

la participación en clínica jurídica como experiencia investigativa y práctica - la protección de las comunidades indígenas por el derecho internacional*

*Sebastián Hurtado Correa***

Resumen

Las clínicas jurídicas poco a poco han sido adaptadas en las facultades de derecho como grupos de investigación y práctica donde los estudiantes pueden mejorar tanto sus capacidades investigativas como prácticas, en el manejo de casos reales o simulados; en este último la Universidad Pontificia Bolivariana con su Clínica jurídica se enfocó en un momento dado en la participación práctica en el concurso Iberoamericano de derechos Humanos Francisco Suárez S.J, donde los estudiantes realizaron una investigación profunda del tema y practicaron sus capacidades orales, defendiendo a un Estado hipotético en una reclamación de varias comunidades que se consideran a sí mismas como ancestrales frente a la construcción de una represa.

Palabras clave: Indígenas, Consulta Previa, Práctica, Investigación, Simulación.

* Ponencia presentada en el Encuentro Regional de Consultorios Jurídicos y sus Centros de Conciliación de Antioquia en mayo de 2016.

** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, practicante del Consultorio Jurídico Pio XII.

Legal clinic participation as a research and practical experience - indigenous community protection by the international right.

Abstract

Legal clinics have gradually been adapted into law schools as research and practice groups where students can improve both their investigative and practical skills in handling real or simulated cases; in this last one the Pontifical University Bolivarian with its Legal Clinic focused at a certain moment in the practical participation in the Ibero-American contest of human rights Francisco Suárez SJ, where the students realized a deep investigation of the subject and they practiced their oral capacities, defending to a hypothetical state in a claim of several communities that consider themselves as ancestral against the construction of a dam.

Keywords: Indigenous, Previous Consultation, Practice, Research, Simulation.

Introducción

A partir del trabajo en la Clínica jurídica, en su línea de litigio estratégico, tuve la oportunidad en el año 2012 de participar en el concurso Iberoamericano de Derechos Humanos Francisco Suárez S.J, una oportunidad en la que los estudiantes podemos efectivamente practicar habilidades esenciales para el ejercicio profesional, participación que nos dejó a los estudiantes, una labor de investigación amplia y una prueba de fuego de nuestras capacidades en ese momento frente a otros estudiantes.

El concurso trató el tema de las poblaciones ancestrales y sus derechos sobre el territorio que históricamente han habitado (muchos incluso antes de la llegada de Cristóbal Colón), lo que nos llevó a investigar no solo aspectos históricos, sino también legales dentro del marco del sistema interamericano de derechos humanos, y a generar conocimiento dentro del grupo de estudiantes que participaron y en todo el grupo de trabajo como profesores y otros alumnos.

1. Investigación

Al Estado moderno se le presenta una gran problemática, el manejo que política, jurídica y socialmente se le debe dar a los grupos indígenas; históricamente tanto en el territorio que actualmente corresponde a la República de Colombia como en el resto del hemisferio americano y en otros espacios del mundo, estas comunidades han sido objeto de rechazo, falta de garantías, políticas de corte paternalista, etc., pero en pocos momentos han sido tratados como iguales, como sujetos de plena capacidad para decidir sobre su estilo de vida. Los gobiernos han comenzado a comprometerse a cambiar estas políticas históricas, enfocando proyectos, leyes y políticas públicas a la protección cultural y social, pero ya enfocada en una visión multicultural, caso claro se obtiene al comparar el sistema jurídico colombiano en dos casos concretos, la primera es la ley

89 de 1890 que se refiere a ellos como salvajes, en contraposición a la constitución política colombiana de 1991 que en ninguna parte utiliza esos términos. (Ortega, 2012).

Primero debe delimitarse que se considere como un grupo indígena, esto solo es claro a partir del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece que es un grupo indígena aquel que es o descende de los grupos poblacionales nativos antes de la conquista, tiene una sensación de diferencia social y cultural con el resto de la población del territorio nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias normas.

Aunque en el fondo histórico las primeras normas protectoras de los derechos indígenas fueron expedidas por la reina Isabel de Castilla, durante la época de la conquista a partir de los “estudios” de las universidades castellanas y aragonesas (principalmente en Salamanca) se determinó que los individuos indígenas eran seres humanos con alma, por lo que era una obligación de los pueblos europeos “rescatar y educar” a dichos individuos para su salvación en sentido cristiano, noción que llevó a la creación de las figuras de la encomienda y la mitad, que en el papel presentaban a los conquistadores y colonizadores como “hermanos mayores” protectores, pero que en la práctica fueron mecanismos casi esclavistas y denigrantes de la condición de humanos de los indígenas. (Cerón Reyes, 2014).

