los actores interesados (COLEMAN, 1990). Sin embargo, cuando no hay manera de definir los casos de tal forma que un caso tenga consecuencias para un único actor, el modo de interacción social que se plantea es fundamentalmente diferente de los procesos de intercambio de bienes divisibles³³. Desde que más de un actor puede tener intereses en el bien, más de uno intentará tener el control del mismo. El camino está pavimentado de los procesos característicos de los sistemas

³⁰ El problema no es que la información sea incompleta o de mala calidad. El problema es lo limitado de la capacidad de procesamiento de información por parte del cerebro humano.

³¹ Coase argumentó que la atribución legal de los derechos no importa para el resultado social. Posner sostiene que una tarea importante de la ley es proporcionar una asignación de los derechos que conduzca a un resultado social eficiente. Un resultado indirecto del análisis realizado en esta investigación es mostrar que el desacuerdo de estas posiciones es aparente. Un resultado directo, como se verá, es la relación entre el Teorema de Coase y el Principio de Proporcionalidad.

³² Esto no implica que dicho sistema será plenamente satisfactorio para todos los actores. Debido a que cada actor es capaz de satisfacer sus necesidades sólo hasta el límite de los recursos con que comienza, si los diferentes actores comienzan con diferentes recursos, sus posibilidades de consumo serán diferentes.

³³ Bienes consumidos individualmente.

sociales y políticos que van más allá del intercambio: decisiones colectivas, coacción y conflicto.

En la medida en que la visibilidad del ejercicio de derechos sobre un bien³⁴ incrementa en la sociedad, las externalidades inducidas por éste van en aumento, y por lo tanto también es potencial de conflicto. Esto es lo que lleva a que el bienestar de unos actores³⁵ dependa de los intereses de otros. Es el caso de dos actores que pueden tener intereses sobre un mismo bien, aunque el interés no es el mismo y son intereses excluyentes. Solo a manera de ejemplo, sobre un determinado territorio pueden coexistir diferentes intereses. Si se es el integrante de una comunidad indígena que se encuentra sentado sobre dicho territorio desde tiempo inmemorial o si se es el administrador de los intereses de una empresa multinacional exploradora y explotadora de yacimientos de petróleo donde quiera que se encuentren en el globo. Esta situación de tensión entre diversos intereses sobre un mismo ‘objeto’ se presenta cuando los derechos de propiedad no están bien definidos, los recursos no son aprovechados eficazmente; como los recursos naturales y del medio ambiente, por ejemplo, que no son bien administrados porque los derechos sobre su uso no han sido precisados.

Esta falata de precisión de los derechos de propiedad o difusividad de los derechos es lo que lleva al conflicto³⁶. Como fenómeno contradictorio de destrucción y de construcción simultáneas, el conflicto es causa y expresión de las más diversas transformaciones de la historia. La naturaleza ambigua del conflicto significa que éste es a la vez cohesivo y solvente, simultáneamente integra y hace explotar las relaciones sociales. Y HIRSCHMAN (1995) cita las terribles frases, contradictorias como expresiones análogas a ‘apacibles tempestades’, pronunciadas por Helderin *But where is danger / salvation also grows*” y de Nietzsche “*That which does not destroy me makes me stronger*”.

El conflicto se puede considerar como una especie de estado intermedio o “zona templada” entre el ardor de la guerra y la frialdad de la perfecta armonía. Cuando el conflicto degenera en guerra, es porque los actores sociales han llegado a tal grado de independencia, autarquía y antipatía que unos sujetos podrían vivir sin sus antagonistas. La guerra se soluciona con el exterminio de alguno de los opositores. Cuando, en el otro extremo, hay perfecta armonía, coordinación y cooperación sin fricciones ni roces, no hay razón alguna siquiera para estudiar asuntos como la economía o la justicia. Pero el conflicto es una mixtura de odio y amor, de empatía y antipatía, de dependencia y de guerra. En una situación de conflicto se utilizan estrategias como “guerra limitada” o amenazas encaminadas a, por medio de disuasión, causar cambios en las elecciones o preferencias del adversario, pero evitando llegar a la guerra que significaría la exterminación

³⁴ Como ya se señaló: derechos de propiedad, de explotación, de uso, de transferencia, etc.

³⁵ Individuales o colectivos.

³⁶ Siendo este último uno de los conceptos que menos se presta a estar encasillado en definiciones fijas, inmutables y unidimensionales. Seguramente por estar emparentado con otros conceptos como contradicción, transformación y lucha es más susceptible a definiciones condicionales sujetas a la contingencia, al devenir y a la multidimensionalidad.

mutua. Dada la mutua dependencia de los actores rivales, sería un absurdo que una parte buscase aniquilar o desaparecer a su oponente (SCHELLING, 1990)³⁷.

Pese a la naturaleza ambigua de los conflictos, en aras de distinguir entre aquellos que tienden a disolver la sociedad y aquellos que contribuyen a su integración, HIRSCHMAN (1995) ha propuesto clasificar el conflicto en términos de indivisible y divisible. Los conflictos indivisibles implican exclusión (*either - or*), haciendo alusión a características o valores (*values*) de las sociedades, colectividades e incluso individuos, a los cuales no se puede renunciar, como, por ejemplo, tradiciones de carácter étnico, lingüístico o religioso. En cambio los conflictos divisibles implican inclusión (*both - on*), haciendo alusión a preferencias de carácter económico o gustos (*tastes*) de las sociedades, colectivos e individuos, las cuales son negociables y divisibles, en el sentido de que se pueden aceptar o rechazar parcialmente en aras de convivir. Y los conflictos divisibles son los pilares de las modernas democracias pues, justamente, fenómenos como la inequidad, las crisis, las asimetrías de información y la demanda por mayores derechos individuales, constituyen clamores por acciones correctivas en el sentido de incluir o dar participación a quienes estaban excluidos (HIRSCHMAN, 1995).

Esta situación aplica para las externalidades impuestas a otros en el contexto de la compra y venta de derechos, es decir, en un contexto económico. Del mismo modo, en un contexto social la cuestión es si, o no, las partes agraviadas podrán impedir la acción de coordinación³⁸. Si no existe una norma, el derecho de actuar se lleva a cabo por el actor objetivo. Para evitar la acción de coordinación en este caso, las partes agraviadas deben apelar a un derecho de mejor naturaleza que el actor objetivo u ofrecer algún incentivo para que detengan las acciones de coordinación o generadoras de externalidades.

Sin embargo, sí existe una norma, el actor de destino debe, en efecto utilizar sus recursos para comprar el derecho de llevar a cabo una acción de coordinación, si tiene recursos suficientes para hacerlo. Por lo general, antes de la existencia de una norma, el actor que impone las externalidades puede ser considerado como tenedor de un derecho *de facto* para llevar a cabo la acción de coordinación, por lo que los agraviados deben utilizar los recursos para comprar el derecho de limitar la acción. Como se puede apreciar se está describiendo la colisión de derechos que son atribuidos o asignados a diferentes actores como la colisión que se aprecia en los intereses de las comunidades indígenas por sus territorios y los intereses que tienen otros actores³⁹ sobre los mismos territorios. El esquema del Análisis Económico del Derecho encaja de forma precisa. Se tiene un bien que es objeto de diferentes intereses y sobre el cual se argumenta apoyados en diferentes derechos.

³⁷ Elección interdependiente.

³⁸ Es decir, las acciones necesarias para llevar a cabo la acción que produce la externalidad.

³⁹ Se puede hacer referencia a dichos actores como aquellos que albergan intereses occidentales de productividad y eficiencia en la explotación de recursos naturales.

Si se introducen acciones con consecuencias indivisibles en el sistema formal de acción como en el caso en que un actor⁴⁰ impone externalidades a una colectividad es posible examinar las condiciones en que los otros pueden evitar la acción: en el contexto económico mediante la compra o mantenimiento de los derechos a la acción o por la obtención de una reasignación legal de los derechos de la clase de acciones; en el contexto social, por medio de la oferta de incentivos de no llevar a cabo la acción o mediante la obtención de un consenso que reasigna los derechos mediante la creación de una norma contra la realización de la acción. De otra parte el Estado y sus tribunales pueden convertir una conducta en un ilícito civil, si es definido y da contenido a los derechos de las personas otorgándoles un mecanismo para protegerlos y asegurarles una compensación si sus derechos son infringidos.

Como se verá con más detalle más adelante, el introducir el marco de análisis económico del derecho nos permite apreciar de manera desprendida los posibles efectos del traslape de diferentes intereses sobre un mismo objeto que en este caso es el territorio sobre el cual se encuentran asentados los pueblos indígenas desde tiempo inmemoriales. Por lo pronto podemos ver que Coase le dice a los hombres de derecho que “si las transacciones de mercado son no costosas, todo lo que importa⁴¹ es que los derechos de las partes deben estar bien definidos y los resultados de las acciones legales deben ser fáciles de predecir.

Pero (...) la situación es muy diferente si las transacciones de mercado son tan costosas que hacen muy difícil modificar el ordenamiento de derechos establecido por la ley. En tales casos, las Cortes influyen directamente en la actividad económica. Sería, por lo tanto, deseable que las Cortes entendieran las consecuencias económicas de sus decisiones y las tomaran en cuenta, en la medida que ello fuese posible, sin crear demasiada incertidumbre sobre la situación jurídica, al fallar sus decisiones” (COASE, 1994).

