

# IMPOSSIBILIDADES MULTICULTURAIS EM TRÊS DÉCADAS DE CONSTITUCIONALISMO NA COLÔMBIA <sup>1</sup>

## MULTICULTURAL IMPOSSIBILITIES IN THREE DECADES OF CONSTITUTIONALISM IN COLOMBIA

Rosember Ariza Santamaría<sup>2</sup>

Universidade Nacional da Colômbia. Bogotá. Colômbia

**Resumo:** Três décadas de gramática constitucional são revistas e questionadas no que diz respeito às minorias, grupos diferenciados, povos indígenas, povos negros, afrodescendentes, raizales, palenqueros (NARP), Rrom (ciganos) ou referenciados como grupos étnicos, a progressividade do reconhecimento dos seus direitos e as inconsistências judiciais e institucionais das suas principais reivindicações face à narrativa sociocultural do viver melhor (viver sabroso) destas populações como sujeitos de uma abordagem multicultural que continua presa num círculo conservador de respeito pelo status quo jurídico tradicional, a ineficácia das decisões a diferentes níveis do Estado, como a persistência da desigualdade, do racismo e da falta de concretização material dos direitos territoriais coletivos, da consulta prévia e da participação destas chamadas minorias no processo de decisão da vida social.

**Palavras-chave:** Igualdade, minorias, constitucionalismo, pluralismo jurídico desigual, multiculturalismo

**Abstract:** Three decades of constitutional grammar are reviewed and questioned about minorities, differential groups, indigenous peoples, black peoples, Afro-descendants, Raizales, Palenqueros (NARP), Rrom (gypsies) or referred to as ethnic groups, the progressiveness of the recognition of their rights and the judicial and institutional inconsistencies of their main demands in the face of the sociocultural story of the best way to live (living tasty) of these populations as subjects of a multicultural approach that continues trapped in a conservative circle of respect for the traditional legal status quo, for legal universalism, and the ineffectiveness of decisions at different levels of the State, such as persistent inequality, racism, and the lack of material concreteness of territorial collective rights, prior consultation and the participation of these so-called minorities in the decision-making of the societal life.

**Keywords:** Minorities, Multiculturalism, Constitutionalism, Unequal pluralism.

### Introdução

Vários pensadores e intelectuais do mundo atual questionam a narrativa liberal triunfante, entre eles está o historiador Yuval Noah Harari (Harari, 2018), segundo o seu ponto de vista, a humanidade está a perder a fé na narrativa liberal, este autor afirma de forma contundente:

<sup>1</sup> Uma versão preliminar do texto foi apresentada como comunicação no II Congresso da “Red Internacional de derecho constitucional ibero-americano”, “Minorias y Constitución” San Agustín, Colômbia (Nov. 2023).

<sup>2</sup> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8968-6034>

La política democrática, los derechos humanos y el capitalismo de libre mercado parecían destinados a conquistar el mundo. Pero, como es habitual, la historia dio un giro inesperado, y ahora, tras el hundimiento del fascismo y el comunismo, el liberalismo se halla en apuros. Así pues, ¿hacia dónde nos dirigimos? Esta pregunta resulta particularmente turbadora, porque el liberalismo está perdiendo credibilidad justo cuando las revoluciones paralelas en la tecnología de la información y en la biotecnología nos enfrentan a los mayores retos que nuestra especie ha encontrado nunca. La fusión de la infotecnología y la biotecnología puede hacer que muy pronto miles de millones de humanos queden fuera del mercado de trabajo y socavar tanto la libertad como la igualdad. Los algoritmos de macrodatos pueden crear dictaduras digitales en las que todo el poder esté concentrado en las manos de una élite minúscula al tiempo que la mayor parte de la gente padezca no ya explotación, sino algo muchísimo peor: irrelevancia” (Harari, 2018: 11)

Talvez o conhecimento revolucionário que raramente consegue chegar ao centro, porque o centro é construído sobre o conhecimento existente, como o dogma ou a dogmática no mundo jurídico, esteja provavelmente nas mãos dos guardiões da velha ordem. De acordo com Harari, são eles que determinam quem chega aos centros de poder e até filtram os portadores de ideias não convencionais e disruptivas. Claro que também filtram muito lixo. Não ser convidado para o Fórum Económico Mundial de Davos não é garantia de sabedoria. É por isso que temos de passar tanto tempo na periferia: os guardiões da velha ordem podem ter algumas ideias brilhantes e revolucionárias, mas estão, na sua maioria, cheias de conjecturas infundadas, modelos desacreditados, dogmas supersticiosos e teorias da conspiração ridículas.

Em última análise, se não conseguimos compreender o mundo, como é que podemos estar confiantes em distinguir o certo do errado, a justiça da injustiça (Harari, 2018). Ou, no nosso caso, se o padrão dos direitos das chamadas minorias avança, isso garante-lhes, e a todos, uma vida social e democrática melhor? Até que ponto a gramática igualitária multicultural liberal tem a ver com a situação atual?

### **Contra narrativas**

O conhecido professor Luigi Ferrajoli, no seu texto “Por uma Constituição da Terra” (2022), parece estar ligado aos problemas do planeta em que vivemos e habitamos, e é claro que o jurista questiona a sua própria narrativa garantista para nos dizer, na segunda parte do seu livro, que, no constitucionalismo atual, os direitos fundamentais se tornaram privilégios de poucos (pode-se interpretar uma privatização desses direitos) e cuja eficácia reside numa conceção de cidadania baseada na soberania nacional. A crítica de Ferrajoli recai sobre as

normas de direito internacional e a ordem internacional, que se têm revelado insuficientes por não terem conseguido mais do que uma paz retórica baseada em declarações universais de direitos que não dispõem de sistemas de garantias adequados para os tornar efetivos. Na terceira parte do seu texto, propõe alargar o paradigma do constitucionalismo à ordem internacional, criando um constitucionalismo supranacional e construindo uma esfera pública global. Além disso, Ferrajoli aspira a

La Constitución de la Tierra, como movimiento de opinión, debe ser capaz de imponer límites y vínculos a los poderes salvajes de los Estados soberanos y de los capitales para garantizar no solo los derechos fundamentales, sino los bienes fundamentales de los habitantes y de la vida en el planeta (Ferrajoli, 2022:78)

Em consonância com esta reflexão inicial, a Professora María Cristina Gómez Isaza afirma que:

La Constitución y el constitucionalismo una y otra vez leídos e interpretados a lo largo de estos dos siglos nos han atado a la propiedad como interés de vida, y vamos a morir como monstruos devorados por nuestro propio egoísmo; la Constitución, los Estados constitucionales y la democracia constitucional no sobrevivirán, como no sobrevivirá la estirpe humana si no asumimos los riesgos y los retos que nos plantea este mundo global. Ferrajoli propone una segunda oportunidad para la ideología del constitucionalismo garantista: un constitucionalismo de la Tierra con una Constitución Global y un nuevo orden político similar al planteado por Immanuel Kant en la paz perpetua". (Gómez Isaza, 2023: 390)

As respostas para o descalabro em que nos encontramos estão nesta escala, ou há saídas noutra escala, noutra lugar, ou, noutras perspectivas e culturas que não a sociedade liberal hegemónica destes tempos? Alguns de nós pensam provavelmente que o direito constitucional tem algo a dizer.

### **A narrativa liberal "vazia" dos direitos étnicos**

Entendamos por multiculturalismo o fenómeno da pluralidade cultural na sua globalidade (e não apenas a pluralidade étnica ligada ao fenómeno racial). Este conceito foi desenvolvido principalmente na década de 1980 no mundo anglo-saxónico e tem tido um peso relevante na sociologia da cultura desde então.

Quando se fala de multiculturalismo, a doutrina e a jurisprudência referem-se a duas questões diferentes. Em primeiro lugar, à realidade multicultural, ou seja, à coexistência de

diferentes culturas num mesmo território. Em segundo lugar, quando falamos de um Estado multicultural, estamos a falar da incorporação no sistema jurídico de normas que se baseiam no reconhecimento positivo da diferença e, conseqüentemente, incorporam valores e princípios que tendem a defender a diversidade e a atribuir direitos especiais a grupos culturalmente diversos. o termo cultura ou a expressão grupos culturais tem múltiplos significados. (Botero Marino, 2003)

É no quadro deste multiculturalismo de Estado que falamos de direitos étnicos. Rodolfo Stavenhagen, antigo relator das Nações Unidas para os povos indígenas, afirmou o seguinte:

La noción de “derechos étnicos” surge entonces como referente obligado para enunciar los derechos humanos de los grupos étnicos cuya situación es particularmente vulnerable debido precisamente a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias, distintas de los de la sociedad dominante... En el debate contemporáneo sobre los derechos humanos, se escucha con frecuencia que debido a la universalidad de estos, todo tratamiento de derechos específicos o de grupos específicos no puede ser considerado como una ampliación del concepto de “derechos humanos”, sino simplemente como instancia de aplicación de estos derechos a casos específicos. Por lo tanto, se argumenta, estos derechos no podrían ser considerados como “derechos humanos” en sentido estricto. En contraste con esta posición podemos afirmar, junto con otros analistas, que en la medida en que todos los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio, el concepto mismo de “derechos humanos” solo adquiere significado en un marco contextual específico (...) En otras palabras, hay circunstancias en las que es ilusorio hablar del núcleo básico de los “derechos humanos universales” (salvo a nivel totalmente abstracto, teórico o filosófico) si no se toma en cuenta la “periferia” de las instancias específicas (...) Los derechos étnicos (entre ellos los derechos indígenas) se inscriben entonces en el marco de una ampliación y consolidación del núcleo básico de los derechos humanos (...) (Stavenhagen, 2002: 155-157).

Nos mais de trinta anos decorridos desde a promulgação da Constituição colombiana de 1991, são vários os balanços que se referem à análise dos direitos étnicos e dos seus limites face ao multiculturalismo. Em cada década, são convocados cenários académicos para analisar criticamente como avançam ou retrocedem as linhas jurisprudenciais, como as normas e as políticas públicas são coerentes ou incoerentes com o contexto e a realidade destas minorias e grupos diferenciados, e como o legislador responde às exigências sociais de direitos.

Há duas décadas, a Professora Catalina Botero concluiu o seguinte sobre a análise do multiculturalismo constitucional:

La Constitución colombiana es particularmente abierta a una perspectiva pluralista y multicultural. En efecto, como ha sido estudiado, en cerca de una decena de normas

que componen lo que podríamos llamar la constitución multicultural, la Carta reconoce la existencia y dignidad de las minorías nacionales y los derechos diferenciados en función del grupo. De nada hubiera servido la consagración constitucional de estos derechos si los sujetos titulares no hubieran apelado a ellos para fundamentar sus reclamos de justicia y si los jueces no hubieren respondido con seriedad y rigor a tales reclamos. (Botero Marino, 2003: 86)

No entanto, como reconhece a doutrina mais autorizada, a jurisprudência da Corte Constitucional (O tribunal constitucional na Colombia) não tem sido totalmente uniforme. Muito pelo contrário. Uma leitura criteriosa das diferentes sentenças mostra que, ao longo deste percurso pioneiro, a Corte cometeu alguns erros de argumentação; foi contraditório e, em certos casos, acabou por ignorar a sua própria doutrina de garantia de direitos e aceitar intervenções arbitrárias nos direitos dos povos indígenas. Tudo isto é verdade. Também é verdade que este Tribunal precisa que as suas decisões sejam estudadas, analisadas e questionadas, para evitar desvios e infelizes desvios.

No segundo confronto constitucional, a Professora Magdalena Correa Henao, no seu texto de 2012 *“Minorias, Derechos e Desenvolvimento: Vaidade Constitucional e Outras Realidades”*, concluiu que

Más tal Derecho de las minorías parece carecer de la suficiente eficacia normativa, en parte por un desarrollo incompleto, en parte por lo que muestran los informes forenses, las estadísticas del censo poblacional y los estudios socioeconómicos sobre la situación de los grupos minoritarios. Es decir que aun ante la existencia de un régimen jurídico consistente de reconocimiento y protección de sus derechos, no ocurre igual respecto de las medidas efectivas que se adoptan para hacerlos efectivos por el Estado y son otros los parámetros culturales, cargados de prejuicios, con los que aún se excluye, disminuye y discrimina vergonzosamente a las minorías. (Correa Henao, 2012: 180)

Com efeito, a vaidade constitucional sobrepõe-se à realidade; são muitos os acórdãos que reconhecem a especial desvantagem dos grupos minoritários e pouco ou nada o Estado, no seu todo, faz para alterar as situações estruturais de discriminação; a análise do direito à igualdade corrobora as conclusões dos dois primeiros balanços.

Como notamos, uma questão relevante é, sem dúvida, as desigualdades persistentes no nosso país. O artigo 13º da Constituição da Colômbia estabelece que

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar,

lengua, religión, opinión política o religiosa (...) (Art. 13. Constitución Política de La República de Colombia, 1991).

A Constituição estabelece assim um cuidado especial contra a discriminação por diferentes razões. Mas, ao mesmo tempo, fala de um dever do Estado de adotar medidas a favor dos grupos discriminados ou marginalizados para que a igualdade seja real e efetiva. Sobretudo se se encontrarem em circunstâncias de manifesta fragilidade devido à sua condição económica, física ou mental. Não são necessários estudos aprofundados para descobrir que as populações indígenas, afrodescendentes e ciganas se enquadram perfeitamente nestas circunstâncias. Tradicionalmente marginalizadas, ameaçadas nos seus meios de subsistência, afetadas de forma desproporcionada pelo conflito armado interno, vítimas de racismo e de discriminação, nas três décadas decorridas, será que esta realidade se alterou? Será que as condições de desigualdade se alteraram significativamente ou a desigualdade acrescentou?

Desde o seu início, a Corte Constitucional desenvolveu a questão da igualdade orientada pela perspectiva multiculturalista, de que é exemplo o primeiro acórdão sobre a matéria, a sentença T-442 de 1992, em que a Corte estabelece o seguinte:

El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad". (Corte Constitucional de Colombia, 1992)

Sobre esta questão, há múltiplos desenvolvimentos na doutrina e na próprio Corte, que designamos por gramática constitucional igualitária, a abordagem étnica diferencial dá conta deste exercício retórico, e a Sentença T-010 de 2015 refere que:

El enfoque diferencial como desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales, busca proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión. Dentro del enfoque diferencial, se encuentra el enfoque étnico, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas

situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas, afro, negras, palanqueras, raizales y Rom, se remontan a asimetrías históricas. Dicho principio, permite visibilizar las vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos, por lo que partiendo del reconocimiento focalizado de la diferencia se pretenden garantizar los principios de igualdad, diversidad y equidad”. (Corte Constitucional de Colombia, 2015)

Estes princípios estão no centro das atuais garantias da Corte, que hoje também inclui um elevado nível de sofisticação técnica constitucional no chamado "teste de igualdade". Uma excelente compilação (resumo) sobre o assunto é feita pela Juíza Gloria Estella Ortiz na Sentença C-345 de 2019, entre os parágrafos 11 e 21. Precisamente no parágrafo vinte e um (21) ela conclui:

En resumen, la Constitución no prohíbe de manera categórica las desigualdades de trato, lo que implica que algunas medidas que produzcan asimetrías pueden ser consideradas constitucionales. Para evaluar cuáles desigualdades son contrarias a la Carta y cuáles se avienen a ella, la Corte ha aplicado, a lo largo de su jurisprudencia, tres métodos, cuya procedibilidad está sometida a la previa verificación de la existencia de individuos, situaciones o hechos que efectivamente son comparables y con respecto a los cuales se establece un trato desigual. El primero se denomina juicio de razonabilidad; el segundo, metodología de los escrutinios de distinta intensidad; y, el tercero, juicio integrado de igualdad, el cual puede tomar la forma de escrutinio de igualdad débil, intermedio o estricto, de acuerdo con el nivel de libertad de configuración que tiene el Legislador, lo cual dependerá de la naturaleza y la materia de la norma objeto de control de constitucionalidad. El segundo método y el tercero son los que hacen una mejor lectura de la Constitución al considerarla de manera sistemática e integral, ya que son sensibles al pluralismo político y al principio mayoritario que se condensan en la libertad de configuración del Legislador. No obstante, el tercer método –juicio integrado de igualdad– no solo hace una interpretación sistemática de la Constitución, sino que también aprovecha las ventajas analíticas del juicio de razonabilidad. (Corte Constitucional de Colombia, 2019)

Todos estes avanços conceituais e técnicos não correspondem à realidade vivida pelos grupos minoritários e permitem-nos inferir que três décadas de multiculturalismo nos deixam um vazio nos direitos destas minorias, que não é outro senão a sua falta de eficácia. Estamos cada vez mais perto de ser apenas a mais vazia das promessas vazias, como afirma Wendy Brown com especial clareza, após anos de luta pelos direitos das minorias e grupos diferenciados, a sua pergunta é cada dia mais válida:

Tal vez la más importante de ellas sea esta: la pregunta por la fuerza liberadora o igualitaria de los derechos está siempre circunscrita histórica y culturalmente; los

derechos no tienen una semiótica política inherente, ninguna capacidad innata para avanzar o impedir la realización de ideales democráticos. Pero los derechos necesariamente operan en y como un idioma ahistórico, acultural y acontextual: reclaman distancia respecto de contextos Políticos específicos y vicisitudes históricas, y necesariamente participan de un discurso de universalidad permanente y no de uno de provisionalidad o parcialidad. Luego, si bien su eficacia política depende de factores con un alto grado de especificidad histórico y social, los derechos operan como un discurso político de lo general, genérico y universal. Esta paradoja entre el idioma universal y el efecto local de los derechos trasciende tanto a los niveles temporales como a los espaciales: si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un momento de la historia -como en el movimiento de los civil rights en Estados Unidos, o en la lucha por los derechos de los sujetos coloniales, como en el caso de los negros en Sudáfrica o los palestinos- en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías (...) (Brown, 1995: 82-83).

Para além disso, não podemos esquecer a obra de Luigi Ferrajoli “Direito e Razão; Teoria do Garantismo Penal” (1995), que aborda o problema da falta de materialização dos direitos e refere que os direitos só têm valor se forem efetivamente garantidos e protegidos na prática e não apenas no papel. Ferrajoli critica a tendência de muitos sistemas jurídicos e políticos para proclamarem direitos na legislação ou nas constituições, mas depois não implementarem mecanismos eficazes para assegurar que esses direitos são respeitados na vida cotidiana.

### **Direitos coletivos: o impossível multicultural**

No domínio dos direitos coletivos, como o direito ao território, é visível o alcance do multiculturalismo liberal e da gramática constitucional igualitária, e se olharmos para os direitos territoriais das minorias a uma luz diferente, isso permite-nos elucidar parte do pano de fundo da questão. A ineficácia comprovada do cumprimento das sentenças do tribunal constitucional é mais bem ilustrada com um exemplo do acompanhamento de uma sentença dos últimos dez anos (2013-2023) no caso do povo Kofán, o povo do "yage" (Ayahuasca), referimo-nos a T-387 de 28 de junho de 2013.

Depois de analisar o contexto territorial do povo Kofán, o tribunal constata e confirma o que já foi afirmado na ordem 004 de 2009, que este povo está em vias de extinção. Acrescenta que:

Así lo han colegido esta Corte, el INCORA y la Defensoría del Pueblo. No existe ninguna prueba en el expediente que desvirtuó esta conclusión. Las causas que han contribuido a esta situación se encuentran directamente relacionadas, como lo advirtió el INCORA, con la ausencia de territorio (...) (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

Em suma, para garantir os direitos à integridade étnica e à sobrevivência do povo indígena Kofán, o Estado adaptou três medidas que devem ser destacadas. Em primeiro lugar, estabeleceu uma reserva indígena de 3.750 hectares em 1973 para a habitação do povo. Em segundo lugar, comprou 170 hectares de benfeitorias para a aldeia. E, em terceiro lugar, constituiu o resguardo sobre os 755 hectares habitados pelos indígenas.

Para a Corte, as medidas adotadas para garantir a integridade étnica e a sobrevivência do povo indígena foram insuficientes, porque não impediram a colonização dos territórios, apesar de, pelo menos desde 1977, o povo Kofán ter solicitado a regulamentação da reserva. Contrariamente à sua obrigação de proteger o povo indígena Kofán contra actos de terceiros, consagrada no texto da Constituição, nos tratados internacionais e na Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, as autoridades estatais comprometeram a eficácia da constituição da reserva, porque durante anos toleraram e consentiram o estabelecimento de colonos na zona.

A Corte Constitucional conclui que,

(...) en el presente caso existe un riesgo de desaparición del pueblo indígena Kofán. En consecuencia, es deber de esta Sala adoptar el remedio más eficaz de todos los disponibles para garantizar la supervivencia de la comunidad. Al respecto, la Corte considera que la reserva aún se encuentra vigente y que fue constituida para garantizar que los Kofán pervivieran de manera digna. Las reservas indígenas constituidas son inalienables, inembargables e imprescriptibles y son territorios colectivos, tal como se encuentra previsto en el Convenio 169 de 1991, por expreso mandato legal de la Ley 160 de 1994 "Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.". Es entonces un deber de la administración, y en este caso del INCODER darle eficacia jurídica a este mandato porque de no hacerlo se mantendría el estado de cosas actual en el que la supervivencia de los Kofán como pueblo se encuentra en grave peligro. Por ello ordenará que se realice el procedimiento previsto en el Decreto 2164 de 1995, teniendo en consideración las necesidades de tierra de los indígenas Kofán. (Corte Constitucional de Colombia, 2013)

Dez anos depois e apesar dos enormes esforços da "Mesa técnica de acompanhamento do cumprimento da sentença T-387 de 2013", e dos vários mandatos emitidos, a percentagem de cumprimento desta sentença é nula, a ineficácia é total e completa. As razões institucionais e políticas para este incumprimento absoluto são múltiplas. A atual Agência Nacional de Terras,

instituição responsável pelo cumprimento destas ordens, em resposta a um direito de petição apresentado para analisar o estado de avanço da questão, afirmou o seguinte:

Teniendo en cuenta que es un caso emblemático por la complejidad de las dinámicas territoriales, el asunto de la referencia se encuentra priorizado dentro del plan de atención para la vigencia del año 2021, se está realizando la intervención que incluye una fase de alistamiento y posterior visita técnica en campo tanto jurídica, social y topográfica en concordancia con lo establecido en el artículo 2.14.20.3.1 del Decreto 1071 de 2015” (Agencia Nacional de Tierras, 2021)

De 2021 até à data nada aconteceu, passaram dez anos desde esta sentença e a ANT não conseguiu avançar um iota nas ordens dadas pelo Tribunal, pelo contrário, a perturbação do território Kofán continua, uma vez que uma base militar, três poços de petróleo e uma lixeira municipal continuam dentro do seu território e, claro, a presença de novos colonos.

No nosso acentuado constitucionalismo multicultural, são muitas as dificuldades para fazer avançar a eficácia material dos direitos, pelo que é pertinente rever a materialização do direito coletivo ao território, e o processo que se está a desenvolver em alguns Estados ditos constitucionais para incorporar os povos como sujeitos coletivos de direitos, em particular como reconhecer a sua propriedade coletiva do território, a administração da sua própria justiça, e o direito à consulta livre, prévia e informada. A partir desta visão do direito coletivo ao território, é possível estabelecer o progresso das normas internacionais - aplicação do princípio da progressividade - e os obstáculos e entraves evidentes que o sistema político e jurídico dos Estados-nação arrastou como práticas coloniais até aos nossos dias. (Ariza, 2021)

Não podemos deixar de mencionar o contexto do processo de paz total do atual governo e a assinatura do Acordo de Paz em 2016 na Colômbia, um processo totalmente apoiado pelos setores sociais e populares como vítimas da guerra, da desigualdade social e da desapropriação territorial. É por esta razão que a Reforma Rural Integral foi assumida como um eixo de vital importância para avançar na consolidação da Paz Territorial como referência institucional, porque um dos principais problemas do país se deve à concentração de terras pelas elites latifundiárias que levaram ao surgimento de conflitos territoriais e a um processo de proletarização das comunidades locais, principalmente das comunidades negras. O anterior governo de direita (Ivan Duque 2018-2022), opôs-se abertamente aos avanços deste acordo, em particular ao ponto um, razão pela qual, para além da gramática jurídica complacente, no

quadro das políticas públicas, prevaleceu a corrupção e a paralisia institucional do processo de paz.

O fracasso da aplicação do Acordo de Paz pelo governo de Duque no poder é a causa da manutenção da expropriação territorial com o surgimento de um novo ciclo de violência política na sequência do aparecimento de estruturas armadas ligadas à economia do narcotráfico, o que explica a continuidade do genocídio das minorias em resultado do aumento da violência e da perseguição política contra as suas estruturas organizativas e o exercício da autonomia através do controlo territorial para a defesa do território e do seu Bem Viver.

### **Multiculturalismo sem pluralismo?**

A abordagem multicultural aplicada no judiciário (sistema jurídico positivista liberal e cortes ou tribunais constitucionais), nas políticas públicas e no próprio legislativo quando se trata de reconhecer a igualdade, ou "incluir" outras perspectivas, é bastante restritiva e de natureza eminentemente formalista; é por isso que Edwin Cruz (2014), entre outros, defende que o pluralismo jurídico no multiculturalismo é um pluralismo jurídico desigual:

El multiculturalismo, tal como es planteado por Kymlicka, apunta a la construcción de la tolerancia y la coexistencia entre grupos culturales, que conllevan el establecimiento de férreas limitaciones en términos personales y territoriales a las jurisdicciones de los sistemas jurídicos de grupos no liberales. Además, el enfoque multicultural acepta el pluralismo jurídico siempre y cuando los sistemas jurídicos no liberales adopten los principios liberales, concebidos como universales y moralmente superiores, por lo que también establece severas limitaciones de orden material a sus jurisdicciones. Por todo ello, el del multiculturalismo es un pluralismo jurídico desigual". (Cruz Rodríguez, 2014: 73)

O monismo jurídico hegemónico e o positivismo jurídico preservado encontram campo fértil na perspetiva multicultural para manter as coisas sempre na mesma, apesar de pressupor uma certa "evolução doutrinária", tudo muda para que tudo fique na mesma, resume com razão a perspetiva crítica. Vários acórdãos sobre a jurisdição especial indígena e sobre a resolução de conflitos interjurisdicionais permitem-nos rever o que Edwin Cruz (2014) chama de pluralismo desigual na gramática constitucional igualitária.

Em termos de pluralismo, a Corte Constitucional assumiu o conhecimento de conflitos jurisdicionais entre as jurisdições ordinária e indígena<sup>3</sup>, um olhar sobre a perspectiva do atual Tribunal Constitucional é dado pelo Auto 750 de 2021 de um conflito positivo de competência entre as jurisdições ordinária e especial indígena. Neste despacho judicial, o tribunal afirma, entre outras coisas, que:

La Sala recuerda que el pluralismo jurídico implica la existencia de múltiples sistemas de interpretación y aplicación del derecho, que requieren mecanismos de coordinación entre sí. En relación con las comunidades indígenas, una de las consecuencias de este principio es la posible diversidad de conceptos sobre la nocividad de una conducta que la sociedad mayoritaria entiende como delictiva o sobre el desvalor que aquella genera. En tales términos, el juez que resuelve el conflicto no puede suponer dicha nocividad sino que debe partir de las premisas que los pueblos indígenas expongan o que se evidencien en el proceso. (Corte Constitucional de Colombia, 2021b)

A este respeito, o Tribunal esclarece que esta manifestação do carácter facultativo do exercício da jurisdição especial indígena (ou seja, a necessidade de demonstrar a capacidade institucional) não implica a introdução de qualquer tipo de presunção do ponto de vista processual ou probatório. Pelo contrário, neste ponto, reafirma-se que, no processo de resolução do conflito de competência, deve ser demonstrado que as autoridades indígenas dispõem de normas e procedimentos adequados para levar a cabo o processo penal.

Esta questão deve ser estabelecida de acordo com as particularidades de cada caso concreto, pelo que não é adequado estabelecer regras pré-determinadas que ignorem as diferenças que possam existir entre os diferentes sistemas jurídicos.

E aclara a Corte:

Asimismo, la Sala reitera que, de acuerdo con el artículo 246 superior, la potestad de los pueblos indígenas para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no es de carácter absoluto, sino que debe observar los parámetros constitucionales y legales respectivos. De conformidad con lo anterior, es indispensable que se demuestre que las autoridades indígenas disponen de todas las herramientas y elementos para proteger los derechos fundamentales que se encuentran en tensión en el proceso penal. (Auto 750 de 2021).

---

<sup>3</sup> Esta era uma função que cabia ao Conselho Superior da Magistratura, mas pelo Ato Legislativo 02 de 2015, esta função foi atribuída ao Tribunal Constitucional. No entanto, apesar do que foi estabelecido, devido a problemas de desequilíbrio institucional, este Tribunal só assumiu efetivamente esta tarefa até 2021. Para mais informações sobre este ponto, pode ser consultada uma parte da SU 355/2020 da Corte Constitucional.

Em suma, a configuração da jurisdição indígena e a ativação da competência da mesma dependerão de uma análise ponderada dos quatro fatores acima expostos. Para tanto, devem ser analisados os seguintes aspectos:

- Se o réu pertence à comunidade indígena (pessoal);
- O local onde ocorreram os factos, numa perspectiva estrita e ampla (territorial);
- A natureza do direito protegido (objetivo); e,
- Se as autoridades ancestrais têm capacidade para fazer justiça e garantir os direitos do arguido e das vítimas (institucional).

Assim, quando as autoridades indígenas reclamam a competência para conhecer de um processo, devem demonstrar perante o juiz que resolve o conflito entre jurisdições qual o seu entendimento em relação à gravidade dos factos em investigação. Este dever justifica-se pelo carácter dispositivo do exercício da jurisdição e pelo respeito pela autonomia das comunidades.

Por conseguinte, devido ao elevado grau de nocividade social que a conduta alegadamente cometida implica para a sociedade maioritária, é necessário efetuar um estudo rigoroso da capacidade institucional da comunidade indígena para processar o caso. Nestes casos, como sublinhou a jurisprudência constitucional, deve proceder-se a uma análise mais detalhada sobre a validade do fator institucional para garantir que o encaminhamento para a jurisdição indígena especial não resulte em impunidade ou numa situação de falta de proteção da vítima.

Com esses trechos citados do Auto, ficam evidentes as contradições da gramática constitucional em termos de respeito ao pluralismo jurídico, à autonomia e ao exercício da jurisdição especial indígena (JEI). Uma dessas contradições pode ser destacada: no chamado “grau de nocividade social para a sociedade majoritária”, as autoridades devem demonstrar, perante o juiz que resolve o conflito entre jurisdições, qual é o seu entendimento em relação à nocividade dos fatos investigados. Por outras palavras, para além dos quatro fatores aplicados como regras técnicas inquestionáveis, é também dever das autoridades indígenas “demonstrar” o seu entendimento do mundo ocidental. De onde veio esta exigência ou diligência probatória, tal como indicada pela Corte Constitucional? E este dever justifica-se, segundo o despacho em questão, pelo carácter dispositivo do exercício da jurisdição e pelo respeito pela autonomia das comunidades?

Esta perspectiva expressa no Despacho parece ser uma herança do pensamento jurídico do Conselho Superior da Magistratura e do Ministério da Justiça (questionado em muitas sentenças pela própria Corte Constitucional), que no caso em apreço já determinaram que a incapacidade do JEI para apreciar determinadas questões é um facto provado.

Acresce que esta perspectiva contraria a jurisprudência da própria Corte, que tem identificado que o conflito interjurisdicional será desencadeado de acordo com as circunstâncias de cada caso e ponderando o grau de impacto que cada fator pode ter na resolução do conflito (Sentença C-463 de 2014; Auto 206 de 2021). É sempre necessário um exercício hermenêutico com o objetivo de encontrar a solução que melhor satisfaça os princípios envolvidos: o devido processo legal, os direitos das vítimas, o pluralismo jurídico, a diversidade étnica e a maximização da autonomia indígena.

Outros exemplos ao longo do tempo são o T-496 de 1996, o T-523 de 1997, o T-552 de 2003, o T-811 de 2004, o T-1238 de 2004 e o T-945 de 2007. Apesar de todos eles abordarem a questão e a complementarem, é de notar que, em muitas ocasiões, existe uma confusão entre o que é a competência pessoal (direito individual) e o que é a competência especial (direito coletivo).

Retomando a questão do exercício da jurisdição indígena já discutida, em 2010 a Corte estruturou de forma uniformizada tanto os quatro critérios que vinha incorporando à sua jurisprudência quanto os seus âmbitos de aplicação (Sentença T-617 de 2010). Assim, foi o Juiz Vargas Silva que, em 2009, propôs uma forma estruturada de harmonização das diferentes regras dogmáticas em matéria de jurisdição especial indígena e de processo equitativo, pelo que é necessário destacar o seu trabalho nesta tarefa de sistematização e uniformização de regras.

Além disso, e porventura ainda mais importante, no mesmo pronunciamento, a Corte aproveitará para chamar a atenção para a forma incorreta como, no seu entender, o Conselho Superior da Magistratura vinha decidindo os casos de colisão de competências, sobretudo por uma forma inconstitucional de assunção do critério objetivo. Este erro está agora a ser cometido pelo próprio Tribunal no Auto 750 de 2021, que já analisámos.

## Jurisprudência racional-minimalista<sup>4</sup>

No ano de 2021 a Corte Constitucional realizou o XV encontro da Jurisdição Constitucional na cidade de Pereira "Diversidade e Reconhecimento" no qual a intelectual Judith Butler proferiu uma conferência transversal sobre “a importância da política do reconhecimento” onde afirmou que segundo o seu ponto de vista:

(...) es controvertido porque hay críticos del reconocimiento que afirman que deja intactas las relaciones sociales dominantes, según este punto de vista, el poder que confiere el reconocimiento también tiene el poder de retirarlo, y eso significa que cuanto más conocimiento requiere un poder central, más poderoso se vuelve, y el receptor se vuelve más dependiente de ese poder central o poder dominante para el reconocimiento. (Butler, 2021: 82)

Quando um Estado, ou autoridade, estende o reconhecimento a um grupo minoritário, aceita que a sua própria autodefinição mude. Butler (2021) continua a afirmar que não é um poder soberano que estende ou oferece reconhecimento, que agora reconhece que uma minoria pertence ao povo, ao poder comum, mas que é o poder comum que muda esse reconhecimento. Assim, idealmente, o poder soberano dá lugar à reciprocidade e à igualdade social.

E termina a sua reflexão referindo que refuta a noção de que o reconhecimento é um gesto meramente cultural ou simbólico oferecido pelos grupos de poder às minorias ou aos marginalizados e despossuídos. Deste modo, o reconhecimento torna-se um instrumento de gestão das populações minoritárias quando estas não conseguem realizar o ideal de igualdade social que o seu potencial definidor implica. (Butler, 2021)

Assim, o que é certo é que até hoje não temos – nem nunca teremos – qualquer sentença de natureza estrutural da Corte Constitucional que questione os problemas do modelo económico e muito menos as razões estruturais das persistentes desigualdades sociais, o que significa que cada decisão é vista como uma pequena concessão do poder judicial na longa luta pelos direitos que nunca termina.

---

<sup>4</sup> Por jurisprudência racional minimalista, entendemos a técnica racional preponderante do Tribunal e a solução casuística mínima de direitos que o Tribunal Constitucional aplica na solução de problemas jurídicos coletivos e gerais.

O caso colombiano identificado como o “mais avançado no reconhecimento dos direitos étnicos” pode ser mais bem definido como um constitucionalismo racional-minimalista e também culturalista. Para corroborar esta afirmação, remetemos para uma publicação recente do antigo juiz Alberto Rojas (2022), na qual, na apresentação do texto, refere que, para facilitar a leitura e a consulta dos seus cinco capítulos, cada sentença será apresentada por ordem temática e sequencial: (i) algumas das razões pelas quais contribuíram para transformar a nossa realidade, (ii) uma descrição do caso em análise, (iii) fundamentos das decisões, (iv) áreas de proteção e ordens tomadas pelo Tribunal, (v) algumas reflexões finais como corolário, e (vi) um relato do debate público nos meios de comunicação social e na academia. Em particular, passaremos em revista o Capítulo V, que trata das questões do ambiente, da diversidade e da identidade.

Aqui o ex-magistrado apresenta várias sentenças, uma delas a T-361 de 2017 (o nova Santurbán), a SU-649 de 2017 (o tesouro de Quimbaya), a SU-123 de 2018 (consulta prévia), a T-733 de 2017 (limites ao lucro da extração mineira), a T-614 de 2019 (precaução como base para a justiça ambiental) e fecha com a SU-092 de 2021 (o drama da comunidade Jiw, como evitar a sua extinção?).

Destas sentenças selecionadas para este último capítulo, interessa-nos aprofundar três deles (SU-123 de 2018, T-733 de 2017 e SU-092 de 2021), que têm vários aspectos que corroboram os pontos críticos desenvolvidos, bem como nos permitem levantar uma dissidência fundamental contra o “consenso liberal pacífico de direitos”.

Na decisão de unificação SU-123 de 2018 sobre consulta prévia, o problema jurídico enunciado pelo Tribunal são: 1) Deveria ter sido realizada ou não a consulta prévia à comunidade Awá La Cabaña, devido à exploração e exploração de hidrocarbonetos realizada pelo Consórcio Energético da Colômbia com o projeto denominado “desenvolvimento dos Campos Quinde, Cohembi e Quillacinga”? 2) O direito fundamental ao meio ambiente da comunidade Awá “La Cabaña” foi violado na execução das referidas obras relacionadas com a exploração de hidrocarbonetos?

Esta sentença recorda-nos que as várias ordens da Corte ao legislador para que abandone a sua omissão não tiveram qualquer efeito sobre esta questão, nem sobre outras. É exaltado como o maior avanço em termos do direito fundamental à consulta livre, prévia e informada, mas não faz mais do que retomar a dispersão sobre a questão e organizar a mesma

coisa, ou seja, que o desenvolvimento não deve ser interrompido. A isto acresce o que a própria Corte já constatou sobre a total descoordenação do Estado, bem como as alegadas “dificuldades” materiais que surgem como desculpa para o reiterado incumprimento.

Neste caso concreto, embora possa exortar o Congresso e o Governo nacional a regulamentar os certificados de presença e de afetação das comunidades étnicas, não pode garantir que isso possa ser feito de forma eficaz, uma vez que, como a própria Corte afirmou, existem dificuldades materiais na emissão dos certificados. A Corte não tem razão quando propõe que, para a emissão dos certificados de presença e afetação das comunidades étnicas, se recorra a instituições especializadas, mas esquece que deve dirigir-se aos povos sobre os quais recai a preocupação da afetação e da presença, pois só eles podem determinar o que é o seu território em sentido lato.

A Corte fica aquém em termos de reparação, tendo em conta que os impactos sobre a comunidade AWÁ estão presentes desde 1998, é insuficiente ordenar a realização de uma consulta prévia após 20 anos de impactos. Embora concordemos que esta consulta deva ser realizada, consideramos que o Tribunal deveria ter ordenado a suspensão das atividades petrolíferas enquanto decorria a consulta e, adicionalmente, deveria ter ordenado alguma medida de reparação para o ambiente e para a comunidade AWÁ (Mas, o progresso deve continuar...).

O modelo económico inquestionável. A utilização do padrão de diligência, como parâmetro para estabelecer a violação do direito à consulta prévia e para determinar o correspondente recurso judicial, deve necessariamente considerar que a gestão das empresas está condicionada pelo quadro normativo que regula e impõe os procedimentos a seguir nestes casos, e limitada pela capacidade institucional das entidades públicas encarregues de realizar os correspondentes procedimentos. E a Corte acolhe a advertência do sector empresarial: “A avaliação destas restrições é necessária para não incorrer em exigências desproporcionadas e para evitar a insegurança jurídica que tal situação pode gerar”. Para além da propaganda económica institucional concebida de entender a Consulta Prévia como um obstáculo ao desenvolvimento.

Em relação ao Sentença T-733 de 2017, destaco o contexto e o esclarecimento feito pelo relator Alberto Rojas:

Es importante tener en cuenta que, tal y como lo ha sostenido esta Corporación, el juez constitucional cuenta con amplias facultades para interpretar la petición de amparo. De allí que su papel, al momento de conocer de una acción de tutela, no se encuentre restringido a decidir sobre el problema jurídico planteado por los accionantes, sino que su deber se extiende a analizar de manera amplia y suficiente el caso concreto, con miras a identificar problemas constitucionalmente relevantes, para su consecuente resolución. La Sala incluirá una descripción de todo el contexto en el cual se inscribe el presente caso, apoyándose para ello en el material probatorio obrante en el expediente. Se examinará: (i) el panorama actual de la mina de Cerro Matoso S.A; (ii) la historia y localización de las comunidades indígenas y afrodescendientes que se ubican en la zona de influencia directa de las actividades de la empresa; y (iii) las relaciones contractuales que han regido la explotación minera desde 1980, así como la evolución de su licenciamiento ambiental. (T-733 de 2017)

Nas reflexões finais em relação a T-733 de 2017, Rojas (2022) expande dois aspectos, um, o dever do juiz constitucional nestas parcelas é superar a alegada incompatibilidade entre certas atividades (como a mineração) e a proteção do ambiente, e acrescenta “(...) o desdobramento argumentativo visava eliminar esta mentira”. A segunda refere o antigo juiz que, no âmbito do singular ambiente argumentativo do caso, foi incorporado um importante relato histórico-jurisprudencial sobre a figura da consulta prévia, os contextos como meios de prova indiretos e diretos, e as regras e alternativas para estabelecer o nexo causal em matéria de dano em geral e de dano ambiental em particular. Isto complementa o método racional impresso com especial ênfase na sentença (Rojas Rios, 2022).

E conclui que, apesar do elevado grau de complexidade de um número representativo de questões jurídicas a resolver, é também decisiva a mensagem de que o conteúdo central da consulta prévia se apresenta como a reação do sistema jurídico à interferência de estranhos nos territórios das comunidades étnicas. É a ação de interferir que é objeto de regulação sob a forma de normas de proteção daqueles cujo modo de vida é interferido. (Rojas Rios, 2022).

O consenso liberal pacífico dos direitos começa por acreditar na compatibilidade da exploração mineira e na proteção do ambiente, argumentos económicos e ambientais sólidos, mas insuficientes para convencer os sujeitos passivos da ação mineira da compatibilidade do desenvolvimento e da existência de povos e comunidades étnicas. Não é, nem pode ser concebido como uma forma de resolver duas perspectivas antagónicas, a perspectiva ocidental do desenvolvimento económico e a perspectiva dos povos de viverem bem (livres da exploração mineira).

O relatório sobre as conclusões da Controladoria-Geral da República relativamente ao cumprimento desta sentença refere:

Estas situaciones se presentan en razón a la falta de rigor y de una debida coordinación interinstitucional entre la autoridad ambiental, autoridad minera y entre la dirección de consulta previa del Ministerio del Interior, con el fin de articular acciones que orienten una adecuada toma de decisiones, dentro de los tramites de solicitudes de contratos de concesión minera y de solicitudes de aprobación de instrumentos ambientales ante las autoridades ambientales (Contraloría General de la Nación, 2020).

Como pano de fundo temos tensões vitais, culturais, políticas e económicas que não são resolvidas com o desdobramento argumentativo e o método racional impressos na sentença.

No que diz respeito à SU-092 de 2021 sobre o drama da comunidade Jiw, como evitar a sua extinção, a última sentença apresentada no livro *O Poder das Minorias*, é importante lembrar que nesta sentença o Tribunal recorda o âmbito e o significado das chamadas ordens estruturais, que, pelas suas características, são adotadas pelo Tribunal Constitucional e têm como traços distintivos o facto de serem tipicamente - embora não exclusivamente - enquadradas num estado de coisas inconstitucional e envolverem a conceção e execução de políticas públicas. Assim, as ordens estruturais são aquelas que visam (i) declarar, reiterar, modificar ou superar um estado de coisas inconstitucional, (ii) orientar ou reorientar a estratégia de superação de um estado de coisas constitucional, ou (iii) envolver a formulação e execução de políticas públicas, estando, por isso, reservadas ao Tribunal Constitucional.

No resumo, o Tribunal indica que:

Fruto de ese estudio, la Sala Plena encontró que la comunidad indígena Jiw del resguardo Naexal Lajt de Mapiripán ha visto vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, al agua, a la autonomía, a la etnoeducación, a la atención y reparación para las víctimas del conflicto, a la vivienda digna y a la alimentación adecuada, seguridad alimentaria y soberanía alimentaria. Sin embargo, atendiendo al principio de complementariedad y a los criterios de coherencia y armonización que deben guiar la labor del juez de tutela, la Sala resolvió tutelar y adoptar algunas medidas concretas y urgentes con el fin de mitigar la crisis provocada por el desplazamiento forzado y el conflicto en el citado grupo étnico en relación con los derechos a la salud, al agua, a la etnoeducación y a la alimentación, al paso que se optó por preservar el esquema de monitoreo adelantado por la Sala Especial de Seguimiento y abstenerse de adoptar medidas adicionales en relación con los derechos a la autonomía, a la atención y a la reparación para víctimas del conflicto, y a la vivienda.(SU-092 de 2021)

Na reflexão final sobre a SU-092 de 2021, no livro “El poder de las minorías” (O poder das minorias), o exjuez Rojas conclui que “(...) *en este sentido podría decirse que hay una gran deuda del Estado en materia de estrategias organizativas y de implementación de la atención y de preocupación genuina por las comunidades más vulnerables*” (Rojas Rios, 2022: 517), este aspeto é revelador da falta de estrutura e de coordenação do Estado no que respeita a estas questões em particular. Conclui-se que uma sentença como esta fornece ideias que alertam para a negligência na forma como as políticas de proteção são implementadas, e refere-se à importância de aprender a utilizar estas ferramentas normativas e orçamentais para incluir os cidadãos colombianos da comunidade Jiw nos benefícios do Estado Social e Democrático de Direito, e assim evitar a sua eventual extinção.

Juntamente com os casos analisados na sentença T-387 de 2013 do povo Yagé, e a do povo Jiw, SU-092 de 2021, existem inúmeras sentenças que não estão a ser cumpridas total ou parcialmente no país. O estado de coisas inconstitucional derivado do deslocamento forçado persiste, devido à precária capacidade do Estado de garantir o gozo efetivo dos direitos dos deslocados e de corrigir as deficiências diagnosticadas (C. C Auto 219, M.P Luis Ernesto Vargas Silva, 13/10/2011). Os diagnósticos, os métodos racionalistas minimalistas ou maximalistas não resolvem a realidade destes povos nos tribunais, o que leva a uma crise de legitimidade jurídica Intra sistémica, pois é o próprio Estado que sistematicamente não cumpre as ordens estruturais do Tribunal e impede, pela sua incapacidade de articular e coordenar a implementação de políticas de proteção destes povos.

No prólogo do livro "o poder das minorias" Gustavo Zagrebelski chama a atenção para a variedade e audácia desta jurisprudência, que coloca o Tribunal Constitucional colombiano na vanguarda da experiência da justiça constitucional, e lendo as decisões afirma Penso quão longe estamos daquele tempo em que se discutia a alegada vocação conservadora dos tribunais constitucionais, suspeitos de serem os últimos guardiões da "justiça de classe" (Rojas Rios, 2022: 18).

O exotismo cultural da nossa jurisprudência é inegável, assim como a orientação predominantemente liberal das suas decisões, mas o que não se pode negar é que o "tribunal" continua com a mesma carapaça conservadora de sempre. Está por provar que não é ainda um "tribunal de classe", mas se olharmos para a origem social dos magistrados teremos um primeiro argumento para este debate pendente.

## Conclusões

No balanço de três décadas de constitucionalismo em matéria de minorias, a vaidade constitucional prevalece sobre a realidade; são muitos os acórdãos que reconhecem a especial desvantagem dos grupos minoritários e pouco ou nada o Estado, no seu conjunto, faz para alterar as situações estruturais de discriminação; a análise do direito à igualdade corrobora-o.

As formulações para responder às desigualdades persistentes por parte do sistema jurídico e sobretudo do Tribunal Constitucional pouco avançaram, para além do espetáculo mediático e de certas sentenças "marcantes" politicamente corretas, para a plateia e para acalmar as galerias, o impacto da jurisprudência na transformação da realidade e da desigualdade persistente é completamente ineficaz. Resta-nos uma excelente gramática constitucional igualitária no nosso património intelectual, que carece de eficácia e as persistências continuam intocadas pelo suave olhar liberal-conservador do sistema jurídico e estatal.

No nosso acentuado constitucionalismo multicultural são muitas as dificuldades em avançar para a efetividade material dos direitos, pelo que é relevante rever a materialização do direito coletivo ao território e o processo que está a decorrer em alguns Estados ditos constitucionais para incorporar os povos como sujeitos coletivos de direitos, nomeadamente como reconhecer a sua propriedade coletiva do território, a administração da sua própria justiça e o direito à consulta prévia livre e informada.

O monismo jurídico hegemónico e o positivismo jurídico preservado encontram terreno fértil na perspetiva multicultural para manter as coisas sempre na mesma, apesar de assumir uma certa "evolução doutrinária", tudo muda para que tudo fique na mesma. Várias sentenças e decisões sobre a jurisdição especial indígena e sobre a resolução de conflitos interjurisdicionais demonstram a plena existência de um pluralismo desigual no caso colombiano.

A perspetiva conservadora multicultural dominante no atual Tribunal Constitucional contraria a jurisprudência do próprio Tribunal, que tem identificado que o conflito interjurisdicional se desencadeia de acordo com as circunstâncias de cada caso e ponderando o grau de incidência que cada fator pode ter na resolução do conflito. Impõe-se uma visão moralista e essencialista de certos direitos para argumentar a incompetência da JEI, nas

chamadas questões de alto grau de nocividade social para a sociedade maioritária. Uma imposição cultural a todos os títulos.

Resumo o ciclo constitucional colombiano como uma gramática jurídica liberal, que acabou presa num pacote neoconservador, e as quatro etapas que se apresentam grafam três décadas de jurisprudência racional minimalista:

**Primeira fase de deslumbramento:** acórdãos fundacionais, acórdãos marcantes e heresias constitucionais.

**Segunda fase de consolidação:** algumas heresias continuam, o teto de vidro é tocado e a técnica jurídica constitucional leva a ponderação e ao seu ponto mais alto, juntamente com o teste de igualdade.

**Terceira fase:** o reconhecimento do rio atrato (T-622 de 2016 C. C.) e o Supremo Tribunal de Justiça, que não fica de fora desta onda, com o relatório do Juiz Luis Armando Tolosa no STC 4360-2018, decidiu uma tutela apresentada por um grupo de 25 jovens, que consideravam os seus direitos como geração futura, a uma vida digna, saúde, alimentação e água ameaçados em resultado da transgressão do direito a usufruir de um ambiente saudável (Art. 79, CP) que é gerado pela "omissão e incumprimento do dever de proteção da Amazônia colombiana por parte das autoridades competentes".

**Quarta fase tudo é possível, mas nada é real:** Recuperação de tesouros (SU-649 de 2017); e cada problema social que representa um "espetáculo mediático" é resolvido por via constitucional, com uma frase emblemática para cada grupo desfavorecido. Em suma: vaidade constitucional e vacuidade cultural.

## Bibliografía

Agencia Nacional de Tierras. (2021). *Respuesta: Estado de trámite del proceso de ampliación del Resguardo Indígena de Santa Rosa del Guamuéz de la etnia Kofán del departamento del Putumayo, radicado ANT No. 20216200621632.*

Alto comisionado para la paz. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (p. 310).

Ariza, R. (2021). Pluralismo jurídico conservador, el monismo jurídico de siempre. *Revista Jurídica de Derecho*, 10(15), 209–226.



Botero Marino, C. (2003). Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Dejusticia*.

Brown, W. (1995). Lo que se pierde con los derechos. In *States of injury* (pp. 96–134). University Press.

Butler, J. (2021). La importancia de la política de reconocimiento. In *Diversidad y reconocimiento XV Encuentro de la jurisdicción constitucional* (pp. 80–87). Constitución Política de la República de Colombia, (1991).

Correa Henao, M. (2012). Minorías, derechos y desarrollo: vanidad constitucional y otras realidades. In *20 años de la Constitución colombiana: Logros, retrocesos y agenda pendiente*. Fundación Konrad Adenauer.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T-442*.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Auto 004*.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T 617*.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-387*.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia 463*.

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T-010*.

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia C-345*.

Corte Constitucional de Colombia. (2021a). *Auto 206*.

Corte Constitucional de Colombia. (2021b). *Auto 750*.

Cruz Rodriguez, E. (2014). Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad. *Revista Criterio Jurídico*, 13(2), 69–101.

Ferrajoli, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra La humanidad en la encrucijada*. Editorial Trotta.

Gómez Isaza, M. C. (2023). Luigi Ferrajoli y los pergaminos de Melquíades. “Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en una encrucijada”, de Luigi Ferrajoli. Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), Madrid: Trotta, 2022. *Revista Derecho Del Estado*, 56(2), 389–395.

Harari, Y. N. (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*. DEBATE.

Margulis, L. (1998). *The symbiotic planet*.

Patek, M., Castro, T., Bruna, P., Jiménez Carmona, S., De la Cadena, M., Martínez Medina, S., Torres, H., Arnal, M., Solà, I., & Sánchez, M. (2021). *Ciencia fricción Vida entre especies compañeras*. CCCB; Direcció de Comunicació de la Diputació de Barcelona.

Rojas Rios, A. (2022). *El poder de las minorías en la Corte Constitucional de Colombia*. Editorial Planeta.

Stavenhagen, R. (2002). Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas. *Revista IIDH*, 48, 123–143.

#### Sobre o autor:

**Rosembert Ariza Santamaría** | E-mail: [rarizas@unal.edu.co](mailto:rarizas@unal.edu.co)

Advogado e Doutor em Sociologia Jurídica. Professor Associado da Universidade Nacional da Colômbia. Membro do grupo de investigação CLACSO sobre Direito, classe e reconfiguração do capital. Diretor do grupo de investigação *Estado e usos sociais da ilegalidade* (E-Ilusos), ligado à Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Nacional da Colômbia.

Artigo Convidado.

RDP, Brasília, Volume 20, n. 108, 15-38, out./dez. 2023, DOI: 10.11117/rdp.v20i108.7709 | ISSN:2236-1766



Licença Creative Commons 4.0