Luego de las guerras de independencia el primer antecedente claro de una ley de protección en el territorio de la República de Colombia es la ley 89 de 1890 cuyo objeto fue: “Determinar la manera cómo deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, de solo su título se puede observar que se expidió desde una visión etnocentrista, donde se presenta la “superioridad” de la cultura predominante en el país sobre la de sus pobladores originales. Ahora bien, esta ley reguló por primera vez la separación de las

normas indígenas de las de la República, intentó proteger la propiedad indígena asimilando estas poblaciones a menores de edad con lo que requerían de un representante legal, quien debía velar por sus derechos e intereses.

A partir de la mencionada ley, ha sido mucha la tinta utilizada en las diferentes normas jurídicas nacionales (desde 1890 se han expedido 34 normas de nivel legal) que han buscado o proteger directamente o reglamentar un trato especial a las comunidades indígenas a partir de las teorías de la discriminación positiva, donde debe tratarse al igual como igual y al desigual como desigual, siendo estas comunidades históricamente vulnerables no se les puede tratar bajo las mismas condiciones jurídicas.

Pero estas normas siempre se quedaron cortas, la situación política y social del país en esta materia no consiguió herramientas jurídicas que se adaptarán a las condiciones cambiantes y nuevas teorías en materia indígena y ancestral, fue el derecho internacional quien comenzó al final de la Segunda Guerra Mundial a generar declaraciones, tratados y otros instrumentos que buscaron directa o indirectamente positivizar los valores ya expresados en documentos como la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano o la declaración del buen pueblo de Virginia, surgidos durante la época de las grandes revoluciones liberales que crearon las bases deontológicas y morales de Occidente (Unidas, Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, s.f.).

La declaración universal de los derechos humanos de 1945 ha sido la obra principal del derecho internacional, que en su artículo 1 declara que “ Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia”, es decir, que todos somos iguales, sin importar nuestro origen, esto suena muy lógico en el presente, pero fue un concepto que radicalmente cambió la mente de la humanidad, ya nadie tiene razones para colocarse en una posición cultural superior o inferior frente a otro.

Si se analiza el aspecto netamente político del año 1945 se puede observar que la declaración no buscaba proteger a los indígenas directamente, busco crear un marco seguro para las relaciones humanas y evitar que tragedias como las sucedidas en la guerra se repitieran (Organización de las Naciones Unidas), pero su espíritu igualitario permeó a todo el globo, a todos los Estados y a sus minorías internas, quienes observaron en esta la primera aceptación legal de igualdad, la primera piedra del arduo camino cuyo final es la igualdad jurídica y material de todas las formas de culturas y cosmogonías que conviven en un territorio.

Pero aunque el artículo 1º que se acaba de analizar invoca una igualdad entre todos los seres humanos por el hecho de serlo y con ello se construyen miles de teorías y leyes que buscan dicha igualdad, la declaración no se quedó allí y en el artículo 7º consagra que “ Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”, esta disposición elaboró la idea de la igualdad de todos pero ya superando la mera idea de igualdad física y consagra un deber de los Estados de tratar a todos sus ciudadanos en igualdad ante la ley.

Otro elemento de carácter universalista es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, un documento surgido a finales de la primera década del siglo XXI (fue aprobada el 17 de septiembre de 2007) donde se afirma que los pueblos indígenas son sujetos de los derechos conferidos por la declaración de 1945, sino que también presenta que estos pueblos tienen derechos históricos sobre sus territorios y formas de vida que los estados deben respetar; todo esto retomando el espíritu del convenio 169 de la OIT, que es uno de los primeros y principales instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas, ya que fue el primero

en invocar los derechos y privilegios que estos pueblos tiene sobre sus territorios, en restringir la posibilidad de acción del Estado dentro de estos, ya que este fue el primer documento en positivizar el derecho a la consulta previa antes del desarrollo de proyectos económicos (minería, infraestructura, entre otros).

Ahora bien, analizada la perspectiva universal, está aunque funciona y presentó apoyo jurídico-político que permitió a las comunidades ancestrales de todo el mundo (no sólo a los indígenas del hemisferio americano, sino también a los pueblos ancestrales de África y Oceanía) no es la única visión instrumental que sirvió a estos grupos para buscar protección e igualdad, las convenciones y declaraciones regionales han continuado el camino de las universales, documentos como la Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, entre otras, han construido un marco de protección impensable antes del surgimiento a de los ideales de la declaración universal de los derechos humanos.

En el marco judicial el surgimiento del sistema de protección internacional del continente americano, creó una garantía supranacional funcional frente a la violación de los derechos de los pueblos indígenas, casos de masacres, protección de territorios y discriminación han encontrado en este sistema y no en los ordenamientos internos una protección efectiva, que siempre ha pretendido por la reparación, por la verdad donde está se desconoce y por las garantías de no repetición con base en las obligaciones internacionales de los Estados. Se pueden observar casos donde se evidenció tanto la crítica como la intervención del sistema interamericano, en temas de infraestructura en la amazonia brasileña, en manejo de territorios ancestrales en Honduras, en protección preventiva en la zona del desierto de la Guajira entre Colombia y Venezuela, etc. En cada uno de estos casos se evidencia cómo en distintas

formas los Estados han fallado o malinterpretado sus obligaciones y ha debido entrar un organismo internacional para proteger a las comunidades.

Ahora bien el último derecho que se les ha conferido a estos pueblos es el reconocimiento a la propiedad intelectual de su conocimiento ancestral (Unidas, Convenio sobre la diversidad biológica, s.f.), para esto de nuevo ha sido la Organización de las Naciones Unidas quien en el convenio sobre la diversidad biológica de Nagoya de 2012 reconoce en su artículo 7 el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre el uso de su conocimiento en el uso de material biológico en diversos campos.

Observado todo esto podemos asegurar que los grupos poblacionales indígenas en el hemisferio americano en general y en Colombia en particular poseen variadas herramientas de protección, que han evolucionado y poco a poco las condiciones han mejorado en el manejo multicultural que la constitución y las leyes exigen al Gobierno, en temas como la representación política como se observa en la Constitución Política, en la protección de los territorios ancestrales, el reconocimiento lingüístico, etc.

2. La experiencia en el concurso:

Son pocas las personas que sin ningún tipo de práctica o ensayo, logran en su primer juicio una excelente presentación oral, esto requiere práctica, y es justamente esto lo que busca la Clínica Jurídica al participar en estos concursos, que los estudiantes efectivamente tengan la oportunidad de tener un entrenamiento más parecido a la vida real de lo que las aulas de clase muchas veces pueden aportar.

La experiencia alcanzada en las rondas orales enseña a los estudiantes no solo a expresarse en lenguaje técnico, sino además a adaptar su discurso a cambios inesperados, ya que estando los jueces capacitados para preguntar durante las presentaciones, los estudiantes deben tener la capacidad de mantener un discurso

so y de poder adaptarlo a las circunstancias y a un tiempo límite.

Conclusiones

El trabajo de práctica de audiencia simulada en concurso, fue exitosa debido a que se capacitó a los estudiantes en dos habilidades esenciales para los abogados actualmente: primero, la capacidad de expresión oral y escrita, en audiencias simuladas y memoriales; y segundo, la investigación jurídica para justificar posiciones claras en un conflicto jurídico.

El primer punto se demuestra en la necesidad de la vida práctica para manejar los juicios orales que las nuevas realidades procesales exigen a la práctica del derecho, ya que son pocas las oportunidades que la vida universitaria y académica ofrecen actualmente a los estudiantes para fortalecer estas actitudes; además permite a los alumnos practicar ser parte efectiva en un proceso e ir más allá de la simple teoría y aplicarla efectivamente.

El segundo punto permite que el estudiante se entrene en la utilización de herramientas jurídicas más allá de la leyes, códigos y jurisprudencia, obteniendo una visión holística del derecho como un conjunto más amplio, además de poder utilizar ese conocimiento para sustentar posiciones jurídicas claras.

Además de este crecimiento, el alumno obtiene una visión más completa de las situaciones reales sobre los derechos en un plano internacional y nacional, lo que le permite acercarse a la realidad más allá de la fría letra de la ley o de los medios de información y comunicación, generando empatía con la situación social y con ello una acción ética para generar una solución efectiva.

Por todo lo anterior es correcto afirmar que la práctica de los estudiantes de derecho en sistemas de clínica jurídica genera a futuro un profesional más completo no solo frente a las exigencias de la vida profesional propiamente dicha, sino también frente a las necesidades de

una sociedad como la colombiana y latinoamericana, que requieren abogados con un entendimiento preciso, claro y ético frente a las situaciones que se viven en la región.

Referencias

- Americanos, O. d. (s.f.). Declaración Americana de derechos y deberes del hombre. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Americanos, O. d. (s.f.). Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2234_XXXVI-O-06_esp.pdf
- Americanos, O. d. (s.f.). Declaración Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Ortega, R. R. (2012). Manual Jurídico Indígena. Medellín: Gobernación de Antioquia.
- Raul Arango Ochoa, E. S. (2004). Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio. Bogotá: Quebecor World Bogotá S.A.
- trabajo, O. I. (1989). Convenio 169. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314
- Unidas, O. d. (s.f.). Convenio sobre la diversidad biológica. Obtenido de <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>
- Unidas, O. d. (s.f.). Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Obtenido de http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Unidas, O. d. (s.f.). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido de http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml