

Libardo José Ariza

Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia

Universidad de
Deusto

• • • • •

Instituto de
Derechos Humanos

Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 30

Identidad indígena y Derecho estatal
en Colombia

Libardo José Ariza

Bilbao
Universidad de Deusto
2004

Consejo de Dirección:

Jaime Oraá

Xabier Etxeberria

Felipe Gómez

Eduardo Ruiz Vieitez

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Publicación impresa en papel ecológico

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-580-7

Indice

1. Introducción.	9
2. La construcción de la identidad indígena en América	13
3. El constitucionalismo reciente y los pueblos indígenas en América . .	47
4. Conclusión: Derecho estatal y pueblos indígenas	79
Bibliografía	93
Lista de sentencias de la Corte Constitucional	99

1.

Introducción

En Colombia hoy en día existen cerca de 800.000 personas que pertenecen a comunidades indígenas distribuidas en 82 grupos diferenciados en los cuáles se hablan, según los datos más recientes, «sesenta y cinco lenguas indígenas americanas de muy diverso origen» (Landaburu, 1988)¹. A pesar del pluralismo cultural que ha caracterizado históricamente a la nación colombiana, el derecho estatal —principalmente la Constitución de 1886 que estuvo vigente por más de un siglo, describía a Colombia como una nación católica, culturalmente homogénea². De hecho una lectura desprevenida del texto constitucio-

Nota del autor: Agradezco a Felipe Gómez Isa por su valiosa colaboración y labor como director de tesis. Debo mucho a Manuel Iturralde por sus pertinentes comentarios a una versión anterior de este documento y a Idoia Prado por su permanente apoyo y ayuda logística. La investigación sobre la que se basa este trabajo fue posible gracias a la financiación que me otorgó la Beca Masaji Chiba del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, con cuyo personal siempre estaré agradecido.

¹ Según Bonilla (2003), «cuarenta millones de personas habitan hoy Colombia. De este número 12% son negros, 1,75% indígenas, 20% blancos y 66,25% mestizos. Los aproximadamente 1,2 millones de indígenas que viven en este país pertenecen a 82 grupos diferentes que hablan 64 lenguas distintas». De hecho, a pesar de ser comúnmente homogeneizados bajo el término «indios» o «indígenas», las personas que conforman estos grupos son tremendamente diversas entre sí: «el 90% de la diversidad cultural del mundo se debe a los pueblos indígenas. Más o menos 250 millones de personas, el 4% de la población mundial, pertenecen a uno de los grupos indígenas sobrevivientes» (Dandler, 1994: 45).

² La consolidación del modelo político del Estado de Derecho supuso la homogeneización cultural de las poblaciones presentes en el territorio del Estado, así como la construcción de un pueblo unido por los vínculos que proporciona la igualdad formal ante la ley. La unificación, parece ser, es la característica de una cultura del Estado de derecho que se autodefine como el modelo político por excelencia: «Hace doscientos años, las prácticas sociales y políticas eran tremendamente diversas. Hoy, el respeto hacía esa diver-

nal inducía al lector a imbuirse en la convicción de que se encontraba ante la legislación de un país sin mayores diferencias en su tejido social. Esto ha cambiado, al menos en el ámbito normativo. En efecto, el abandono por parte del sistema legal del tradicional monismo cultural sobre el que se edificó la nación colombiana puede apreciarse en la nueva lectura constitucional de los pueblos indígenas en Colombia. En una de sus sentencias más representativas la Corte Constitucional de Colombia presentó ante la audiencia jurídica del país la nueva posición de los indígenas en el sistema jurídico del país: «la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales»³.

Esta afirmación es mucho más que una apelación retórica. Durante más de cinco siglos los indígenas fueron catalogados por el derecho estatal como incapaces o menores de edad. La mayoría de las leyes que regulaban las relaciones entre el Estado colombiano y las comunidades indígenas se referían a éstas como «incipientes sociedades» o «salvajes en vías de civilización». El indígena, por lo tanto, era considerado como un individuo que carecía de la capacidad necesaria para velar por sus propios asuntos y, por eso mismo, se convirtió en el objeto más preciado de la dominación paternal del Estado y la Iglesia. El cambio que se ha producido en el lenguaje jurídico, en consecuencia, señala el inicio de un proceso de transformación de la posición del indígena en la sociedad. Dicha transformación del pensamiento sobre el indígena supone una revisión de los conceptos y categorías utilizados durante siglos para definirlo y para otorgarle un lugar en la sociedad y en el derecho.

Pero para comprender mejor el presente es necesario volver al pasado. ¿Cuál fue la imagen del indígena que dominó el pensamiento colonial? Durante el proceso de conquista y colonización del «Nuevo Mundo» se presentó un intenso debate entre los pensadores religiosos del momento sobre las posibles justas causas de la guerra contra «esos bárbaros llamados vulgarmente indios», como los denominaba Sepúlveda (1951: 19). Este debate no sólo tuvo como objeto la definición de los justos títulos de la conquista; también se ocupó de construir una imagen del indígena americano que la hiciera posible y necesaria. La construcción de la identidad del indígena americano como un bárbaro incapaz, salvaje, plagado de costumbres aterradoras y apenas con una

sidad ha sido suprimido de la misma forma en que los europeos suprimieron la diversidad de creencias y prácticas religiosas en las culturas que colonizaron. Sólo existe una forma de manejar un orden político/social y da la casualidad que es la nuestra» (Kahn, 1999: 4).

³ Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997. Magistrado ponente, Antonio Barrera.

mínima capacidad de raciocinio proporcionó a la empresa colonizadora el conocimiento necesario para justificar la dominación física y espiritual que se estaba forjando. Dicho saber religioso sobre el indígena, en consecuencia, fue un factor indispensable para la edificación de las sociedades coloniales. La primera parte de este trabajo analiza con detenimiento el pensamiento religioso sobre el indígena y la forma como se articuló con los procesos de conquista física y espiritual. Con independencia de los propósitos particulares de aquellos que pensaron al indígena, la definición de su inferioridad e incapacidad permaneció inalterable. La imagen así construida del indígena llegó a ser aceptada como algo natural e inherente, liberando a la mayoría de las personas de la incómoda pregunta sobre la «naturalidad» de la dominación histórica que se estaba forjando y sobre la que se estaba edificando la nueva sociedad americana. La tesis que se defiende en la primera sección de este trabajo es que este saber de origen religioso jugó un papel determinante para justificar las formas de dominación prevalecientes del momento, bien sea la dominación personal del encomendero o la espiritual del misionero, cuyo marco estructurante fue el derecho indiano.

Al contrario de lo que se podría pensar la independencia americana no supuso emancipación para todos. Esta imagen degradada del indígena no cambió con la independencia y fundación de los Estados americanos. De hecho, como se mostrará en la segunda parte de este trabajo, perduró dentro de los sistemas legales de los nuevos Estados creados según la lógica de naciones sin indios. Los Estados americanos fueron construidos sobre la base de la exclusión de los indígenas, quienes fueron considerados no sólo como un obstáculo para la modernización sino como un peligro para la unidad nacional y la legitimidad de los nuevos Estados. Sólo con las reformas constitucionales que se adelantaron en la década de los noventa en la mayoría de los países andinos se reconoció que los indígenas constituyen una parte integrante de las naciones Latinoamericanas.