A los economistas Coase les dice que “sería claramente deseable que las únicas acciones que se emprendiesen fueren aquellas en las cuales lo ganado tuviese un mayor valor que lo perdido. Pero, al elegir entre ordenamientos sociales alternativos en cuyo contexto se toman las decisiones individuales, debemos tener en cuenta que un cambio en el sistema existente, que llevará a un mejoramiento en algunas decisiones, bien puede conducir a un empeoramiento en otras. Más aún, debemos tomar en cuenta los costos asociados a operar los distintos ordenamientos sociales⁴², como los costos de movernos a un nuevo sistema. Al diseñar y elegir entre ordenamientos sociales debemos considerar los efectos totales” (COASE, 1994).

⁴⁰ Individual, colectivo, corporativo.

⁴¹ Dejando de lado cuestiones de equidad.

⁴² Ya sea que se trate del mercado o de un departamento de gobierno.

Los fallos proferidos por la Corte Internacional de Derechos Humanos son un estándar internacional que tiene consecuencias jurídicas para la responsabilidad estatal. Sus decisiones buscan la prevalencia de la dignidad humana a partir de la conexidad de un derecho violado y la obligación de respetarlo, donde solo basta con que exista un incumplimiento en alguna de las obligaciones del Estado (CUERVO, 2006, pp. 117-146). Se evidencian los siguientes casos en el tema de los pueblos indígenas: Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Sawhoyamaya vs Paraguay* 2006; Caso *Yakye Axa vs Paraguay* 2005; Caso *Moiwana vs Surinam* 2005; Caso *Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, reparaciones* 2004; Caso *Comunidad Ma-yagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua* 2001; Caso *Aloeboetoe y otros vs Surinam, reparaciones* 1993. Estos fallos junto con los de la Corte Constitucional Colombiana referidos a la jurisdicción especial indígena son el corpus de material sobre el cual se volcará al análisis propuesto.

BIBLIOGRAFÍA

- COASE, R. (1994). *La empresa el mercado y la ley*. España: Alianza.
- COLEMAN, J. (1990). *Foundations of social theory*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- CHAUSTRE, P. (2009). *Daño en la colectividad: derechos e intereses difusos y colectivos de las acciones populares y de grupo*. Bogotá: Nueva Jurídica
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. & HIDALGO DE CABIEDES. (1999). *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Aranzandi
- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta
- HALBWACHS, M. (2004). *Los marcos sociales de la memoria*. Madrid: Anthropos.
- HIRSCHMAN, A. (1995). *Las pasiones y los intereses*. Fondo de Cultura Económica.
- HÖFFE, Otfried. (2000). *Derecho intercultural*. Barcelona: Gedisa.
- HONNETH, A. (2007). *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires y Madrid: Katz Barpal Editores.
- KALMANOVITZ, S. (1999). *Los Efectos Económicos de la Corte Constitucional*. Banco de la República.
- KYMLICKA, Will. (2002). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- MARIÑO Menéndez, Fernando y MARTÍNEZ, Oliva. (2004). *Avances en la*

protección de los derechos de los pueblos indígenas. Madrid: Dykinson

MOCKUS Antanas, ELSTER Jon, GARNICA Nelson, GUTIÉRREZ SANÍN Francisco, KALMANOVITZ Salomón, CANTE Fredy. (2006). *Acción colectiva, racionalidad y compromisos previos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

MONTOYA, J. (2010). *Paroxismos de las identidades, amnesias de las memorias*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia.

PARSONS, T., & SMELSER, N. (2003). *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

PARSONS, Talcott. (1987). *El sistema de las sociedades modernas*. México: Trillas,

POSNER, R. (2007). *El análisis económico del derecho*. 2ed. México: Fondo de Cultura Económica.

RAZ, Joseph. (2004). *Valor Respeto y Apego*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

RUBIO LLORENTE, Francisco. (1997). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SÁNCHEZ B., Esther, (2002), *La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural*, Protección a niños, niñas y jóvenes indígenas. Tomo I. Bogotá: Ed. Quebecor.

SCHELLING, T. C. (1990). *La estrategia del conflicto*. Fondo de Cultura Económica.

TÖNNIES, Ferdinand. (1979). *Comunidad y Asociación*. El comunismo y el socialismo como formas de vida social. Barcelona: Península.

ZERUVABEL, E. (2003). *Time Maps: Collective Memory and the Social Shape of the Past*. United States of America. The University of Chicago Press.

Revistas

Cuervo, J. (2006). *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. *Pensamiento jurídico*, 17, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. pp. 117-146.

DE SOUSA Santos, Boaventura (2002), “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, N° 28, Bogotá, ILSA, traducción de Libardo José Ariza.

MONCAYO ALBORNOZ Ana Lucia. (2004) “Hacia el reconocimiento de derechos fundamentales colectivos en identidades culturales. *De La Cátedra De Investigación Científica*. Bogotá. Universidad Externado De Colombia v.1 fasc. 1 p.91 – 122.

Leyes

Colombia. Congreso de la Republica. La Ley 472 de 1998.

Jurisprudencia

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

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-437 de 1992 M. P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo.