DIMENSIONES DEL DAÑO CULTURAL

Documento técnico

Elaborado por:

Juan Felipe Hoyos
Grupo de Antropología Social

Instituto Colombiano de Antropología e Historia-ICANH

Diciembre de 2021

CONTENIDO

Presentación

Concepto de "daño": su carácter relacional

Del daño moral al daño cultural: relativizando la "propiedad" y el "individuo" a través de la diferencia cultural

Contexto jurisprudencial del concepto

Influencia de la jurisprudencia internacional en la nacional: la Sentencia T-693 de 2011 y el peso del concepto de 'propiedad'

El daño cultural en los decretos Ley de Víctimas: el peso del concepto de 'cultura'

De la dimensión moral a la cultural. Sus vías

Aportes de la ciencias sociales

"Trauma cultural" como daño y como elaboración social

La articulación entre la academia y el movimiento social: el "daño cultural" como concepto contencioso

Daño ambiental y daño cultural: una relación compleja

Características básicas del daño a pueblos indígenas

Daño cultural: limitaciones y concepto provisional

Bibliografía

Presentación

El "daño cultural" es un concepto que pretende ampliar la comprensión frente a cómo la acción humana afecta a los vínculos sociales y culturales entre personas, las comunidades a las que pertenecen y con el medio ambiente. En su desarrollo confluyen sentidos y usos de la academia, los movimientos sociales, el ambientalismo y el derecho. Se consolidó en el contexto jurídico internacional de los derechos humanos, que surge en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Su uso pretende ampliar la comprensión jurídica de los daños morales del afectado o de su grupo (como la honra, buen nombre, dignidad, sufrimiento físico y psíquico...), incluyendo aquellos daños cuyos efectos desbordan la dimensión subjetiva y psíquica del afectado, incidiendo negativamente en los vínculos que el grupo establece con su propio ordenamiento social, cultural y ambiental.

En Colombia, está presente en el abordaje de los conflictos socioambientales (que implican la crisis ambiental contemporánea y el modelo de desarrollo imperante), así como con los efectos del conflicto armado colombiano en diferentes poblaciones marcadas y no marcadas étnicamente. Es decir, está en el entrecruce entre los campos jurídico, ambiental y transicional. Diferentes nociones del daño cultural son usadas en escenarios de consulta previa, procesos de restitución de derechos de las víctimas y en la política pública dirigida a grupos étnicos.

Sin embargo, las experiencias de su aplicación son muy desiguales, lo que ayuda a problematizar dicha noción. Este trabajo trata de elaborar críticamente ese concepto, atendiendo a ciertas constantes que lo atraviesan.

Por una parte, el marco multiculturalista limita el reconocimiento y la protección de la "diversidad cultural" a los grupos y manifestaciones construidos bajo las formaciones históricas de la etnicidad y con una concepción patrimonialista de cultura. De modo que, quedan excluidas de dicha protección legal poblaciones no marcadas étnicamente.

Por otra parte, en las decisiones jurídicas y de política pública se expresan varias contradicciones: Una comprensión del daño cultural que se mueve entre lo material, lo moral y/o lo inmaterial, asimismo, en el alcance del sujeto colectivo a ser reparado y, en consecuencia, en el carácter de su reparación. A este respecto, en el contexto transicional, buena parte de las iniciativas relacionadas con el reconocimiento o visibilización del daño cultural están asociadas con la construcción de memoria histórica. Por ejemplo, los avances del CNMH como las elaboraciones conceptuales de Bello (2014), Sierra Pinedo (s.f) y CNMH (2018), así como diferentes iniciativas organizativas y museográficas como el

“Encuentro nacional de daño cultural” y las exposiciones como “Palabra dulce” y la reciente “Sa-Naciones”.

Sin embargo, cabe preguntar si se ha avanzado de igual manera en otras instancias, tanto de reparación integral como relacionadas con conflictos ambientales, es decir, si los avances y las reconceptualizaciones en contextos de construcción de memoria no se han revertido en escenarios jurídicos, ambientales o de reparación integral (que incluya reparaciones no confinadas a lo simbólico o que rebasen las medidas de satisfacción). Por ello, queda la pregunta: ¿No está el ‘daño cultural’ confinado al ámbito de la memoria?

En tercer lugar, persiste una escisión entre lo ambiental y lo cultural expresada en muchas decisiones judiciales, en el diseño de política pública y en su implementación. Así mismo, sigue siendo dominante la jerarquía entre los conocimientos ambientales construidos desde la ciencia y las tecnologías de la modernidad, así como los conocimientos ambientales desde otros paradigmas o experiencias culturales, que afectan la definición, identificación, protección y reparación de los daños ambientales.

En el marco de los conflictos socioambientales, también nos enfrentamos a escenarios de daños de larga duración, sistemáticos, masivos y multidimensionales, donde el concepto de daño cultural parece no aportar a la identificación y delimitación de las afectaciones, sino siempre deslizarse a dimensiones más relacionadas con territorio o recursos económicos de poblaciones étnicamente diferenciadas. Acaso dimensiones más gobernables o concretas dados los instrumentos jurídicos disponibles, pero que dejan de lado la extrema complejidad de tales problemas facilitando que los grandes actores minimicen sus responsabilidades.

Por último, cabe señalar la densidad de las implicaciones del concepto de daño cultural en el campo jurídico. Ya que, tanto los desarrollos ambientales como los relacionados con el conflicto armado están estrechamente ligados -y limitados- por los instrumentos jurídicos en los que se definen, de donde adquieren sus alcances.

Ahora bien, como se desarrollará en el texto, el peso de la noción de 'daño' es tan fuerte como la de 'cultura'. En ese contexto, el concepto de *propiedad* adquiere relevancia, pues establece la relación entre bienes patrimoniales o jurídicos con los sujetos reconocidos, pues el 'daño' lo es en el marco de esa relación entre un sujeto y un bien. Por lo mismo, la noción de *reparación* que se movilice dependerá de qué nociones de 'sujeto', de 'propiedad' y de 'bien' estén en juego. Y, a su vez, ese entramado responde a la noción de cultura que se active.

Ante este panorama, el presente documento pretende hacer un abordaje descriptivo y analítico del daño cultural, no como un hecho dado ni un objeto antropológico definido,

sino como un concepto en construcción en el entramado de campos que lo disputan. Ello permite darle relevancia a ciertos elementos que se consideran determinantes para comprender sus implicaciones.

Concepto de "daño": su carácter relacional

Conforme a lo anterior, abordar el concepto de daño cultural implica un análisis de la noción misma de daño. Para sensibilizarnos frente al contenido del término, tan naturalizado en nuestra vida, es heurísticamente útil aproximarnos a su etimología.

Daño, de manera general, puede ser entendido como perjuicio, lesión, afectación física, patrimonial o moral. Proviene del latín damnum que significa "detrimento, condena, prejuicio", pero que tiene un sentido originario de "pena", "lo que se da a cambio".[1] De modo que, comparte con "pena" (del lat. Poena: multa) su doble carácter: afectación (emocional) y a la vez *reparación*. Así, el sentido histórico de daño nos ayuda a pensarlo no tanto como una acción o el efecto de dañar, sino a una relación social entre quien experimenta la afectación y quien la realiza. Ese carácter relacional del daño implica un universo de sentidos y procesos sociales en los que se establece el daño, la responsabilidad, y el costo atribuido a esa responsabilidad.

En el derecho, la noción de daño es central y ha recorrido un milenario trayecto entre el derecho romano donde sólo existía el daño al patrimonio del ciudadano y las teorías contemporáneas del daño moral. A ese respecto, Rueda (2007) afirma que la teoría del daño se concretó durante el siglo XIX partiendo de la noción de "patrimonio", entendida como cualquier bien activo o pasivo con contenido económico, donde el daño se daba a bienes materiales, objeto de indemnización. Esto, determinaba que fuera considerado inmoral pedir indemnización monetaria por daños no patrimoniales o morales.

Aunque no es mi objetivo realizar un análisis histórico de la noción de daño, es revelador recoger que en el derecho romano el daño sobre la persona, por ejemplo sobre su cuerpo, no se tasaba en dinero, pues "el cuerpo y la persona libre no admite estimación en dinero. Por lo tanto, desde el punto de vista patrimonial, el derecho romano consideraba que era inestimable la integridad física y moral del hombre libre, mas no del esclavo, el cual era considerado una cosa o bien que conformaba el patrimonio" (38). De modo que, como nos han advertido diversas aproximaciones filosóficas, la noción de persona e,

[1] En: http://etimologias.dechile.net/?indemne.

incluso, de ser humano, no es dada sino construida en el marco de relaciones de poder que se expresan en el derecho (Agamben, Esposito, Butler...).

A inicios del siglo XX, ese carácter inmoral perdió validez y el daño se caracterizó como patrimonial y extrapatrimonial debido al reconocimiento de los derechos patrimoniales y los derechos no patrimoniales, entre los cuales estaban los derechos de personalidad y de la familia. Entre ellos, se encontraba el daño moral o "pretium doloris" (que significa 'precio del dolor').

Dicha ampliación causó, sin embargo, una confusión entre los daños extrapatrimoniales y los morales, que sólo se minimizó a mediados del siglo XX cuando los teóricos Henri y León Mazeaud, y André Tunc crearon una nueva clasificación de daños. Distinguieron dentro del daño moral dos facetas, aún teniendo como eje el "patrimonio moral": "el que afecta a la parte social del patrimonio moral (de contenido material) y el que afecta a la parte afectiva del patrimonio moral (que se relaciona con el pesar experimentado con la muerte de una persona) (Rueda, 2007: 24, 25). Esta distinción es muy importante, pues permeó luego la teoría del daño en Colombia.

Lo extrapatrimonial era, en ese momento, idéntico a lo "inmaterial", y de esa oposición viene la categoría de "daño inmaterial" que se usaría en, por ejemplo, la sentencia T-693 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana. De ese criterio proviene también la diferencia entre aquello que puede "restituir" y lo que no. Una pérdida en el patrimonio material puede ser restituida (se perdió x dinero, se devuelve x dinero) o resarcida (del latín resarcire=remendar, recomponer, re-zurcir un descosido, reparar un daño) (perdió una casa, se le puede dar otra semejante), pero hay bienes jurídicos no restituibles ni resarcibles.

Los daños morales, dentro del ámbito de los extrapatrimoniales, van siendo concebidos como el ataque a los derechos "inherentes a la personalidad de un sujeto de derecho" (Rueda 2007: 27). Ello implicó profundizar en esa distinción basándose en los "derechos de la personalidad", desarrollados desde el siglo XIX (Ibid: 28). Teóricos italianos a mediados del siglo XX, establecieron que los daños morales eran irresarcibles, como por ejemplo el dolor, los sufrimientos psíquicos o morales como, verbigracia, el daño al honor.

Conforme con Arancibia Obrador en su artículo "Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen", estipula que éstos derechos, si bien estaban ya señalados desde el siglo XVIII, toman especial fuerza luego de la segunda guerra mundial. Lo cual, asociado al reconocimiento de los derechos fundamentales y los derechos humanos más allá del carácter constitutivo del patrimonio en la ciudadanía, valorando la vida, la dignidad, la honra, entre otros, como fundamentales al ejercicio de la persona humana, que le son inherentes desde su origen y no se basan en otro

presupuesto que en el de la existencia de la persona (59). Ello hizo que, también en el derecho privado se diera un giro del derecho patrimonial al derecho moral, donde los bienes jurídicos protegidos son los de la esfera constitutiva de la persona.

Según Rueda Fonseca, a la par con el reconocimiento de la especificidad del daño moral los teóricos del derecho introdujeron la posibilidad del reconocimiento pecuniario frente al daño moral. La discusión ha pasado de si es moralmente aceptable compensar un daño inmaterial con un bien material que: primero, no resarce la naturaleza del daño; segundo, puede significar un enriquecimiento gratuito del patrimonio del afectado; tercero, sobrepasa la duración temporal del daño o dolor y; cuarto, la indemnización pecuniaria es establecida con criterios arbitrarios pues no hay una tasa de valores previos por los sentimientos morales (Rueda 2007: 36, 38).

Sin embargo, la noción de "satisfacción" ya introducía que el resarcimiento permite adquirir o acceder a bienes o experiencias que compensen la pérdida (la educación para otro de los hijos, una experiencia placentera, etc). Se parte de la base que "no repara el daño moral pero sí lo mitiga" (37).[2]

Al definirlo, el daño moral puede ser categorizado desde lo "no patrimonial" (lo que no afecta el patrimonio económico) o de lo "incorporal" (lo que no afecta el cuerpo sino los aspectos inmateriales y subjetivos de los pensamientos y sentimientos). Es decir, desde lo patrimonial/extrapatrimonial, material/inmaterial. Pero, al abordar casos de daños al cuerpo físico que producen daños, otros autores han propuesto una categorización tripartita: material, corporal y moral (47).

El trayecto que estableció Rueda, retrata el progresivo proceso de despatrimonialización del derecho, el paso del castigo a la reparación y del individuo al colectivo. La expresión "derechos de la persona", central en la emergencia de la noción de "daño moral" y "daño inmaterial", es propia del derecho civil, a cargo de la esfera privada, y no es la misma fuente que la de los derechos "fundamentales" o "humanos", que han centrado el foco en la reflexión reciente: "Hay una brecha importante que ha abierto la caracterización patrimonial del daño moral y la búsqueda del verdadero resarcimiento para el individuo, que deberá cerrarse abandonando las características patrimoniales del daño moral y ampliando la noción de daño y su clasificación sobre la base de los derechos de la personalidad o de la doctrina de la reparación integral del daño. Será una tarea evolutiva que nos corresponderá a todos" (48).

[2] Otro teórico de mediados del siglo XX, Von Turl, estableció que sólo el daño patrimonial se indemnizaba, pero que el daño moral podía ser "compensado", entendido como "satisfacción" una suma que podría ser usada para darse "satisfacciones materiales o ideales que considere oportunas" (Rueda 2007: 30).

Del daño moral al daño cultural: relativizando la "propiedad" y el "individuo" a través de la diferencia cultural

Como vimos en el apartado anterior, las nociones de "patrimonio" e "individuo" han sido centrales en el desarrollo de la teoría del daño. Sin embargo, estas categorías se ven tensionadas por dos elementos que son para este texto centrales: Primero, el avance de la teoría de los derechos humanos y, en ese marco, del reconocimiento de la especificidad cultural como fundamento a la acción de derecho. Y, segundo, la incorporación de una noción de cultura en la jurisprudencia que establece una relación esencializada entre el colectivo étnico y su tierra, al punto que define su identidad y existencia cultural. A mi modo de ver, ello sucede tanto por el avance de los instrumentos de derecho internacional de los pueblos indígenas, como por su desarrollo conceptual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presentaré a continuación, mi comprensión de ese proceso.

Contexto jurisprudencial del concepto

De acuerdo con Cabezas (2012), el concepto de "daño cultural" aparece de manera clara en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a inicios de la década del 2000, y toma como centro las sentencias "Efraín Bámaca VS. Guatemala" del año 2000[3] y "Awas Tingni VS. Nicaragua" del 2001. Si bien, su análisis se ha convertido en una referencia obligada para los no muy abundantes estudios sobre daño cultural, aquí haré una lectura propia de esas sentencias, tratando de dar relevancia a otros temas que están en el trasfondo del daño cultural, como el traslape entre daño cultural y enfoque diferencial, la oposición entre formas de tenencia y propiedad, entre otros.

En "Efraín Bámaca VS. Guatemala" del año 2000, la Corte IDH abordó el daño cultural o espiritual causado por el Estado de ese país a la comunidad indígena *mam* por la recusa de entregar a esa comunidad el cuerpo de un líder indígena muerto en un combate entre el ejército y el grupo insurgente al que pertenecía. Más allá de la pertenencia de la víctima a un grupo que disputaba al Estado su poder, la Corte valoró que la omisión estatal de no retornar el cuerpo a su comunidad lesionaba las prácticas mam relacionadas con la muerte, en las que la presencia del cuerpo del difunto es esencial para restablecer el vínculo entre las dimensiones de los vivos y los muertos. Este precedente está relacionado con la

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

proyección social del sufrimiento, al atender al modo en el que el daño, al alcanzar a una persona, también alcanza a toda su "comunidad".

Otras sentencias de la CIDH han dado relevancia a la necesidad de tener en cuenta el derecho consuetudinario o propio en la valoración del daño (Aloeboetoe y Otros versus Suriname, 1993) aunque, a mi juicio, no es tanto de un daño cultural como de una decisión con enfoque de pluralismo jurídico, al reconocer los patrones de filiación y descendencia maroon como "derecho válido" (Ibid).

La sentencia de Bámaca vs. Guatemala incorpora, de manera marginal, lo cultural en su razonamiento. Aquí principalmente, hay una indagación sobre la desaparición forzada, la tortura y los tratos crueles e inhumanos. De ellos se desprenden, no tanto por testimonios directos como por jurisprudencia anterior, que cuando se violan derechos fundamentales como la vida o la integridad física, sus familiares también pueden ser considerados víctimas por el alto valor que tiene la víctima para ellos, la incertidumbre y el sufrimiento que les producen. Lo anterior lo aplican principalmente a su esposa, la periodista estadounidense Jéniffer Harbury, que no compartía los mismos patrones culturales que la comunidad de origen de Bámaca.

De hecho, este tema es abordado más por el voto razonado del presidente de la Corte, cuando reflexiona sobre la "universalidad" del valor de la relación entre vivos y muertos: "la búsqueda de un entendimiento de la muerte encuéntrase presente en todas las culturas y tradiciones filosóficas del mundo. Es este un tema verdaderamente universal, además de perenne, cultivado por las culturas de todos los pueblos en todos los tiempos" (93), ilustrando tal carácter con la tragedia *Antígona* de Sófocles. Pero, es más una interesante reflexión filosófica y jurídica sobre la muerte, los muertos y su relación con la ley, pasando por reflexiones sobre la solidaridad espacial y temporal, la "solidaridad humana" como fundamento "del pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano" (97). Y de allí colige:

"De ahí la importancia de las culturas, -como vínculo entre cada ser humano y la comunidad en que vive (el mundo exterior)- en su atención unánime al respeto debido a los muertos. En medios sociales fuertemente impregnados de una visión comunitaria, como lo son los africanos, por ejemplo, prevalece un sentimiento de armonía entre los vivos y los muertos, entre el ambiente natural y los espíritus que lo animan. Las manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho. No se trata, en absoluto, de un "relativismo cultural", sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas" (28).

Y continúa reflexionando críticamente sobre el "relativismo cultural", que considera una visión errada sobre el dinamismo cultural, y un lastre a la universalización de los derechos fundamentales. Además, prosigue:

"Los derechos humanos universales encuentran respaldo en la espiritualidad de todas las culturas y religiones, están arraigados en el propio espíritu humano; como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia conciencia jurídica universal. Todos los avances mencionados, debidos a esta conciencia jurídica universal, se han dado en medio de la diversidad cultural. Al contrario de lo que pregonan los voceros del llamado -y distorsionado- "relativismo cultural", las manifestaciones culturales (al menos las que se conforman con los estándares universalmente aceptados de tratamiento del ser humano y de respeto a sus muertos) no constituyen obstáculos a la prevalencia de los derechos humanos, sino todo al revés: el substratum cultural de las normas de protección del ser humano en mucho contribuye para asegurar su eficacia. Dichas manifestaciones culturales -como la del respeto a los muertos en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes- son como piedras sobrepuestas con las cuales se erige la gran pirámide de la universalidad de los derechos humanos (99).

Su objetivo es, reforzar la ampliación de la noción de víctima a los familiares y los vínculos y lazos de solidaridad entre vivos y muertos (de ahí tanto el tema de solidaridad temporal como de la solidaridad como fundamento de los derechos). Ambos puntos señalan una verdad final: "que la suerte de uno encuéntrase ineluctablemente ligada a la suerte de los demás. Uno no puede vivir en paz ante la desgracia de un ser querido. Y la paz no debería ser un privilegio de los muertos. La desaparición forzada de una persona victimiza igualmente a sus familiares inmediatos (a veces desagregando el propio núcleo familiar), tanto por el intenso sufrimiento y la desesperación causados, cuanto por sustraer a todos del manto protector del Derecho" (102).

En el caso de "Awas Tingni VS. Nicaragua" de 2001, los testimonios e interpretaciones establecen una estrecha relación entre la cultura y el territorio a través de "sitios sagrados". Para ello, la sentencia se apoyó en testimonios de antropólogos, como Theodore Macdonald Jr. y Rodolfo Stavenhagen. No obstante, una parte importante de la argumentación, y que Cabezas no recoge, está relacionada con la historia del poblamiento, la relación con otras comunidades, la formación de fronteras en ese proceso, el trabajo en el territorio para tratar de caracterizar "un vínculo esencial" de los pueblos indígenas con su tierra, concepción que da resonancia a las ideas que habían sido promovidas por la OIT en su Convención 169 de 1989. Como señaló Stavenhagen:

"Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc.

El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de la tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos".[4] (…) "Todo esto forma parte de la cosmovisión indígena que en la actualidad está siendo recogida por el derecho positivo y se está construyendo un derecho internacional indígena. Lo abarcan los trabajos de las Naciones Unidas, en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Indígenas, lo comprende la Organización de Estados Americanos, en el Proyecto de Derechos Indígenas, lo recoge la Organización Internacional del Trabajo, en el Convenio 169. Hasta ahora, el reconocimiento de esos derechos indígenas es meramente formal, ya que no se ha podido adelantar en la reglamentación de los mismos. El Convenio de la OIT los recoge en forma general e impone el reto de traducir estas normas en reglamentaciones a nivel nacional para que sean efectivas". (26, 27).

El análisis de la Corte, concentrada en los artículos de la Convención que fueron violados en los hechos, se concentra de manera importante en la propiedad de la comunidad sobre su territorio, insistiendo en el enfoque de pluralismo jurídico: "El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro" (75). La Corte ordenó una reparación pecuniaria sobre el estado de Nicaragua por el daño inmaterial producto de no haber delimitado el territorio de awas tigni.

En el voto razonado del presidente de la Corte y otros magistrados, resalta "la importancia vital que reviste la relación de los miembros de la Comunidad con las tierras que ocupan,

[4] Testimonio de Rodolfo Stavenhagen en la sentencia "Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS. Nicaragua Sentencia de 31 de agosto de 2001" (pg. 25).

no sólo para su propia subsistencia, sino además para su desarrollo familiar, cultural y religioso. De ahí, su caracterización del territorio como sagrado”**…** (90), citando el vínculo tanto con el uso de recursos como de lugares “sagrados” por la presencia de sus antepasados como sus divinidades. Pero, su interpretación está más relacionada con el reconocimiento del derecho consuetudinario mayagna donde la propiedad es concebida como “… contraria a la privatización y a la comercialización y venta (o alquiler) de los recursos naturales (y su explotación). El concepto comunal de la tierra -inclusive como lugar espiritual- y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el hábitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación” (91).

Y lo respalda citándose a sí misma: “"(...) Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad (...). Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras" (ibid).

Es decir, el goce y usufructo de la tierra mediado por formas culturales (formas de explotación, propiedad, sacralidad), y entendidos como un “derecho” tanto en la legislación internacional como en la “consuetudinaria”, implica que la garantía del derecho a esa tierra (de su usufructo, goce, tenencia, etc) determine el ejercicio de la cultura misma.

Por eso, la CIDH complementa: “Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro” (91).

Lo anterior, es el retorno de esa relación a la constitución de la subjetividad, el decir que sin la tierra “no son nada”. Y por eso, inmediatamente después llaman a fortalecer “la relación material y espiritual” con la tierra, tanto por el legado recibido como por el legado a entregar. Lo cual, hace relevante la noción de “conservación” por encima de la explotación de recursos, y, revela la idea cultural de integración entre ser humano y naturaleza. Asimismo, refuerza el valor de las “generaciones futuras”. Está tomando forma con el derecho internacional desde la década de 1980.

Así que, el lugar de la Corte es la reinterpretación de las descripciones culturales en forma de normas que se abstraen, generalizan y entran a formar parte de la ley y la jurisprudencia, articulándose a otros lenguajes vigentes que permiten su integración, como el lenguaje ambiental y la reflexión sobre la propiedad y lo común. Así mismo, proyecta la racionalidad de la protección del patrimonio vigente en los centros de poder a las regiones que usualmente han sido consideradas tierras de nadie con las que se tiene una relación extractivista. Tal vez, por eso, las titulaciones territoriales (junto con las territorialidades de conservación ambiental) son la primera forma de ordenamiento de las regiones otrora objeto de la explotación colonial en la era del ambientalismo.

A juicio de la Corte, "en esta Sentencia (...) la Corte, por primera vez, profundiza en el análisis de la materia, en una aproximación a una interpretación integral de la cosmovisión indígena, como punto central de la presente Sentencia" (92). Es decir, lo que encuentra relevante es que la sentencia toma la concepción mayagna sobre la propiedad y la relación con la tierra (entendidas como parte de su derecho) como el fundamento de su decisión. ¿Podría decirse que adopta el punto de vista mayagna? ¿Que integra el derecho mayagna al internacional como un ejercicio de pluralismo jurídico? ¿Que reconoce la especificidad cultural mayagna?

A mi modo de ver, este ejercicio jurisprudencial no define o usa la idea de "daño cultural", más bien, señala que la cultura debe ser tenida en cuenta cuando se analiza el daño. Ni siquiera implica que se la tenga en cuenta para establecer la reparación pues la que decidió en este caso fue 1) pecuniaria y 2) dirigida al sistema jurídico ordinario nicaragüense para que titule las tierras. Es decir, existe aquí un traslape, al menos parcial, entre la noción de daño cultural y la de enfoque diferencial.

Con todo, la Corte finaliza la sentencia con una particular declaración de principios donde rechaza el relativismo cultural radical. Sostiene que atender a la diversidad cultural es condición para asegurar la eficacia de los derechos humanos, pero que ello no implica que su reconocimiento implique rechazar los "estándares universalmente reconocidos" de los derechos fundamentales, ni mucho menos, aceptar el "relativismo cultural" (93). Lo anterior, sugiere que a la luz de la racionalidad jurídica que brinda el reconocimiento, la postura secretista, de diferencia radical o de inconmensurabilidad cultural, es una expresión que iría en contra del espíritu específico del reconocimiento. Pues, implica la incorporación de la especificidad cultural de la relación social vulnerada (sea la relación con la tierra, con los muertos, con el entorno natural, con los sitios sagrados) en la decisión jurídica. Además, podría ser una expresión del "relativismo cultural" que, según Trinidade Cancado, atenta contra el ejercicio de los derechos humanos, pues estos se basan en la "como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia

conciencia jurídica universal" (ver supra), pues la especificidad cultural es el sustrato de los principios universales del valor de la persona humana (derechos humanos) que lo conforman y, a su vez, permiten su retorno a la aplicación concreta, su "eficacia".

En general, lo que deja ver la lectura personal de las sentencias más relevantes de la CIDH sobre el tema citadas por Cabezas (2012), es que hay varias dimensiones que no se remiten sólo al daño a la cultura. Por una parte, hay una incorporación de las normas y valores culturales de la comunidad en cuestión como parte de la racionalidad jurídica con la que se decide el caso, también se reconocen los daños a familiares y la especificidad cultural de ciertos fenómenos que a la vez son considerados como universales. Los votos razonados del magistrado Trinidade son centrales en la configuración del concepto, casi más que las sentencias, y hacen énfasis en el rechazo al "relativismo cultural" que conlleva a una visión estática de la cultura, suponiendo un riesgo para el avance de los derechos humanos, bajo la premisa de la unidad filosófica y religiosa de sus principios, pese a la especificidad cultural. Así, se posiciona desde el reconocimiento multicultural a la diversidad en un marco moral universalista.

Influencia de la jurisprudencia internacional en la nacional: la Sentencia T-693 de 2011 y el peso del concepto de 'propiedad'

Desde la década de 1990, ya se hablaba de instrumentos jurídicos colombianos que contemplaran "impactos culturales" en el marco de la normatividad de la consulta previa. En el Decreto 1320 de 1998 que regula la consulta previa, la protección de la "integridad cultural" o a la "subsistencia de los grupos étnicos" (Sentencia C-461 de 2008) implica, en su interpretación negativa, la referencia a una afectación a dicha integridad. Podría decirse desde un enfoque de garantía de derechos, y siguiendo la sentencia C-461, que el "daño cultural" es la enunciación de la violación del derecho fundamental a la "integridad cultural", la cual depende, entre otras cosas, de la efectiva realización del derecho a la consulta previa.

La sentencia T-693 de 2011 de la Corte Constitucional y los Decretos Ley de reparación y restitución víctimas de grupos étnicos (4633, 4634 y 4635) fueron los primeros instrumentos jurídicos colombianos que incorporaron el daño cultural.

En la sentencia mencionada anteriormente, la Corte Constitucional se refirió al "impacto cultural como modalidad de daño inmaterial" causado a la comunidad Achagua Piapoco, debido a la construcción del Oleoducto de los Llanos, que había "lesionado valores muy significativos de la comunidad, así como sus creencias, y ha causado perturbación espiritual entre sus miembros, al punto que relacionan la perforación con enfermedades y muertes al

interior de la comunidad". Y, ordenó "realizar una consulta a las autoridades de la comunidad Achagua, con la finalidad de adoptar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados a la comunidad dentro de sus territorios con la construcción del oleoducto, que garanticen su supervivencia física, cultural, social y económica".

En este sentido, hay una relación directa entre la sentencia de la CIDH awas tigni con la sentencia T-693 de la Corte Constitucional colombiana. En el apartado 4.5.1. "Visión del territorio en las comunidades étnicas y en la cultura occidental" (pg. 49), la Corte colombiana citó a la CIDH en lo relacionado con el concepto de territorio como bien colectivo, ligado a la existencia social y cultural, parte del medio ambiente y del carácter cultural del concepto de propiedad sobre la tierra. Luego, presenta la definición de propiedad para el derecho ordinario, que representa la cultura occidental, para mostrar sus diferencias y sentenciar que:

"Así las cosas, teniendo en cuenta las diferencias conceptuales que se manejan en torno al territorio, para lograr una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas, es necesario que el Estado, en los procesos de delimitación territorial, exploración y explotación de recursos naturales en tierras comunales, cuente con la participación de los interesados en la adopción de medidas tendientes a desarrollar y garantizar las formas de vida de los miembros de las comunidades indígenas, a partir del reconocimiento de su concepto dinámico de territorio" (T-693: 51).

Esa misma conexión, se pone en evidencia en la sentencia SU-123 de 2018 de la Corte colombiana, la cual ordena modificar la Dirección de Consulta Previa. Al revisar los procedimientos asociados con la consulta, da relevancia al concepto de "afectación directa" contraponiéndolo al de "área de influencia" y muestra las variedades de dicha afectación (incluso tiene una tabla comparativa en el punto 7.3) en los territorios, en "la salud, el ambiente y las estructuras sociales y culturales de estos pueblos". Cuando aborda el enfoque territorial, se fundamenta principalmente en la constituyente colombiana y en la jurisprudencia de la CIDH relacionada con daño cultural. Pero esta sentencia hace énfasis en la divergencia en el concepto de "propiedad" implicado en la territorialidad indígena respecto de la titularidad que da el derecho de propiedad clásico.

"Desde la Asamblea Nacional Constituyente se reconoció que el territorio y las comunidades indígenas poseen una relación simbiótica, esencial y constitutiva, que no puede ser equiparada a la que se deriva de la titularidad del derecho de propiedad clásico. Esa dimensión cultural del territorio se replica en el sistema regional de protección de derechos humanos. (…) "De manera que, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH, que la Corte Constitucional comparte integralmente, la titularidad de ese derecho surge de

la ocupación de un espacio determinado por parte de la minoría étnica y no de la formalización del derecho de propiedad que reconoce la administración, verbigracia un registro. La posesión tradicional reemplaza el título que otorga el Estado. La visión cultural de posesión y ocupación de tierras no corresponde con el concepto occidental de propiedad, pues tiene una significación colectiva y cultural, que merece ser salvaguardada, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana".

Para resumir, elaboré esta tabla que muestra esquemáticamente las transformaciones de las nociones clave de la teoría del daño.[5]

BASES DE LA TEORÍA DEL DAÑO EN EL DERECHO CIVIL, SIGLO XIX	TRANSFORMACIÓN EN EL S. XX
Individuo	Colectivo
Patrimonio Material económico	Extrapatrimonial (derechos a la personalidad y a la familia) Inmaterial Moral (derechos inherentes a la personalidad, luego derechos fundamentales)
Indemnización	Restitución / Resarcimiento / Reparación
Derechos de la "persona"	Derechos "fundamentales" o "humanos"
Énfasis en el responsable	Énfasis en el daño

[5] Tabla que elaboré para la segunda sesión del taller "El daño cultural en el marco del Plan Maestro de Protección y Restauración del PNN Tayrona". Aporte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia a la implementación del "Plan maestro de protección y restauración del PNN Tayrona", ordenado por la sentencia T-606 de 2015 de la honorable Corte Constitucional.

El daño cultural en los decretos Ley de Víctimas: el peso del concepto de 'cultura'

Para el caso colombiano, el Decreto Ley de Víctimas para pueblos indígenas 4633 de 2011[6] define el daño a la integridad cultural. En su artículo 44 afirma que:

> "Los daños culturales comprenden el ámbito material y los sistemas simbólicos o de representaciones que configuran el ámbito intangible y espiritual. Se entenderá como daño cultural la afectación y profanación de origen externo sobre los sistemas de pensamiento, organización y producción que son fundamento identitario, otorgan sentido a la existencia individual y colectiva, y diferencian de otros pueblos, en los términos del presente decreto. Estos sistemas se manifiestan a través de la cosmovisión; los rituales y ceremonias; el ordenamiento y manejo espacial y temporal del territorio: los sitios sagrados; el idioma; las pautas de parentesco y alianza; las formas de crianza; los órdenes de género y generacionales; el gobierno propio; la transmisión del conocimiento: y el ejercicio y la reproducción de la salud y educación propias; el conocimiento reservado; el conocimiento y prácticas médicas: los sistemas de producción, distribución, autoabastecimiento, consumo, intercambio, comercialización y roles de trabajo; los usos alimentarios cotidianos y rituales; el patrimonio cultural; los patrones estéticos, y las estrategias y redes comunicacionales, entre otros".

Sea que no se haya establecido una definición del daño cultural, como en el caso de las sentencias de la CIDH, o que se establezca una definición extensiva como en el decreto ley 4633, este concepto depende de la noción de cultura que implícitamente se esté movilizando por las partes. En la normatividad y la jurisprudencia colombiana, el concepto de "cultura" tiene tres acepciones fuertes: como un conjunto de saberes e información culta; como las manifestaciones artísticas y literarias de las formas de vida tradicionales (por ej. La Sentencia C-421 de 1997); y como un "conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias" (Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura). Es decir, estas acepciones se caracterizan por tres sentidos: erudición, folclorización y diferenciación. En el marco de los principios constitucionales del reconocimiento, protección y promoción de la diversidad cultural, el último sentido ha adquirido gran importancia, al punto de poder afirmar que la "cultura" se ha tomado como sinónimo de "diferencia" haciendo énfasis en

[6] Decreto Ley de víctimas para pueblos indígenas, 4633 de 2011. "Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas".

los diacríticos o marcadores que hacen de los grupos étnicos expresiones de la diversidad cultural de la nación.

Si bien, su reconocimiento constitucional y legal fue un avance, ha tenido un efecto nocivo: deviene en comprensiones exotizantes y esencializantes de las formas de vida de los grupos étnicos (Vera Lugo, 2006), al punto que, si no se enfatiza -o incluso se escenifica- la diferencia cultural, pareciera que no se legitima el daño cultural, como hemos visto en escenarios de ejecución de sentencias como la T-693 de 2011, que fue la primera sentencia que incorporó la noción de daño cultural.[7] Como resultado de lo anterior, pareciera que sólo los "diferentes" son dañados culturalmente, como puede corroborarse con la notable ausencia del concepto de daño cultural de la Ley de Víctimas 1448 de 2011, que si bien se dirige a la población colombiana no marcada étnicamente, carece del reconocimiento de los daños culturales que tienen efectos particularmente negativos para la población campesina.

Mal harían las ciencias sociales y el ICANH en particular, al establecer una definición única y aparentemente técnica de lo que es cultura. Tan compleja es su definición, que algunos académicos han pedido que se abandone su uso como categoría analítica. Sin embargo, existen varias tendencias identificables. La primera, de corte materialista, entiende a la cultura como un sistema adaptativo al medio ambiente. La segunda, de corte "ideacionista" (Keesing 1993), privilegia las estructuras mentales comunes y entiende la cultura como el conjunto de significados que organizan y dan sentido a la experiencia humana (Ibid). Lo anterior, implica que las culturas son diferentes "puntos de vista" sobre una sola realidad. Una tercera mirada, rechaza la existencia de esa realidad universal acerca de la cual habría acuerdos y desacuerdos de enfoque. Propone en cambio, la existencia de múltiples realidades y múltiples naturalezas. Es decir, no habría tanto un multiculturalismo sino un "multinaturalismo" (Viveiros de Castro 2003), lo que implica aparatos conceptuales diferentes para ser entendidos más no concebidos, como culturas sino como "ontologías".

De modo que, dependiendo del énfasis del concepto de cultura que se emplee, en la noción de daño cultural se hará hincapié en, por ejemplo, aspectos medioambientales y de gobernanza territorial o aspectos simbólicos. Esto tiene, además, varios efectos. Primero, presenciamos una disputa permanente por el reconocimiento de la naturaleza misma del daño. Es decir, no sólo se trata de demostrar que hubo daño y cuál fue su alcance, sino si existe el tipo de daño referido. En esto incide que, además de las diferencias conceptuales,

[7] Cabe recordar que en la Sentencia T-574/96, la Corte Constitucional hace un primer reconocimiento de daño a la cultura, en el caso de daños ambientales que afectan el oficio de pescadores de una comunidad afrocolombiana, partiendo de la base que "el oficio forma parte de la cultura de una etnia, con mayor razón hay que proteger al pescador. Esa protección a la diversidad étnica, en el caso de una comunidad negra de pescadores, fortalece la protección a tal oficio porque éste integra la cultura".

la noción de cultura se ha convertido en un campo de disputa por su definición y redefinición. Disputa que, es fundamentalmente política al implicar una relación directa con el poder: el reconocimiento, la garantía, el ejercicio de derechos, el acceso a recursos, la participación en los escenarios de toma de decisiones a nivel local, regional y nacional, tanto en la participación electoral como -y sobre todo- en la interlocución de los movimientos sociales con el Estado y la participación en la definición e implementación de políticas públicas, en un proceso de tensión y retroalimentación permanente (Jackson, 1996; Wright, 2004). Segundo, la no unicidad del concepto de cultura genera una disputa acerca del tipo de reparación que requiere, al referirse a afectaciones difícilmente medibles y, mucho menos, reversibles a un estado anterior. Tercero, supone grandes retos para establecer qué medidas pueden tomarse desde el Estado para prevenir la repetición de los daños, dada su extrema complejidad.

De la dimensión moral a la cultural. Sus vías

En resumen, el tránsito de la dimensión moral a la cultural del daño se da a través de varias nociones:

- La "Cultura" propia: condición para la realización de las personas y sus derechos. Incluye formas de propiedad, de relaciones de parentesco, relaciones entre dimensiones materiales e inmateriales (cuerpo-espíritu, vivos-muertos…) [Énfasis individual].
- La idea que los grupos étnicos tienen igual estatus que las sociedades nacionales en las que están insertos: Son "sujeto colectivo de derechos" con personería sustantiva, cuya protección garantiza formas de vida [Énfasis colectivo].
- Daños ambientales impactan también a formas de vida diversas particularmente relacionadas con sus entornos: tanto sus condiciones de reproducción (trabajo) como la base material de sus concepciones.
- El conflicto armado ha causado daño desproporcionado y diferenciado a grupos étnicos como sujetos colectivos.

Después del anterior recorrido, la siguiente tabla resume las tensiones involucradas en la definición y reconocimiento del daño cultural:[8]

[8] Esta tabla también la elaboré para la segunda sesión del taller "El daño cultural en el marco del Plan Maestro de Protección y Restauración del PNN Tayrona". Aporte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia

¿QUÉ TIPO DE DAÑO ES EL DAÑO CULTURAL?	¿CÓMO SE RECONOCE?
¿Material-Inmaterial?	¿económico? ¿material?
¿Patrimonial-Moral?	¿Simbólico?
¿Individual-Colectivo?	Restitución Resarcimiento Reparación
¿A la persona jurídica o al ser humano?	¿Compensación? ¿Reparación integral?
¿Quién es responsable?	¿autor material, el Estado?

Aportes de la ciencias sociales

"Trauma cultural" como daño y como elaboración social

Las ciencias sociales han retroalimentado el concepto de daño cultural, tanto en espacios académicos como en la labor institucional, así como en el activismo social y jurídico. Uno de los conceptos que aportó en ese sentido fue el de "trauma social" o "trauma cultural", desarrollados en la década de 1970 pero deudores de una larga tradición fundamentada en el psicoanálisis de principios de ese siglo, y que aportan al enfoque presentado de "daño cultural". El trauma social se configura cuando la comunidad siente que ha sido sometida a acontecimientos que dejaron huellas indelebles en su conciencia colectiva marcando sus recuerdos y cambiando para siempre su identidad cultural (Ortega, 2011: 30). Ortega cita a Erikson y señala que la violencia social impacta "el tejido comunal, lo descompone y le sustrae herramientas para que sus miembros habiten en el mundo: daño a los lazos comunales, y generación de un clima emocional que consume los recursos socioculturales de la comunidad" (Ibid).

Sin embargo, aunque el trauma descomponga el tejido social, es también una elaboración social, "el trauma es una atribución mediada socialmente" (Ortega, 2011: 33). Al respecto, dice J. Alexander que "experimentar un trauma se entiende como un proceso mediante el

a la implementación del "Plan maestro de protección y restauración del PNN Tayrona", ordenado por la sentencia T-606 de 2015 de la honorable Corte Constitucional.

cual colectivamente se define el daño doloroso, se determina la víctima, se atribuye responsabilidad y se asignan las consecuencias morales, ideológicas y materiales" (Ibid). En nuestro país, con la emergencia de discursos, políticas y leyes transicionales, el concepto de daño cultural empuja la construcción social del trauma convocando a los grupos vulnerados a pensar su experiencia de violencia dentro del conflicto como un colectivo. En esa medida, no es extraño que los procesos sociales resultantes de esas reflexiones reelaboren su relación con sus propias prácticas sociales previas y con su pasado. En esa dirección, Ortega propone una definición de trauma social "...para designar los procesos y los recursos socio-culturales por medio de los cuales las comunidades encaran la construcción, elaboración y respuesta a las experiencias de graves fracturas sociales que se perciben como moralmente injustas y que elaboran en términos colectivos y no individuales. Estos acontecimientos presentan dinámicas que rebasan los criterios de previsión de la comunidad e incluso interrogan no sólo la viabilidad de la comunidad sino la vida misma (...) Así pues, un acontecimiento traumático no se define tanto por el final del consenso social ni por la destrucción de la comunidad, sino por la desaparición de los criterios" (Ortega, 2011: 30). Este autor, sigue la posición de Veena Das frente a la experiencia traumática de violencia y la posibilidad de expresarla -o callarla- de las mujeres agredidas sexualmente en los levantamientos que acompañaron diferentes momentos de violencia en la India (Das, 2008).

En esa misma línea, el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) ha sido uno de los principales actores en la construcción de la noción de daño cultural. Guiado por un concepto de cultura ideacional, sostiene que el daño cultural es una acción realizada por un actor dominante sobre un grupo social subordinado, que altera o rompe las prácticas y el sentido colectivo de vida, así como, las oportunidades de reproducir esas prácticas y sentidos ajustados a su forma de organización social, jurídica y económica de manera autónoma. Ello sucede en el marco de unas relaciones de poder desiguales, a través de instrumentos violentos como el de la reiteración de prácticas económicas, sociales y políticas instauradas históricamente (Sierra Pinedo-CNMH s.f.).

También, se ha referido al "daño sociocultural" como la afectación profunda de los vínculos y relaciones sociales. Más enfocada en prácticas cotidianas, ha vinculado dimensiones inmateriales con las materiales, al implicar tanto las prácticas cotidianas y materiales de encuentro, celebración, ceremonia, producción e intercambio como los sentidos, valores y normas de esas relaciones, que sólo se reproducen en su ejercicio práctico. Ello tiene además, efectos en la construcción de los roles sociales (de edad y género), la identidad grupal y el ejercicio de valores sociales como la confianza, la solidaridad y la reciprocidad. Igualmente, se tienen en cuenta los efectos sobre el aprendizaje y el ejercicio de los roles sociales de edad y género, así como el vínculo con el entorno, donde se realiza la

transmisión de conocimientos, normas y valores a través de la práctica cotidiana (Bello, 2014).

La articulación entre la academia y el movimiento social: el "daño cultural" como concepto contencioso

La antropóloga argentina Diana Lenton en su artículo "El 'aporte antropológico' en un caso de evaluación de "daño cultural" (Lenton, 2008), describe cómo los mapuche de la provincia de Neuquén han trabajado el concepto de "daño cultural" entendido como la producción de conocimiento experto mapuche (**ver pié de página 22**), en articulación con académicas activistas. Los mapuche comenzaron a usar el concepto, pues identificaron "su eficacia como bisagra entre la normativa comúnmente aplicada para la actividad hidrocarburífera -conceptos de daño social y ambiental, estudios de impacto ambiental y social- y las posibilidades de aplicación de un nuevo marco de Derecho específico. Además, el concepto de daño cultural permite trascender la demanda por las consecuencias de dicha actividad, en particular, para proyectarse a su historia como Pueblo. Permite entonces, pensar en establecer un puente desde la hegemonía del derecho civil y económico occidental hacia la aceptación de un Derecho Mapuche" (Lenton, 2008: 9).

Es decir, el concepto de "daño cultural" les permitió introducir criterios de su derecho propio en el derecho ordinario, con tres funciones estratégicas:

- Articular la normativa ambiental aplicada a la explotación minera con su propio derecho.
- Historizar desde una perspectiva étnica sus demandas de reparación por daños concretos.
- Empujar una plena aceptación del pluralismo jurídico.

Lenton afirma que, por lo menos en el contexto argentino, ese concepto "nació contrahegemónico", lo que se evidencia al ser sistemáticamente rechazado por empresas como concepto o siquiera como algo debatible. Es esta la situación que requiere la participación profesional "para establecer sus condiciones de posibilidad sobre bases inequívocas, y diseñar su aplicabilidad" (Lenton, 2008: 9). Desde el año 1997, trabajos de antropología contratados por la organización mapuche hablaron de "daño cultural", concepto que ha ido evolucionando en la articulación de trabajos académicos y militancia "originaria", siendo un caso de "recuperación de conceptos científicos para la lucha

política" (Lenton, 2008:10). Lo anterior, es un caso de un concepto traído por el movimiento social cuyo valor explicativo es puesto a prueba por las ciencias sociales.

Así, el trabajo conceptual con los mapuche giró en torno al desarrollo de dos pares de oposiciones que demostraron ser particularmente significativos: daño cultural/cambio cultural y daño cultural/daño socioambiental. Este trabajo, requirió buscar un equilibrio entre "desencialización" y esencialismo estratégico y una separación entre lo social y lo cultural (distinción que queda poco clara) que resultó "en el acercamiento de lo "cultural" mapuche a lo "ambiental" occidental" (Lenton, 2008:13). Desde ese descentramiento de las categorías organizadoras occidentales, argumentaron en sus memoriales que los daños ambientales siempre implicaban daños culturales.

También, diferenciaron entre daño y cambio, respondiendo a la acusación de las empresas de la supuesta impureza o cambio cultural que invalidaba sus derechos y demandas diferenciadas. Frente a ello, sostuvieron una concepción de cambio relacionada con la continuidad de la identidad y de su deseo de conservar los "indicadores" que consideran propios de la misma. Al contrario, conciben el daño cultural como los cambios no deseados ni provocados por los mapuche, es decir, causados por agentes externos, cuyo efecto es disminuir su autonomía como pueblo y aumentar su dependencia; mientras el cambio puede ser positivo, neutro o negativo, el daño siempre es negativo y atenta contra la dignidad del pueblo. Dicen: "aquellos cambios no deseados ni provocados por los mapuche, que no implican una elección de otro modo de vida, sino que han sido provocados por elementos externos (Estado o particulares) y que resultan funcionales a una mayor dependencia del pueblo mapuche y menores posibilidades de autonomía. A diferencia del cambio cultural, que puede ser positivo, negativo o neutro, el daño cultural implica siempre un atentado a la dignidad del pueblo" (Lenton, 2008:15).

Lo anterior parece la aplicación de la teoría del control cultural a la teoría del daño, y es alineado con la teoría de los derechos al fundamentarse en la dignidad del pueblo y en la voluntad de elegir libremente la forma en que quieren vivir, y cuándo quieren ejercer su derecho (Ibid). Lo que parece de fondo es una concepción según la cual toda acción que impida ejercer su forma de vivir y elegir su forma de cambiar es daño cultural.

Al respecto, los líderes mapuche seguidos por Lenton desarrollan una reflexión sobre la relación entre prácticas cotidianas, la "forma de vida", el cambio cultural y el retorno a las costumbres antiguas. Sostienen que elegir realizar modos de vida occidentales no puede ser tomado como aculturación, y los mapuche deben poder elegir cuándo retornan a sus prácticas. Esto porque, el ejercicio de la cultura es el ejercicio de un derecho que pueden "juzgar en cuanto a la oportunidad de su realización" dependiendo de condiciones sociales e históricas específicas que favorezcan o dificulten ese ejercicio (16).

Así, el artículo muestra como daño cultural también tiene una dimensión temporal, ya que afirma que entre más tiempo pase desde el daño más difícil es recuperarlo. Por eso los mapuche afirman que " al defender nuestra cultura no estamos aferrándonos al pasado, sino preocupándonos por el futuro" y por su responsabilidad con las generaciones futuras (16). Ello tiene que ver con una concepción de la responsabilidad intergeneracional, es decir, que la responsabilidad y la solidaridad no sólo se dan en el espacio sino en el tiempo (postura que recuerda el argumento de una de las sentencia de la CIDH en torno a la responsabilidad con las generaciones futuras y que la solidaridad no sólo se da en el espacio sino en el tiempo).

En general, el concepto de daño cultural se enfrenta a dos prejuicios activos: las dudas sobre la ancestralidad y originalidad de los mapuche, así como a la concepción catastral de la propiedad y el territorio. La evasión institucional para usar el concepto de daño cultural en decisiones incluso favorables a los mapuche, expresa el temor a la fuerza del concepto, que, sin embargo, ha sido puesto en juego el pueblo indígena para visibilizar tanto el reforzamiento de una frontera étnica -en unos casos- como la ampliación de los efectos del daño cultural a los no indígenas (19).

Por último, refiere a que la posibilidad de la aplicación del concepto de daño cultural en el ámbito jurídico implica pensar en la "reparación" tanto en su dimensión más utópica (recuperarlo todo) como en sus efectos más catastróficos (fracturas organizativas y comunitarias) tanto por los recursos como por "las cuestiones a definir -sujetos de la reparación, límites grupales, vías legítimas de reparación-" (20). Que por el momento se sigue trabajando en el concepto contando con que la reparación no llegue nunca y se mantenga su capacidad cohesionadora, o se eleve la reparación a un estándar como "la única reparación posible es el barril no extraído".

Daño ambiental y daño cultural: una relación compleja

Enfrentarse a posibles daños sociales y culturales en contextos de cambios medioambientales representa retos adicionales. Por un lado, buena parte de las prácticas sociales y culturales sólo son posibles en la interacción con la naturaleza, de modo que la separación entre lo ambiental y lo sociocultural se desvanece en estos escenarios. A ese respecto, se ha comenzado a hablar de daños o afectaciones "socioambientales" (Beristain, 2010), para cuya identificación confluyen saberes de las ciencias ambientales y sociales. Sin embargo, más allá de esa confluencia, las afectaciones sociales y culturales que suceden en estrecha relación con transformaciones medioambientales implican tener en cuenta también las concepciones y conocimientos de esos mismos grupos acerca del medio

ambiente y de la interacción que tienen con éste. Durante décadas, las ciencias sociales han insistido en que cultura y naturaleza no son entidades separadas ni separables, sino que están interrelacionadas tanto en sus dimensiones materiales como no materiales (Descola & Palssón, 2001). No se trata, entonces, de analizar sólo los atributos usualmente relacionados con el campo de la cultura y la identidad (fiestas, tradiciones, lengua, etc) sino también, tener en cuenta el conocimiento ambiental de la comunidad como conocimiento legítimo sobre los posibles impactos ambientales.[9]

Carlos Martín Beristaín en su libro "Derecho a la reparación en los conflictos socioambientales" (2010) pone de presente la relación entre la violación de los derechos humanos con la disputa por la tierra, tanto en su dimensión productiva como en su dimensión ambiental. Ello ha causado conflictos armados, ataque a comunidades y organizaciones sociales y laborales, despojo y desplazamiento para favorecer intereses productivos. El extractivismo y la industrialización están relacionadas con la lucha por el control de territorios y entornos naturales por sus recursos, y de sus acciones han devenido grandes catástrofes ambientales que han afectado los derechos de millones de personas. El derecho a la reparación de las víctimas ha avanzado en relación con los conflictos armados, pero menos en términos ambientales, afirma (Beristaín, 2010: 12).

Al hablar de reparación respecto de los impactos ambientales, el autor sugiere que implica incorporar la idea de "daño": "Aplicar y desarrollar los conceptos de reparación en temas ambientales obliga a replantear modelos de trabajo y de desarrollo y abordar, desde una perspectiva integral, los impactos en la gente y la naturaleza" (ibid). Esto porque, al definir el concepto de reparación y su relación con los derechos humanos, identifica el vacío que existe al hablarse sólo de "recuperación ambiental" restringida a acciones de limpieza material, sin atender a los derechos de las personas. Dice: "Este concepto de remediación se refiere específicamente a los daños físicos a la naturaleza, y no contempla los derechos de las personas que la habitan o tienen una relación estrecha y vital con ella, ni incluye un planteamiento ecológico más global" (Beristaín, 2010: 19).

Señala que, durante las últimas décadas ha habido avances en lo relacionado con los "daños ambientales", pero la reparación todavía está atada a la concepción patrimonial "sin una perspectiva de reparación integral, que incorpore la restauración de los ecosistemas naturales. Esta reparación integral, contempla tres objetivos fundamentales: a) Ayudar a las personas y comunidades afectadas a superar el daño y mejorar su situación, reconociendo

[9] Este párrafo está extraído del "Informe de campo para el test de proporcionalidad proyecto "concesión material de arrastre río Orito H 16-09081" en cumplimiento de la Sentencia 2012-00132 -proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mocoa-. Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-, noviembre de 2021, página 5. Elaborado por Juan Felipe Hoyos G.

sus derechos individuales y colectivos. b) Restablecer su relación y confianza en la sociedad y las instituciones. Y c) Recuperar las condiciones y espacios donde se reproduce la vida y el equilibrio de los ecosistemas".

En este orden de ideas, según el autor, los conceptos de propiedad, ambiente y territorio no se confinan a la concepción tradicional de la propiedad ni de la individualidad. Pareciera que lo colectivo, como modelo de propiedad anclado en las confrontaciones ambientales y territoriales es uno de los centros del "daño".

Características básicas del daño a pueblos indígenas

En el trabajo conjunto con organizaciones indígenas, el CNMH ha delineado unas características básicas del daño a pueblos indígenas: es sistemático, acumulativo y de larga duración. Además, que el territorio ha sido el principal afectado por el conflicto armado colombiano. Esto se debe a que en el territorio convergen las dimensiones materiales e inmateriales, donde se realizan las prácticas que reproducen la cultura y se construye y disputa la agencia política. Dice, "En suma, el territorio es, al mismo tiempo, un sujeto vivo y una esfera política" (Sierra Pinedo-CNMH, sf: 6). A partir del enfoque de trauma cultural se construye el análisis del daño para los grupos étnicos realizado por el CNMH (2018), quien identifica también la recurrencia de los hechos violentos, su historicidad, el carácter depredador y voraz de los actos, la inscripción en la mente de los victimizados a través de la tortura y el terror para reproducir en ellos su eliminación; la discontinuidad de los rituales de muerte; la profanación, el desplazamiento del territorio y la consecuente ruptura de lazos sociales (CNMH, 2018: 119-ss).

Por último, en el informe de memoria histórica titulado "Tiempos de vida y muerte. Memorias y luchas de los Pueblos Indígenas en Colombia" del CNMH y la ONIC, se proponen dos conceptos para abordar los efectos del conflicto armado en estos grupos. El primero es la "red vital", entendida como "el entramado inter relacional que se teje entre el mundo material de la vida fáctica y la inmaterialidad de las repercusiones que causan los hechos en las relaciones sociales, en la cultura y el territorio" (CNMH & ONIC, 2019: 15). Este es un concepto integrador de las diferentes dimensiones en las que usualmente se categoriza la cultura, poniendo el valor de la vida y el territorio en el centro para mostrar el modo complejo en que violencias específicas contra los pueblos indígenas tienen efectos en la totalidad de su existencia. El segundo concepto es el de "mala muerte", el cual expresa precisamente la ruptura o desequilibrio de la red vital debido a la muerte violenta en el contexto del conflicto armado, y cómo esta afecta el conjunto de relaciones sociales y culturales de los pueblos (Ibid: 25-ss).

Daño cultural: limitaciones y concepto provisional

Pese a su riqueza y a los aportes que han hecho al campo, los enfoques anteriormente delineados tienen, a nuestro juicio, al menos dos limitaciones. La primera, tiene que ver con el concepto de cultura que está detrás de los mismos. Por una parte, este produce el efecto de la existencia de los pueblos indígenas como "archipiélagos de culturas" (Wright, 2004), lo que genera una apariencia de autonomía de los pueblos indígenas de la estructura social nacional previa al evento de daño. De otro modo, ¿cómo podría postularse una ruptura del tejido social y del ejercicio de gobierno? Sin embargo, la postura de los pueblos indígenas y su experiencia de la violencia, expresada en los mismos instrumentos producidos con el CNMH, señalan que la violencia ha sido de larga duración y acumulativa, de modo que, ha sido constitutiva de sus relaciones sociales y del modo en que son actualmente (Hoyos, 2020; Lubkeman, 2018; Das, 2008).

La segunda, tiene que ver con el concepto de daño. Al hacer énfasis en el daño como la ruptura de una continuidad cultural causada por un acontecimiento inusual, nos cuestionamos acerca de qué pasa cuando el acontecimiento es repetitivo y con unos patrones comunes, es decir, sistemático. Los estudios sobre trauma cultural, muestran que hay una permanente tensión entre estructura (sea social o cultural) y evento de ruptura ¿transforma el acontecimiento la estructura o solo la suspende? El carácter sistemático de su acontecer señala, no tanto una ruptura de una estructura social, como una relación entre una estructura analíticamente diferenciada con otra estructura que permanentemente actualiza su relación con la primera a través del asesinato.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que el daño cultural no es tanto la "ruptura" de una estructura sociocultural de prácticas y significaciones por un hecho externo, como una relación histórica que le da forma a una estructura común donde agresor y agredido están en una relación de profunda desigualdad. Relación que es reforzada por medio de la violencia sistemática. Desde esta lectura, el daño cultural es el ejercicio continuado de acciones que reproducen el sometimiento histórico que configuró la relación entre los indígenas y la sociedad nacional. En la cual, su proyecto de vida es precisamente la liberación de la sujeción histórica, y a la vez, la satisfacción de sus aspiraciones de vida en su especificidad, pero sin atarse a las tradiciones, muchas de ellas ancladas en relaciones desiguales de explotación, sino más bien, apuntando a formas de justicia que transformen esas condiciones previas.

Ese discurrir histórico lo entiendo como un proceso con dos caras indivisibles: La primera cara, es la afectación a las concepciones, prácticas, valores, vínculos sociales (parentesco, roles sociales, estructuras de autoridad y liderazgo), ordenamientos político-jurídicos, mediaciones con el entorno natural y las dimensiones espirituales de un grupo. Por

afectación, entendemos la suspensión, prohibición, violación, enajenación, despojo, destrucción o profanación -mediante la amenaza, la violencia, la coacción, la cooptación o la sujeción a través de acciones puntuales y extraordinarias o repetitivas, cotidianas y sistemáticas, arraigadas en las estructuras sociales de dominación- que establecen profundas desigualdades entre sujetos agresores y agredidos. Tenemos en cuenta que, esta relación histórica de dominación implica que las formaciones culturales están interrelacionadas a través de la violencia y las desigualdades históricas, y que su reparación no postula un retorno a supuestas condiciones previas de independencia, sino a la transformación de las condiciones históricas de esa desigualdad.

La segunda cara, es el proceso colectivo mediante el cual el grupo identifica, designa y elabora su experiencia de dolor, encuadrándola en marcos morales y procesos institucionales que sitúan ese daño en un contexto más amplio, como los procesos judiciales, las políticas públicas o el posicionamiento político como actores sociales constituidos o atravesados por esa agresión.

BIBLIOGRAFÍA

Bello, Martha Nubia. 2014. *Aportes teóricos y metodológicos para la valoración de los daños causados por la violencia*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.

Beristain, Carlos Martín. 2010. "El derecho a la reparación en los conflictos socioambientales. Experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos". Bilbao: Universidad del País Vasco, HEGOA.

Cabezas Martínez, Juan. 2012. "El daño cultural en la jurisprudencia de la CIDH". *Revista Judicial, Diario la Hor*a. Febrero 13 de 2012. Disponible en: http://204.11.233.100/la_gaceta_juridica/jurisprudencia-Corte-Interamericana-Derechos-Humanos-gaceta_0_1937206346.html

CCJ-Comisión Colombiana de Juristas. 2018. ¿Cuáles son los patrones? Asesinatos de líderes sociales en el post-acuerdo".

CNMH-Centro Nacional de Memoria Histórica. 2018. *Sujetos victimizados y daños causados. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*. Bogotá: CNMH.

Das, Veena. 2008. "Trauma y testimonio". En *Sujetos de dolor, agentes de dignidad*. Francisco Ortega, editor. Bogotá: Centro de Estudios Sociales-CES, Universidad Nacional de Colombia.

Defensoría del Pueblo. 2019. "XXVI informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. Parte 1. Informe analítico". Defensoría del Pueblo, julio de 2019.

Descola, Philippe y Gísli Pálsson. 2001. "Introducción". En *Naturaleza y sociedad. Perspectivas antropológicas*. México D.F: Siglo XXI Editores.

González, Leonardo. 2020. "Líderes indígenas asesinados". Informe Indepaz. 9 de junio de 2020. Disponible en http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2020/06/L%C3%ADderes-ind%C3%ADgenas-asesinados.pdf

Hoyos, Juan Felipe. 2020. *Disputando el gobierno del conflicto: política awá entre la guerra y la transición.* Tesis para optar por el título de doctor en antropología social, Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas, Universidad Estadual de Campinas, UNICAMP.

Jackson, Jean. 1996. "¿Existe una manera de hablar sobre hacer cultura sin hacer enemigos?" F. Santos Granero (Comp.): *Globalización y cambio en la Amazonía indígena,* Vol. I. Quito, Abya-Yala.

Keesing, Roger. 1993. “Teorías de la cultura”, en H. M. Velasco (Comp.): *Lecturas de Antropología Social y Cultural*. Madrid, UNED.

Lenton, Diana. 2008. El “aporte antropológico” en un caso de evaluación de “daño cultural”. Ponencia presentada en el VI Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica-RELAJU. 28 al 31 de octubre de 2008. Bogotá, Colombia.

Diversidad étnica y cultural:Desarrollos constitucionales, políticas y prácticas nacionales.

Lozano Mancera, Natalia. 2012. "Homicidios de indígenas, 2003-2012: instrumento de apropiación violenta de la tierra". 2012 En: *Forensis. Datos para la vida : herramienta para la interpretación, intervención de lesiones de causa externa en Colombia.* Centro de Referencia Nacional sobre Violencia, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Lubkemann, Stephen C. 2008. *Culture in chaos: an anthropology of the social condition in war*. Chicago, University of Chicago Press.

Ortega, Francisco. 2011. “El trauma social como campo de estudios”. En *Trauma, cultura e historia. Reflexiones interdisciplinarias para el nuevo milenio.* Bogotá: CES, Universidad Nacional de Colombia.

Rueda Fonseca, María del Socorro. “Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris”. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 4, 2007, pp. 21-58.

Sierra Pinedo, Ana Margarita. s.f. El daño cultural en clave étnica y su representación en el museo de memoria histórica de Colombia. Centro Nacional de Memoria Histórica, documento interno.

Vera Lugo, Juan Pablo. 2006. "La jurisprudencia como campo de reflexión de la diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales". *Universitas Humanística* no.62 julio-diciembre de 2006 pp: 205-238.

Viveiros de Castro, Eduardo, “Perspectivismo y multinaturalismo en la América Indígena”. 2003. En: Chaparro Amaya, Adolfo, Christian Schumacher (eds.), *Racionalidad y discurso mítico.* Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, ICANH.

Wright, Susan. 2004. “La politización de la cultura”, en M. F. Boivin, A. Rosato & V. Arribas (Eds.): *Constructores de Otredad. Una introducción a la Antropología Social y cultural*. Buenos Aires, Antropofagia.