En la tercera sección de este ensayo se analiza el proceso que condujo al anterior reconocimiento constitucional por medio del análisis del caso colombiano. Mi hipótesis es que los indígenas fueron explotados simbólicamente para re-presentar el espíritu tolerante y pluralista del nuevo orden constitucional colombiano, para fundar un nuevo Estado sobre los escombros del pasado reciente. Los indígenas, en consecuencia, como el «otro» identificable de la nación colombiana fueron presentados en el proceso constituyente como un símbolo de reconciliación histórica. Lo anterior dio lugar a una nueva política de conservación cultural basada en la protección de aquellos grupos humanos que tienen la capacidad de hacer actual un pasado histórico remoto; una protec-

ción basada tácitamente en su exclusión y fijación espacial en sus territorios ancestrales. No se quiere sugerir que el actual proceso de reconocimiento de la diferencia no tenga aspectos positivos, ni tampoco que haya sido únicamente una estrategia ideológica para cubrir la verdadera iniquidad del régimen político colombiano. El nuevo orden constitucional ha sido un arma poderosa para los indígenas, no sólo para obtener beneficios políticos, sociales y económicos concretos sino para proteger su dignidad, legítimos derechos y, sobretodo, su autonomía y su visión particular del mundo. Hay suficientes pruebas de ello. Lo que se busca evidenciar por medio del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre los pueblos indígenas son las contradicciones internas del proceso así como las tensiones que se manifiestan principalmente en el modelo de protección que se ha adoptado. En efecto, dicho modelo responde a una perspectiva conservadora de la identidad indígena que tiende a «esencializar» la diferencia cultural. Como se mostrará, la adjudicación de los derechos y beneficios constitucionales indígenas depende de la capacidad que tengan las personas que los reclaman para conservar y poner en marcha el pasado. A través de la distinción que hace entre el indígena verdadero y el indígena aparente la Corte estimula y restringe la conservación cultural al ligar la identidad indígena a la permanencia en el territorio ancestral y a la reproducción inalterable del pasado. Por último, en la cuarta parte de este trabajo, a manera de conclusión, se analizan las principales implicaciones de la política judicial de la conservación cultural sobre el actual proceso de construcción legal de la identidad indígena y sobre las relaciones entre el derecho estatal y los sistemas normativos de las comunidades indígenas.

2.

La construcción de la identidad indígena en América

2.1. Entre dos conquistas

Con ocasión de la celebración del quinto centenario del «descubrimiento» de América se propuso en el seno de las Naciones Unidas que 1992 fuera el año de los pueblos indígenas del mundo. El significado de uno de los encuentros culturales más significativos de la historia pretendía ser plasmado en este año, cinco siglos después de que Cristóbal Colón y sus hombres edificaran el Fortín de Navidad en La Española con los restos de una de sus carabelas que zozobró. Los proponentes de la iniciativa pretendían que con este gesto los distintos países reconocieran simbólicamente el catastrófico desenlace del encuentro para los pueblos precolombinos y la situación de subordinación que desde ese momento se configuró. No obstante, la intensa actividad diplomática de algunos países americanos, y que encabezó España, dio al traste con una iniciativa que se consideró peligrosa (Clavero, 1993). En su lugar, y después de varias negociaciones y concesiones se acordó declarar 1993 como el *Año Internacional de las Poblaciones Indígenas en el Mundo* con el propósito de «fortalecer la cooperación internacional para solucionar los problemas con que se enfrentan las comunidades indígenas en esferas tales como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarrollo, la educación y la salud»⁴, sin ninguna alusión explícita al origen histórico de la situación actual. Cinco siglos después aún cuesta trabajo reconocer que las consecuencias de ese lejano 12

⁴ Al respecto véase la Resolución 45/164 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 69.ª sesión plenaria, 18 de diciembre de 1990.

de octubre todavía perviven entre nosotros y que han moldeado, de una forma u otra, gran parte de nuestras instituciones sociales, políticas y legales.

Las diversas interpretaciones sobre el carácter de la llegada de los europeos a lo que en ese momento se denominó el Nuevo Mundo reflejan lo difícil que resulta analizar este hecho y establecer el trato que se le debe brindar hoy a las comunidades sobrevivientes. Algunos, como Santos, consideran que los pueblos indígenas y sus reclamos de justicia hacen explícito «el lado más oscuro de la modernidad, el terror, la opresión y la destrucción que fue inflingida sobre los pueblos no europeos para abrir paso a la modernidad occidental» (Santos, 1995: 325). En su opinión, fenómenos como el imperialismo cultural o la eliminación de formas de conocimiento alternativas, lo que denomina «epistemicidio», son constitutivos del proceso de construcción de la modernidad occidental. Para otros, el descubrimiento y su desenlace fueron accidentes, productos del azar que no pueden ser considerados como actos deliberados de destrucción de formas culturales distintas a la europea ni de dominación de civilizaciones por medio de la guerra. Un ejemplo notable de la anterior lectura es el siguiente: «la presencia española en América comenzó bajo los más felices auspicios, dada la actitud pacífica y obsequiosa de los indios. En esos primeros contactos no se pensó en ningún tipo de dominio territorial, en el sentido que luego se llevó a cabo. Los establecimientos primigenios fueron concebidos para impulsar relaciones amistosas y de intercambio comercial con los indígenas. La ulterior sustitución de esa actitud por la guerra de conquista fue una iniciativa personal» (Pérez Luño, 1991: 15). Esta lectura, sin embargo, no tiene en cuenta que en las celebres *Capitulaciones de Santa Fe*, firmadas el 17 de abril de 1492 entre Colón y los Reyes Católicos, ya se consideraba que la empresa suponía la dominación territorial y la anexión de territorios pues, entre otras cosas, Colón pidió los títulos de «Almirante Mayor de la Mar Océana», «Virrey» y «Gobernador General» de las tierras que descubriera⁵. Tampoco considera que en cierto sentido las exploraciones transatlánticas respondían a la necesidad de proporcionar un nuevo aire a un modo de funcionamiento de la sociedad española que en ese momento parecía agotarse.

⁵ Las Capitulaciones fueron el instrumento básico por medio del cual se desarrolló y regularizó la conquista de nuevos territorios. Suponían una especie de contrato entre la corona y un particular que era usado «para los casos de empresas cumplidas por particulares con delegación de la autoridad regia. A cambio de mercedes y beneficios futuros derivados de la empresa, el rey concedía el apoyo legal necesario y la autoridad delegada» (Osuna, 1991: 79).

En todo caso, se puede decir que el debate actual sobre la naturaleza de la conquista de América tiene como origen remoto la discusión en torno a la llamada *Leyenda Negra* cuyo inicio se atribuye a las crónicas de Fray Bartolomé de Las Casas. Puede que el lenguaje que hoy se utiliza sea distinto, que las lecturas que se realizan sobre lo que sucedió a partir del 12 de octubre de 1492 tengan un referente ideológico diferente y un método de análisis más sofisticado pero parece que en el corazón del debate aún yace el mismo malestar por el desenlace terrible que tal encuentro tuvo para los pueblos precolombinos. Por ello, algunos de manera vehemente aseguran que «evidentemente, aquello no fue un “encuentro” de dos mundos, sino un choque violento que trajo para una de las partes —los pueblos nativos— una terrible disyuntiva: la muerte o el avasallamiento» (Díaz Polanco, 1992: 32)⁶, mientras que otros piden más mesura e intentan encontrar una lectura más moderada para algo que por su dramatismo resulta difícil de aceptar: un encuentro de culturas que supuso la virtual destrucción de una de ellas.

El impacto del choque cultural

Algunos autores aseguran que el resultado inmediato de la Conquista fue la dramática disminución de la población indígena a causa de una brutal actividad militar. Por otra, hay quienes consideran que no hubo tantas muertes y que en todo caso la mayoría de éstas se produjeron por los estragos imprevistos e incontrolables —como las enferme-

⁶ Este mismo autor parece responder a las publicaciones que aparecieron un año antes del Quinto Centenario en el *Anuario de Filosofía del Derecho* y que, de manera general, proponen implícitamente hacer tabula rasa de lo acontecido y remplazar los términos «conquista y descubrimiento» por «encuentro», matización con la que Pérez Luño abre la serie de artículos publicados en dicho Anuario. Los demás artículos se ocupan de analizar los importantes aportes del pensamiento que se forjó, y yo diría legítimamente, la empresa conquistadora. Así, por ejemplo, se dice que es admirable que los pensadores de ese momento «lleguen a considerar el dominio de la Corona en el Nuevo Mundo como algo transitorio, como camino para que las gentes descubiertas lleguen a un nivel cultural material y espiritual suficiente que les permita constituirse en *communitates perfectae* y, así, entrar en pie de igualdad en el consorcio de toda las gentes en la *republica orbis* (...) Tal mensaje, de punzante actualidad, constituye una herencia que hace grandes a quienes lo propusieron y urge, también hoy, a los hombres y a las naciones» (Brufau, 1991: 40). Al mismo tiempo al otro lado del Océano, en México, se publicó una serie de artículos sobre el Quinto Centenario cuyo enfoque y perspectiva de análisis difería radicalmente de la anterior, dado que en opinión de uno de los escritores «de allí surgió no una convivencia de cultura o mundos, sino ante todo una relación entre dominadores y dominados» (Díaz Polanco, 1992: 32). Esto, como se puede observar, demuestra que el debate lejos de haber finalizado parece cobrar cada día más fuerza.

dades— y no como producto de la actividad militar deliberada. En su momento tampoco se dio mucho crédito a las denuncias de Las Casas y ya Juan Gines de Sepúlveda en su discurso ante la Congregación decía lo siguiente: «pues que vuestras señorías y mercedes como jueces han oído al Señor Obispo de Chiapa cinco o seis días mientras leía el libro en que muchos años se ha ocupado y collegido todas las razones inventadas por si y por otros, para probar que la conquista de indias es injusta» (Sepúlveda, 1992: 197).

En todo caso, la lectura de Las Casas llevaba algo de verdad pues la primera conquista fue corporal. La Conquista española tuvo una estrategia específica, una actitud física a la que después seguía una conversión y sometimiento espiritual. Tras el sometimiento físico y militar de los indígenas seguía su sometimiento y transformación en mano de obra, en vasallos o en creyentes. La dominación física de los aborígenes no sólo aseguraba el acceso a un territorio nuevo y sus riquezas sino también la consecución de una fuerza laboral explotable sin más límite que su propia extinción. Por ello, «la espada se convirtió en un eficaz vehículo de movilidad social. Para los colonizadores castellanos el mejor indio era el indio vivo tributario» (Pérez, 1992: 47-48).

No obstante las dificultades que supone establecer con precisión cuál fue el impacto de la conquista española en los pueblos indígenas, algunos trabajos detallados han logrado llegar a conclusiones que parecen ser plausibles. Cook y Borah a través del análisis del comportamiento de la población indígena en la isla de La Española, donde se desplegó el poder conquistador con mayor intensidad, llegan a la conclusión de que en 1496 vivían cerca de 3.770.000 personas pertenecientes a comunidades precolombinas, aunque según sus propias estimaciones «debe haber habido un número mayor en 1492, sobretodo si en 1496 anualmente moría cerca del 40 % de los nativos» (1977: 380). En 1508, apenas unos años después de la llegada de los españoles, la población había disminuido dramáticamente hasta 92.300 personas y continuó descendiendo hasta su desaparición completa a final del siglo *xvi* (*Ibid.*: 380)⁷. Este rápido descenso, según estos autores, se ajusta al patrón general del comportamiento demográfico en las islas del caribe y en las costas de América, en oposición al que se observó en las zonas de alta montaña y clima frío. En efecto, en el caso del México central también

⁷ Durante las primeras dos décadas de conquista la población disminuyó de manera vertiginosa. En 1509 tan sólo habían 61.600 indígenas, cifra que descendió en tres años hasta 26.700. El impacto sobre las formas de vida precolombinas fue de tal magnitud que para 1570 tan sólo existían 125 personas catalogadas como indígenas (Cook y Borah, 1977: 380).

se produjo un dramático declive demográfico, pues si en 1518 había cerca de 25.2 millones de personas pertenecientes a culturas precolombinas, cincuenta años después tan sólo sobrevivían 2.65 millones (*Ibid.*: 11)⁸. Por el contrario, en las zonas de alta montaña de difícil acceso y de clima frío que eran menos favorables a la propagación de enfermedades virales la población no sufrió tan duramente el choque con los conquistadores: «al igual que en México central, las áreas de Colombia estudiadas muestran, además del aniquilamiento de la población, las mismas marcadas diferencias provocadas por la altitud. Esto es, mientras mayor es la altitud, y por lo tanto más frío el clima, menos masiva fue la operación de los factores destructivos y mayor fue la proporción que sobrevivió de la población aborigen» (*Ibid.*: 1977: 17)⁹.

La brutal disminución de la población indígena, por tanto, fue el resultado de una serie de factores que conjugados produjeron un efecto devastador. Las enfermedades como el sarampión, la viruela y las paperas que eran desconocidas entre los indígenas y para las que no poseían defensa alguna pronto se propagaron causando violentas epidemias mortales¹⁰. De hecho, «bajo el efecto de factores letales desatados, o que adquirieron una fuerza virulenta especial con la llegada de los europeos, la enorme población aborigen de América se redujo quizá en un 90 ó 95 % en el periodo relativamente corto de algunas décadas o de un siglo» (Borah, 1989: 283)¹¹. Junto a las enfermedades el efecto de las guerras, la reubicación forzada de la población, la sobreexplotación laboral, los suicidios colectivos y la limitación de la reproducción física

⁸ El comportamiento detallado de la población es el siguiente: «Para comodidad del lector damos a continuación las estimaciones que hicimos. 1518, 25,2 millones; 1532, 16,8 millones; 1548, 16,8 millones; 1568, 2,65 millones; 1585, 1,9 millones; 1595, 1,375 millones» (Cook y Borah, 1977: 11).

⁹ Siguiendo el caso Colombiano estos autores agregan que «los indios que vivían en las provincias más altas y más frías de Tunja y Pamplona sufrieron una tasa de pérdidas mucho menor que los Quimbaya, que vivían en un medio ambiente que corresponde a lo que hemos denominado la zona intermedia de México Central» (*Ibid.*: 403).

¹⁰ Por ejemplo, al estudiar el comportamiento de la población en la región colombiana de Pamplona Cook y Borah concluyen que el declive de 31.850 a 20.700 personas constituye un decremento del 35% de la población en ocho o nueve meses, lo que consideran «un ejemplo muy bien documentado acerca de las características extremadamente letales de una epidemia entre la población nativa» (*Ibid.*: 398).

¹¹ De hecho la llegada de los españoles supuso la transmisión y propagación, en un término temporal relativamente corto, de varias enfermedades que al actuar de manera conjunta devastaron la población autóctona: «estas regiones experimentaron en unas cuantas décadas una serie de reveses que tanto Europa como el lejano Oriente habían sido capaces de aguantar durante milenios. En efecto, los microbios y los virus descubrieron la unidad del planeta mucho antes que el hombre» (Borah, 1989: 289).

causada por la imposición de la monogamia, supuso que durante los primeros años de la conquista la población disminuyera hasta casi desaparecer (Pérez, 1992: 48)¹². Otras lecturas que se apoyan en este tipo de análisis concluyen que el factor que determinó que unas culturas sobrevivieran y otros no fue su grado de «evolución cultural» y su capacidad para adaptarse a los parámetros de existencia constitutivos de la cultura más avanzada. La ecuación que se establece es simple: a mayor similitud mayor conservación por lo que «en las zonas de cultura media y alta (centroamérica y altiplano andino) que corresponde a los imperios azteca e inca, donde las sociedades eran más complejas, la asimilación indígena para los colonizadores fue mucho menos problemática que en las zonas de culturas menos desarrolladas (Amazonas y el cono sur) donde sociedades de subsistencia de organización primitiva y comunitaria no soportaron el proceso de colonización y en su mayoría fueron literalmente borradas del mapa» (Jiménez, 2001: 73-73). Desde esta perspectiva las diferencias temporales, medidas en términos de desarrollo tecnológico, no sólo condicionaron el carácter de la empresa conquistadora sino que determinaron la «evolución» posterior de las comunidades prehispánicas que en materia tecnológica «podrían situarse a más de dos mil años de retraso respecto de los colonizadores» (*Ibid.*: 74).

En todo caso, para que una población que ha sido sometida a un proceso de desestructuración tan dramático como el que acaeció durante la Conquista logre el equilibrio nuevamente pueden pasar varias generaciones, ya que «la destrucción y recuperación constituyen pues un ciclo de quizá cuatro siglos» (Borah, 1989: 283) y, generalmente, una vez se logra «ha surgido un grupo nuevo que difiere de su predecesor» (Cook, 1989: 13)¹³. En unos pocos años la desmedida actividad de los conquistadores había extinguido y puesto en peligro la mayoría de las comunidades indígenas y con ello el futuro mismo de la empresa conquistadora. Las primeras voces de protesta se hicieron sentir, un cambio de estrategia resultaba imperioso, y la voz que se pronunció más claramente y con mayor contundencia fue la de Fray Antonio de Montesinos un domingo de misa en La Española.

¹² Como lo señala este autor, «múltiples documentos muestran que como consecuencia del vacío psicológico generado por la conquista, se produjeron suicidios colectivos y abortos en masa en diferentes regiones para evitar que las nuevas relaciones de dependencia continuaran» (Pérez, 1992: 60).

¹³ El carácter de la población final depende de la posición de poder en la que se encuentren cada uno de los grupos involucrados. Por ello, «si la población invasora es relativamente numerosa, entonces la cepa primitiva podría quedar sumergida por completo y, a la postre, perderse como unidad étnica. Esta situación, al parecer, está a punto de realizarse en el caso del indio americano» (Cook y Borah, 1989: 14).

La Conquista física y espiritual

El domingo víspera de la navidad de 1511 Fray Antonio de Montesinos pronunció el celebre «Sermón de Navidad» en La Española en el que denunciaba los excesos de los conquistadores-encomenderos y los declaraba en pecado mortal. Este significativo hecho señaló la entrada de la Iglesia en el escenario americano, su férrea voluntad de competir con los conquistadores por el control de los indígenas. Montesinos dejó muy claro lo anterior cuando dijo, «Me he subido aquí yo que soy la voz de Cristo en el desierto de esta isla, y por tanto conviene que con atención, no cualquiera, sino con todo vuestro corazón, la oigáis; la cual voz os será la más nueva que nunca oísteis, la más áspera y dura, la más espantable que jamás pensasteis oír todos estáis en pecado mortal y en él vivís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes». La iglesia proponía otro tipo de conquista, una conquista pacífica que no tuviera como objeto principal la dominación física sino la espiritual, que buscara el sometimiento del espíritu del indígena condicionando el despliegue militar a la existencia de una causa justa. La guerra contra los indígenas no desaparece, sólo se le imponen requisitos y un motivo. Ello, naturalmente, suponía una transformación de la estrategia que se venía utilizando.

La brutalidad de las primeas conquistas y el creciente peso de la «duda indiana», es decir, el cuestionamiento de la legitimidad de la conquista y la presencia española en tierras americanas llevó a la búsqueda de mecanismos que permitieran su legitimación. En un primer momento la cuestión fue saldada con las Bulas que el Papa Alejandro VI promulgó el 3 y 4 de mayo de 1493. A través de ellas se otorgó el dominio del «Nuevo Mundo» a los Reyes Católicos para que éstos esparcieran la palabra de Cristo. Así en la Bula *Inter Caetera Divinai* se decía explícitamente que los españoles habían recibido esas tierras para «proseguir por completo semejante emprendida empresa, con ánimo y celo ferviente hacia la fe ortodoxa, queráis y debáis conducir a los pueblos que viven en tales islas y tierras a recibir la religión católica, sin que nunca os intimiden peligros ni trabajos, teniendo gran esperanza y confianza de que Dios omnipotente os auxiliará felizmente en vuestras empresas»¹⁴. Por ello, cuando Cristóbal Colón pretendió en un primer momento esclavizar a los indígenas y traficar con ellos para emular el rentable negocio que enriquecía a los portugueses, los Reyes Católicos se opusieron drásticamente (Pérez, 1992). Teniendo en cuenta que no podía esclavizar a los indígenas por el riesgo de perder el monopolio de

¹⁴ El texto es tomado de Morales (1979: 165-184).

la empresa conquistadora y porque según la doctrina prevaleciente del momento sólo se podían hacer esclavos a los «infieles» —los indígenas eran considerados «paganos»— se decidió cobrarles un tributo como vasallos de la Corona de Castilla. De esta forma, si bien no se conseguía una absoluta mercantilización del indígena por lo menos se aseguraba extraer de él una renta que sostuviera tanto al conquistador como a la Corona española. El valor del indígena radica en su capacidad potencial para enriquecer al conquistador.

En todo caso, la necesidad de legitimar la conquista física condujo e incrementó la influencia de la conquista espiritual. Por ello el debate sobre los Justos Títulos y la creación de mecanismos como el Requerimiento adquirieron tanta importancia. En efecto, la mayoría de las empresas conquistadoras y de las guerras que de ahí se desencadenaban debían ser justificadas por una justa causa y por lo mismo podían ser o no calificadas de guerra justa. Las consecuencias que se derivaban de una guerra justa son bien conocidas, todas ellas previstas por el *ius gentium*, aunque la principal de ellas era la posibilidad de esclavizar a los vencidos. De hecho, como lo señala Obregón, el origen de la esclavitud en principio no se ligó al factor racial sino a la condición de vencido, por lo que «la principal justificación utilizada y su antecedente fue la guerra justa (...) En consecuencia, antes del comercio de esclavos Atlántico, los esclavos no se identificaban necesariamente con un grupo étnico particular y el color de la piel no fue un factor determinante para la esclavitud» (Obregón, 2001: 43). El problema de la conquista de América, por tanto, fue enfocado desde el punto de vista de la guerra justa y por eso el Requerimiento jugó un papel decisivo en sus primeros años¹⁵.

El *Requerimiento* consistía básicamente en la lectura de un documento en el que se explicaba a los indígenas el carácter espiritual de la empresa conquistadora y se les conminaba a aceptar tanto la religión católica como el poder del emperador. Por esto, el *Requerimiento* consistía en un llamado a los indígenas para que abandonaran su cultura, su religión y formas de gobierno para aceptar la cultura y la religión española, pues como lo enunciaba su texto «si así no lo hicieseis o en ello

¹⁵ En opinión de algunos esta institución muestra, una vez más, la reflexión ética sobre la Conquista y no su carácter legitimador de la dominación espiritual y física: «En el requerimiento sobrevive la concepción legalista del Medioevo heredera directa del formalismo ritual del Derecho romano. Pero revela, también, una preocupación y una intencionalidad ético-jurídica que presagian la modernidad, entraña en suma, una conciencia de los derechos de los indios, así como el propósito de la corona española para evitar la violencia y la guerra» (Pérez Luño, 1991: 22).

maliciosamente pusieseis dilación, os certifico que con la ayuda de Dios, nosotros entraremos poderosamente contra vosotros, y os haremos guerra por todas las partes y maneras que pudiéramos, y os sujetaremos al yugo y obediencia de la Iglesia y de sus Majestades, y tomaremos vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haremos esclavos, y como tales los venderemos y dispondremos de ellos como sus Majestades mandaren, y os tomaremos vuestros bienes, y os haremos todos los males y daños que pudiéramos» (Pereña, 1992: 237-239). Siendo fieles al texto, los conquistadores hicieron a los indígenas todos los males que estuvieron a su alcance. Una vez el texto era leído sólo era cuestión de tiempo el desencadenamiento de la fuerza física. No se discutían el hecho de la conversión espiritual y cultural ni la dominación política, sino la forma como lo anterior podía ser producido: voluntariamente o por la fuerza.

Este mecanismo, en todo caso, la mayoría de las veces sólo servía para legitimar formalmente la guerra que ya se tenía prevista o para tranquilizar «las escrupulosas conciencias de los gobernantes» (Martínez, 1999: 261). Los problemas implícitos en dicho mecanismo eran evidentes pues era leído en castellano y generalmente los indígenas no lo comprendían¹⁶. La situación, por lo tanto, no cambió significativamente para los indígenas y la conquista física continuó hasta que puso en peligro el futuro de la empresa conquistadora. El dramático declive demográfico que se produjo llevó a reconsiderar las estrategias que se estaban llevando a cabo. Los conquistadores sólo se percataron de la magnitud del declive, no se habían preocupado por la cantidad de indígenas vivos o muertos «hasta que se hizo evidente que los pocos que quedaban no podían proporcionar toda la fuerza de trabajo que se necesitaba» (Cook y Borah, 1977: 387)¹⁷.

Con el fin organizar el acceso a la mano de obra e impulsar el desarrollo económico en las colonias se impusieron las instituciones de la

¹⁶ Al respecto vale la pena recordar la descripción que hace Fray Bartolomé de Las Casas sobre el funcionamiento práctico del Requerimiento: «estando los indios en sus pueblos o casas seguros, ibáanse de noche los tristes españoles salteadores hasta media legua del pueblo, e allí aquella noche entre sí mesmos apregonaban o leían el dicho requerimiento (...) Y al cuarto del alba, estando los inocentes, durmiendo con sus mujeres e hijos, daban en el pueblo, poniendo fuego a las casas, que comúnmente eran de paja, e quemaban vivos los niños e mujeres» (Las Casas, 1992: 84-85).

¹⁷ Para suplir la mano de obra faltante y para paliar los límites impuestos a la explotación indígena, los españoles empezaron a importar esclavos negros de África; de hecho la empresa conquistadora, «pudo haber traído a América unos quince millones de negros de 1500 a 1850, la mayoría entre 1650 y 1850 (...) parece probable que el comercio de esclavos durante los años 1500 a 1850 causó la muerte o arrebató al África cerca de cincuenta millones de personas» (Borah, 1989: 286).

Encomienda y el Repartimiento. Estas instituciones habían resultado básicas en los casi ocho siglos de guerra de reconquista contra el Islam peninsular y fueron adaptadas a las necesidades del Nuevo Mundo (Martínez, 1999: 237). En términos generales dado que, por una parte, los españoles eran reacios a los trabajos físicos y que, por otra, los indígenas no podían ser convertidos en esclavos y tampoco trabajaban voluntariamente en las empresas de los conquistadores se decidió superar el problema «con el reparto de indios entre los colonos, quienes le pagaban un salario a cambio de su trabajo (...) Para facilitar el acceso a la mano de obra indígena, se ordenó que la población se concentrará en nuevos poblados creados al efecto» (Pérez, 1992: 33). Así el repartimiento consistía básicamente en el derecho que tenían los conquistadores a recibir un determinado número de indígenas para que trabajaran a su servicio dentro de una porción de terreno particular, en las minas o donde fuere, a cambio de un salario exiguo. Bajo este sistema se otorgaba a perpetuidad una gran porción de terreno junto con los servicios de los indios que vivían allí. El conquistador, por lo tanto, tenía el derecho a recibir tributos en especie o trabajo de las poblaciones que tenía bajo su jurisdicción (Martínez, 1999: 330).

Por su parte, la encomienda consistía en la asignación de un grupo de indígenas para que trabajaran no remuneradamente a favor del encomendero quien se obligaba a brindarles protección y a enseñarles la doctrina del evangelio. En este caso, el conquistador-encomendero recibía a los indígenas en virtud de una concesión real pues se entendía que los indígenas como vasallos de la Corona, por estar bajo su dominio, debían pagarle un tributo. De esta forma, al principio en el Nuevo Mundo lo que interesaba era construir a los indígenas como vasallos pues «la riqueza no consistía en ser dueños de campos o minas sino en el número de indígenas que se disponía para hacerles trabajar y explotarlos» (Osuna, 1991: 88). La anterior es la estrategia básica del colonialismo: mantener la situación de subordinación de los colonizados, en este caso los indígenas, como algo estructural y permanente. Como lo señala Nakano para el caso del colonialismo africano, «en el centro del modelo interno del colonialismo está un sistema de relaciones de poder por medio del cual las minorías subordinadas son mantenidas política y económicamente débiles de tal forma que puedan ser explotadas fácilmente como trabajadores» (1991: 174).

Mientras la Corona promovió una política de aculturación total del indígena para obligarlo a pagar el tributo en dinero¹⁸ la iglesia sólo pre-

¹⁸ En opinión de Pérez, la modificación de la encomienda y la obligación de pagar el tributo en dinero y no en especie supuso un cambio en la estructura material de la existencia indígena: «la desestructuración de las comunidades indígenas y el cambio del tri-

tendía reemplazar las creencias religiosas del indígena por medio de una «conquista pacífica» de su alma, modelo que no resultó atractivo económicamente ni para la Corona ni para los encomenderos. La iglesia se oponía en parte a las políticas económicas del momento porque suponían la conversión del indígena en vasallo «con lo que la Iglesia dejaba de tener un control sobre sus vidas en tanto que menores de edad» (Pérez, 1992: 58). La competencia entre la iglesia y los encomenderos por el control de los indígenas supuso un proceso de transformación forzosa de la subjetividad del aborigen, bien para convertirlo en mano de obra o menor de edad. A la vez, los duros trabajos en las minas y los rigores de la explotación laboral constituyeron un poderoso estímulo para que el indígena abandonara su identidad. Por el camino de la explotación laboral y la evangelización el indígena empezó a dirigirse hacia su aculturación mimetizándose dentro de la densa sociedad mestiza que estaba naciendo. El indígena verdadero se convirtió en un indígena aparente. En efecto, para huir de los duros trabajos en las minas derivados del sistema de las *Mitas* y el *Cuatequitl*, «ciertos grupos indígenas comenzaron a preferir en algunas circunstancias convertirse en "mestizos" (sociológicamente hablando) a fin de evitar el pago del tributo» (*Ibid.*: 70). Sufriendo los rigores de dos conquistas la identidad propia del indígena se intentó eliminar y en su lugar se buscó construir una subjetividad que permitiera y justificara su dominación física y espiritual. ¿Cuál fue el pensamiento que construyó al indígena como un sujeto de dominación? Precisamente de esto se ocupa la siguiente sección.

2.2. La discusión sobre la naturaleza del indígena americano

Como acertadamente lo señala Pérez Luño «el debate sobre el Nuevo Mundo comienza, por tanto, con una reflexión antropológica sobre la naturaleza humana» (1991: 26). El hecho de que el más intenso debate del momento se produjera en torno a la «humanidad» de los habitantes del continente americano, alrededor de su pertenencia al género, muestra la crisis que se produjo en el sistema de pensamiento prevalente en el momento no sólo en cuestiones cartográficas sino también humanas: «El repertorio de ideas jurídicas y políticas de la generación de 1492 no contaba con categorías adecuadas para alojar en ellas los pro-

buto en especie a moneda fue lanzando una fuerza de trabajo creciente a los centros urbanos, minas, haciendas, y centros manufactureros. Muchos de estos indios forasteros, considerados sociológicamente como mestizos, cambiaban sus hábitos dietéticos, vestido y lengua» (1992: 108).

blemas derivados del encuentro con el Nuevo Mundo y sus pobladores aborígenes» (*Ibid.*: 19). Dado que las características y formas culturales de los habitantes del así llamado «Nuevo Mundo» no encajaban completamente dentro del esquema general que se usaba para pensar al otro —sarracenos, impíos o paganos— fue necesario construir la subjetividad del indígena, formar con cada uno de sus rasgos una identidad que tranquilizara la ansiedad que produce enfrentar lo extraño y que a la vez hiciera aparecer como natural la existencia y el mundo que se estaba construyendo. El debate en torno a los justos títulos, por tanto, no tenía únicamente como objeto establecer la legitimidad de la conquista, brindarle un marco ideológico de legitimación, sino definir al «otro» que se quería conquistar, proteger o evangelizar¹⁹. Esto, en mi opinión, puede apreciarse en las definiciones que hacen los pensadores de la «duda india» sobre la naturaleza del indígena americano. Tanto en el pensamiento de Gines de Sepúlveda como en el de Francisco de Vitoria y Fray Bartolomé de Las Casas se percibe, a pesar de todo, una coincidencia en cuanto a la definición del carácter del indígena como un no-semejante al español, como un ser inferior cuyo destino es vivir subordinado a la superioridad hispana. Estos tres autores, como mostraré a continuación, construyen la subjetividad del indígena en oposición a la española para demostrar su inferioridad y la necesidad de imponer la cultura del conquistador, la forma de entender y relacionarse con el mundo de los españoles.

La perspectiva más radical se encuentra en el *Democrates Segundo* de Juan Gines de Sepúlveda, esto es, la dominación total. En las primeras páginas de su disertación sobre las justas causas de la guerra que se puede emprender contra «esos bárbaros llamados vulgarmente indios»

¹⁹ El pensamiento religioso del momento permitió justificar mecanismo de dominación que resultaban indispensables para el fortalecimiento económico de las sociedades europeas, no sólo la servidumbre y dependencia de los indígenas sino la esclavitud de los africanos: «En cualquier caso, en este punto es importante mencionar el hecho de que la legitimidad legal de la esclavitud va de la mano con los escritos antropológicos, teológicos y filosóficos de los siglos dieciséis y diecisiete. Estos escritos se concentran en el precepto básico general de la necesidad de que exista una causa justa para esclavizar a otros seres humanos, y no en que la esclavitud en sí misma debería ser ilegal» (Obregón, 2001: 56). Por ejemplo, en un trabajo sobre la incorporación a la vida colonial de las mujeres negras africanas y su educación para el servicio doméstico se indica cómo la labor de adoctrinamiento de éstas por parte de los misioneros en los valores de la confianza, la obediencia y la lealtad para con su amo fue fundamental para el paulatino proceso de dominación colonialista. Como la autora del estudio lo indica, «un patrón de coerción y control opresivo marcó las relaciones tempranas entre mujeres blancas y negras, el cual ha continuado hasta el presente. En la elaboración de una ideología de la domesticidad de la mujer negra basada en las definiciones occidentales de los roles de género, las instituciones misionales jugaron un papel determinante» (Cock, 1990: 76).

(1951: 19), señala la que para él constituye la principal justificación de la guerra de conquista: el destino y condición del indígena es ser siervo por naturaleza. Por ello, si el indígena se resiste a su propia esencia puede ser forzado a aceptarla, puede y debe ser coaccionado para que asuma una identidad que le es extraña pero constitutiva: «la primera es que siendo por naturaleza siervos, bárbaros, incultos, e inhumanos, rechazan el imperio de los más prudentes, poderosos y perfectos, el cual deben admitir para gran beneficio suyo, como es justo por aquella justicia natural, según la cual deben estar sometidos la materia a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, los brutos animales al hombre, es decir, lo perfecto a lo imperfecto, lo peor a lo mejor» (*Ibid.*: 83-84). Para justificar tal aseveración recurre a distintas comparaciones bien sea «el imperio y dominio de la perfección sobre la imperfección, de la fortaleza sobre la debilidad, de la virtud excelsa sobre el vicio» (*Ibid.*: 20), o la equiparación de los indígenas a los inferiores y subordinados dentro de la propia cultura española: «con perfecto derecho los españoles ejercen su dominio sobre esos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio y todo género de virtudes y humanos sentimientos son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos, las mujeres a los varones, los crueles e inhumanos a los extremadamente mansos, los exageradamente intemperantes a los continentales y moderados» (*Ibid.*: 33).

La obra de Sepúlveda está plagada de comparaciones y distinciones entre la grandeza de la cultura española —por tanto su derecho a dominar— y la inferioridad de la cultura indígena —por tanto su obligación de servir—. Para él no sólo es justo sino además útil «que los hombre buenos, excelentes por su virtud, inteligencia y prudencia, imperen sobre sus inferiores» (*Ibid.*: 23). Naturalmente, la virtud reside en la cultura a la que él pertenece, la española, mientras que la cultura indígena es simplemente inferior y por ello debe ser dominada. La supuesta inferioridad del indígena, en su opinión, se puede observar en distintos aspectos. En primer lugar, aquella se puede deducir claramente en su debilidad física para resistir y prevalecer en la guerra pues, tomando como fuente a Hernán Cortés, asegura que no pueden oponerse a la dominación: «siendo por lo demás tan cobardes y tímidos que apenas pueden resistir la presencia hostil de los nuestros, y muchas veces miles y miles de ellos se han dispersado huyendo como mujeres al ser derrotados por un reducido número de españoles que apenas llegaban al centenar» (*Ibid.*: 35), lo que incluso demostraba su falta de sentido común²⁰. En

²⁰ Para Sepúlveda este es un argumento más a favor de la guerra. En términos puramente pragmáticos asegura que «es tal la condición de estos bárbaros, que con la pér-

segundo lugar, minando el carácter humano de los indígenas sugiriendo su similitud con las bestias, con los animales y, por lo mismo, insinuando su imposibilidad de existencia política: «compara ahora estas dotes de prudencia, ingenio, magnanimidad, templanza, humanidad y religión con las de esos hombrillos en los que apenas se pueden encontrar restos de humanidad» (*Ibid.*: 33).

La reducción de la humanidad del indígena es todavía más clara cuando compara los artefactos culturales precolombinos con las creaciones de los insectos; ni siquiera las creaciones culturales de las comunidades precolombinas pueden ser consideradas como verdaderas expresiones de humanidad pues en su opinión «el hecho de que algunos de ellos parezcan tener ingenio para ciertas obras de arte no es argumento de más humana prudencia, puesto que vemos como ciertos animalitos, como las abejas y las arañas, hacen obras que ninguna humana habilidad logra imitar» (*Ibid.*: 36). Por último, la inexistencia de una cultura como tal que deba ser respetada y que evidencie que los indígenas son tan humanos como los españoles demuestra que estos deben ser sometidos. Para Sepúlveda los indígenas no poseen y no son capaces de producir una «verdadera» cultura ya que «ni siquiera usan o conocen las letras ni conservan monumentos de su historia, sino cierta oscura y vaga memoria de algunos hechos consignada en ciertas pinturas, carecen de leyes escritas y tienen instituciones y costumbres bárbaras» (*Ibid.*: 36)²¹. Esta es tal vez una de las versiones más duras y monolíticas del etnocentrismo que puedan ser encontradas.

Tal es el lenguaje que utiliza Sepúlveda para demostrar que los indígenas son siervos por naturaleza. Todo el *Demócrates Segundo* está plagado de adjetivos que afirman la inferioridad del indígena frente al español, la naturalidad de la diferencia, la esencia de cada uno de ellos, el indígena como siervo y el español como amo: «Así, pues, ¿dudamos en afirmar que estas gentes son tan incultas, tan bárbaras, contaminadas con tan nefandos sacrificios e impías religiones, han sido conquistadas por el Rey tan excelente, piadoso, como lo fue Fernando y lo es ahora el César Carlos, y por una nación excelente en todo género de virtudes, con el mejor derecho y el mayor beneficio para los propios

dida de muy pocos hombres en ambos bandos, pueden darse muy grandes avances en su conquista» (1951: 27).

²¹ Incluso hoy se sigue hablando del primitivismo de los pueblos indígenas y del desarrollo superior de los españoles en el momento de la conquista, lo que se prueba aduciendo que ni siquiera los pueblos más avanzados conocían la rueda, al respecto véase Jiménez (1991).

bárbaros?» (*Ibid.*: 38)²². Por eso, no le resulta difícil concluir que el destino natural de los indígenas es obedecer, que deben ser gobernados, puesto que en su opinión «hay pueblos a los que conviene el dominio heril más bien que el regio o el civil, y enseñan que esto sucede por dos razones: o porque son siervos por naturaleza, como dicen que se dan en ciertas regiones y climas del mundo, o porque debido a su depravación de costumbres o a otra causa no pueden ser mantenidos de otro modo en el cumplimiento de su deber. Una y otra cosa concurren en el caso de estos bárbaros todavía no bien pacificados» (*Ibid.*: 119-120). Así, Sepúlveda aboga por una dominación total del indígena basada en los que considera son sus atributos naturales constitutivos. Por lo mismo, la dominación se plantea como perpetua mientras los indígenas se mantengan culturalmente distintos, una guerra justa permanente que sólo cesa con el sometimiento y la conversión cultural: «El imperio, pues, debe templarse de tal manera que los bárbaros, en parte por el miedo y la fuerza, en parte por la benevolencia y equidad, se mantengan dentro de los límites del deber, de tal suerte que ni puedan ni quieran maquinare sublevaciones contra el dominio de los españoles y amenazar su bienestar» (*Ibid.*: 122).

La tesis que defendió Francisco de Vitoria en la *Relecciones de Indios y del Derecho a la Guerra* en torno a los justos títulos difiere notablemente de la anterior. A pesar de su firme exposición argumentativa en contra de la mentalidad prevaleciente sobre la legitimidad de la Conquista, algo que no se pone en duda, fue fiel a la opinión general relativa a la naturaleza de los seres humanos que habitaban el continente americano. Su argumentación se dirigió a limitar el alcance del poder papal asegurando que sólo tenía poder sobre lo espiritual y que, por lo tanto, no podía autorizar causas terrenales. También esperaba sujetar el poder terrenal del emperador al señalar que este «no es el amo del orbe (...) El dominio no puede existir sino en virtud del derecho natural, del divino o del humano» (MCMXXVIII: 63)²³. Sin embargo, la concep-

²² De hecho, en su opinión la abismal diferencia entre las dos culturas se puede apreciar con mayor claridad observando el progreso moral de aquellos que han adoptado la cultura española: «quienes se han mostrado dóciles a los sacerdotes que les hemos mandado, como muchos lo han hecho, tanto se diferencian de su primitiva condición, como los civilizados a los bárbaros, los provistos de vista de los ciegos, los inhumanos de los mansos, los piadosos de los impíos, en una palabra, y para decirlo de una vez, casi cuanto los hombres de las bestias» (*Ibid.*: 38).

²³ Si bien existe coincidencia en la definición del indígena no la hay en la justificación de la conquista. Por eso desde el principio de su obra señala que «aunque se admitiese que estos bárbaros son tan estúpidos e ineptos como se pretende, no se inferiría de ello que carecen de verdadero dominio» (Vitoria, *op. cit.*: 55).

ción que Vitoria tenía de los seres humanos que habitaban el nuevo mundo era clara; de hecho, inicia su disertación con la misma aclaración que realizó Sepúlveda y por ello dice que escribe para precisar la situación que se presentó «a causa de los bárbaros del nuevo orbe, desconocidos antes, a los cuales vulgarmente se les llama indios, quienes hace ahora cuarenta años, han quedado sujetos a la potestad de los españoles» (*Ibid.*: 7). Los indígenas, pues, son unos bárbaros a los que sin embargo no se les puede culpar por haber durado miles de años por fuera del estado de salvación, por haber nacido en el pecado sin recibir el bautismo dado que «no pudieron emplear su razón en investigar lo necesario para salvarse. Considero que el que parezcan tan ensimismados y estúpidos se debe, en gran parte, a su mala y bárbara educación» (*Ibid.*: 51-53). De esta forma, si en el caso de Sepúlveda los indígenas eran bárbaros y siervos por naturaleza en la descripción de Vitoria son bárbaros inhabilitados para razonar como es debido pero que pueden ser redimidos por la educación. Sin embargo utiliza los mismos adjetivos para describir a los indígenas, los mismos que degradan su identidad a la vez que construyen su inferioridad. Los indígenas para Vitoria son «por naturaleza miedosos, apocados y faltos de alcance» (*Ibid.*: 159), por lo que pueden asustarse, entrar en pánico, ante la sola presencia de los españoles y atacarlos al verse «delante de vestiduras para ellos extrañas, armados fuertemente y por ende más poderosos» (*Ibid.*)²⁴. Esta visión del indígena como un bárbaro asustadizo y potencialmente peligroso que apenas puede acceder a los beneficios de la razón inspira todo el análisis sobre los justos títulos de la guerra de conquista.

El principal grupo de títulos legítimos que define en las *Relecciones de Indios* tiene carácter religioso. Además del derecho y deber de «propagar y anunciar el evangelio en las provincias de los bárbaros» (Vitoria, MCMXXVII: 161), también incluye la protección de los indígenas que se hayan convertido a la religión cristiana de los intentos de «reconversión» por parte de las autoridades indígenas tradicionales. En este caso, la posibilidad de perder adeptos y la amenaza latente de la idolatría justificaría la guerra justa, con todas sus consecuencias, contra los indígenas. De esta manera, el proselitismo religioso funciona sólo para una de las partes y los indígenas, por lo tanto, se ven privados de la posibilidad de proteger y propagar su debilitada visión religiosa del mundo. En el mismo sentido, la catalogación de las ceremonias y ritos

²⁴ De lo anterior concluye que, «y así, perturbados por este temor se uniesen y concertasen para arrojar a los Españoles y aun para exterminarlos, repetimos que es lícito a éstos el empleo de la justificada y medida propia defensa» (*Ibid.*: 159).

religiosos de los indígenas como actos de tiranía políticos justifica para Vitoria la intromisión directa de los españoles en las culturas indígenas. En sus propias palabras: «otro título, puede existir, fundado en la tiranía de los que son señores de los bárbaros y existir allí leyes tiránicas, en daño de los inocentes, como son las que ordenan los sacrificios humanos y las que disponen la muerte de hombres libres de toda culpa, con el solo fin de dar comer a sus carnes» (*Ibid.*: 177)²⁵. Es necesario tener en cuenta que Vitoria razona desde la religión y, por ello, no puede aceptar otras visiones ni explicaciones del mundo que compitan con los dogmas que fundan su credo. Precisamente, esta es una de las propiedades características de los sistemas religiosos. Además, la descripción y análisis tanto de la legitimidad de la conquista como de las prácticas y costumbres de los indígenas se hace en términos religiosos porque la empresa, en teoría, tenía ese carácter.

Pero no todos los títulos legítimos que analiza y defiende Vitoria se basan en la promoción y defensa de los valores cristianos²⁶. Hay uno sobre el que él mismo duda porque se refiere a la evaluación de la organización política de los indígenas y a su capacidad mental para auto-gobernarse. En el análisis de este título se observa con claridad que la argumentación de Vitoria se basa en una visión del indígena americano como un ser inferior e ignorante cuya cultura no puede ser equiparada a la hispana. Por eso dubitativamente asegura que «hay otro título, el cual no se puede presentar en absoluto, pero que debe discutirse y considerarse lo que pueda tener de legítimo» (MCMXXVII: 183), refiriéndose a la posibilidad de que los indígenas sean entregados a los españoles bajo una especie de tutela que permita salvarlos y protegerlos de su propia ignorancia. En efecto, Vitoria asegura que «tales bárbaros, aunque, como antes dijimos no sean del todo idiotas, mucho tienen de ello, y es bien notorio que no son realmente idóneos para construir y administrar una República en las formas humanas y civiles. Para ello les faltan leyes adecuadas y no ni siquiera tienen bien organizadas sus mismas familias» (*Ibid.*). Le resulta tan sugerente esta posibilidad que incluso reconoce que «hay algo de persuasivo y de cierto en esa argumentación, pues si todos fueran idiotas, no habría duda que lo propuestos no

²⁵ Vale la pena anotar que en este título coincide con Sepúlveda para quien se justifica la guerra para «desterrar el crimen portentoso de desterrar carne humana, con el que de modo especial se ofende a la naturaleza» (Sepúlveda, 1951: 84).

²⁶ Además del que denomina «la sociedad natural y de la comunicación», que es aquel que se deriva del derecho de los españoles a «viajar en dichas provincias y a permanecer en ellas mientras no causen daño, y esto no se lo pueden prohibir los naturales de ellas» (Vitoria, MCMXXVIII: 143-147).

sólo sería lícito, sino convenientísimo, y hasta nuestros príncipes estarían obligados a hacerlo, como lo tendrían que verificar si todos fueran niños» (*Ibid.*: 185). La «incapacidad mental» de los indígenas, su cercanía a la idiotez, en consecuencia, les inhabilita para fundar y hacer funcionar sus propias instituciones por lo que necesitan de la protección y amparo de la que se considera que es una sociedad bien organizada, «si se hallan en la incapacidad mental que refieren muchos es en tales países peculiar, y mayor que la que en otros naciones tienen los niños y los idiotas» (*Ibid.*: 185).

En todo caso es necesario tener en cuenta que Vitoria no pretendía derrumbar el proceso de expansión del imperio español sino proporcionarle un marco de legitimación adecuado. De hecho, Vitoria no pone en duda la posibilidad de que los españoles entren en contacto con los indígenas para propagar su religión y cultura. Esto último incluso debían hacerlo. Su problema era crear las bases para justificar una guerra cuarenta años después de haber sido desatada la cual, en su opinión, no podía ser explicada con base en las teorías del momento. Por ello, tras desvirtuar las tesis dominantes proporciona un catálogo de títulos que legitiman lo que de hecho estaba ocurriendo, es una teoría de legitimación *ex post facto*. El habitante del continente americano es construido por Vitoria como un ser carente de las virtudes que exaltan la identidad europea. En ningún momento, como lo hace Fray Bartolomé de Las Casas, menciona las virtudes posibles o potenciales de los indígenas y sólo hace énfasis en aquello que los hace diferentes y extraños *vis-à-vis* el ser humano occidental. Por lo tanto, el indígena es presentado como un ser extraño por sus costumbres, absolutamente desviado si se quiere, pero que puede ser civilizado, evangelizado y redimido pues no carece del atributo humano de la razón. Por eso, el objeto de la guerra es la transformación del indio real culturalmente imperfecto en un ser humano ideal cuya modelo la constituye la personalidad española; por eso, en la obra de Vitoria todo lo que «denote al indio como diferente —costumbres, prácticas, rituales—, es lo que justifica las medidas disciplinarias de la guerra, dirigidas a borrar la identidad del indígena y remplazarla con la identidad universal del español» (Anghie, 1999: 102)²⁷.

²⁷ Como lo señala Anghie, Vitoria establece una distinción entre lo que el indígena es y lo que puede llegar a ser si acepta el modelo occidental, lo que a la postre resulta fundamental para justificar la guerra de Conquista, pues según la lectura que este autor hace del la obra de Vitoria «la discrepancia entre el indio "ontológicamente" universal y el indio social e históricamente "particular" debe ser remediada por medio de la imposición de sanciones que causen la transformación necesaria. La voluntad del indio respecto de la deseabilidad de tal transformación es irrelevante: las normas universales que Vi-

Este mismo resultado se puede apreciar, con matices importantes, en la obra de Fray Bartolomé de Las Casas. En la *Brevissima Relación de la Destrucción de las Indias* construye a través de los encuentros culturales que describe dos identidades bien diferenciadas. Cada uno de los relatos comienza con la descripción de un recibimiento extraordinario en el que los indígenas colman a los españoles de regalos y atenciones para demostrar «que nunca los indios de todas las Indias hicieron mal alguno a cristianos, antes los tuvieron por venidos del cielo» (Las Casas, 1992: 72), tras el cual los conquistadores los despedazan para apropiarse de su oro y riquezas. De esta manera, presenta la conquista como una empresa sistemática de destrucción cultural y de saqueamiento económico. Por ejemplo, al describir la llegada de los conquistadores a la población colombiana de Cota dice lo siguiente: «otra vez, este mismo tirano fue a cierto pueblo que se llamaba Cota y tomó muchos indios e hizo despedazar a los perros quince o veinte señores e príncipes, e cortó mucha cantidad de manos de hombres y mujeres, y las ató a unas cuerdas, y las puso colgadas de un palo a la lengua, porque viesen los otros indios lo que habían hecho a aquellos, en que habría sesenta pares de menos, y cortó muchas narices a mujeres e niños» (*Ibid.*: 142).

Por medio de esta dialéctica de opuestos entre el español tirano y el indígena bondadoso e ingenuo Las Casas define con claridad cada una de las subjetividades en juego. Por una parte, lejos de mostrar al conquistador-encomendero como un ser rebosante de virtudes, como un modelo cultural, lo presenta como un ser mezquino sediento de oro y sangre. La mayoría de los relatos incluidos en su obra resultan extremadamente crudos: inmolaciones, mutilaciones, masacres, indígenas arrojados a las fauces de perros feroces. Cada una de las acciones de los españoles es representada como un ejercicio arbitrario de fuerza, como un acto simple de voluntad impulsado por oscuros sentimientos como la avaricia o en algunos casos por una simple curiosidad morbosa o diversión²⁸. De ahí, sus críticas a instituciones como la encomienda. Por otra parte, el indígena es presentado como una víctima inocente y desvalida, como un ser inerte que si bien tiene la voluntad de recibir la verdadera fe no tiene la capacidad física de defenderse por su cobardía natural, de la cual se valían los

toria enuncia regulan el comportamiento, no simplemente entre los españoles y los indios, sino entre los indios mismos; así el español adquiere un derecho extraordinariamente poderoso de intervención y actuación en beneficio de las personas que son consideradas como víctimas de los rituales indios» (Anghie, 1999: 96).

²⁸ Entre otros relatos, asegura que «en tres o cuatro meses, estando yo presente, murieron de hambre, por llevales los padres y las madres a las minas, más de siete mil niños» (Las Casas, 1992: 82).

conquistadores para «hacer una cruel e señalada matanza porque tiembren dellos ovejas mansas» (Las Casas, 1992: 92). Para los españoles, en la descripción de Las Casas, los indígenas no tienen valor alguno ni siquiera como propiedad, no reciben el trato cuidadoso que se puede otorgar a un animal para asegurar su conservación. Por el contrario, son reducidos a algo menos que un objeto inservible ya que los españoles «no han tenido más respeto ni dellos han hecho más cuenta ni estima (hablo con verdad por lo que sé y he visto todo el dicho tiempo), no digo que de bestias (porque pluguiera a Dios que como bestias las hubieran tratado y estimado), pero como y menos que estiércol de las plazas» (*Ibid.*: 71).

Resulta significativo que los tres autores analizados acudan a la imposibilidad física de los indígenas para hacer la guerra como ejemplo para demostrar sus respectivas tesis: la incapacidad o inferioridad del indígena. En efecto, Las Casas asegura que a pesar de los buenos sentimientos que caracterizaban a los indígenas las terribles acciones de los españoles despertaron en ellos deseos de venganza, odio y rencor. No obstante, ni siquiera en estos casos extremos los indígenas eran equiparables a seres plenamente capaces de prevalecer sobre sus oponentes pues «eran poco más impetuosos e rigurosos, por la mucha experiencia que dellos tengo, que de niños o muchachos de diez o doce años» (*Ibid.*: 78). Por ello, cuando decidían hacer la guerra de antemano sabían que su destino sería una ignominiosa derrota y la muerte; no se podía esperar un desenlace distinto de un enfrentamiento entre «niños» y hombres feroces «puesto que bien sabían que siendo no sólo inermes, pero desnudos, a pie y flacos, contra gente tan feroz a caballo e tan armados, no podían prevalecer sino al cabo ser destruidos» (*Ibid.*: 100)²⁹.

En síntesis, la construcción que realiza Las Casas representa al indígena no como un bárbaro ávido de carne y sangre, como lo hacen Victoria y Sepúlveda, sino como una frágil criatura que a causa de una ignorancia invencible no ha podido transitar el camino de la verdadera

²⁹ En todo caso, a pesar de su encomiable labor para defender a los indígenas de los abusos Las Casas nunca puso en duda la necesidad de transformar y suprimir los sistemas religiosos aborígenes pues «como todos los demás españoles, Las Casas veía los sistemas de creencias autóctonos como idolatrías que debían ser extirpadas radicalmente. Se distinguió de la mayoría de sus contemporáneos por el método recomendado: la conquista sin violencia, la prédica pacífica» (Díaz, 1992: 34). En realidad, como se mencionó anteriormente, la Iglesia no tenía intención de reivindicar la igualdad del indígena ni luchar por su autonomía ya que ello suponía debilitar su propio papel en la competencia con los encomenderos por la dominación del indígena. Esto se puede observar en la eliminación del Colegio de Santa Cruz de Tlatelolco, abierto a los indígenas en Nueva España en 1536 que «cerró sus puertas después de un par de años por constituir un experimento políticamente peligroso» (Pérez, 1992: 58).

fe. Resulta significativo que tanto Vitoria como Las Casas compararan a los indígenas con niños, con menores de edad. Mientras Vitoria lo hace para señalar su carencia de criterio y su imposibilidad de autogobernarse, Las Casas lo hace para resaltar su mansedumbre y buenos sentimientos y, por lo tanto, la necesidad de protegerlos y cuidarlos. En cualquiera de los dos casos el indígena es transformado en un niño y, como tal, debe recibir el mismo tratamiento que el colonizador otorga a los menores en su propio contexto cultural: poder paternal. La incapacidad del indígena, su inferioridad mental, es un diagnóstico común en estos trabajos, de hecho constituye la piedra angular del pensamiento religioso sobre el indígena. Esta diferencia entre el indígena empírico y el ser humano potencial que silenciosamente reside en él se construye por medio de la descripción detallada de las diferencias culturales para llegar a la conclusión de que el indígena sólo puede ser redimido «por medio de la adopción o la imposición de las practicas universalmente aplicables de los españoles» (Anghie, 1999: 96).

Este saber antropológico-religioso del indígena elaborado cuidadosamente por estos tres pensadores constituirá la base que soportará el edificio de dominación laboral, económica o religiosa de la conquista y la colonia. La relación estructural de subordinación del indígena que nació a partir de allí tenía como eje un saber religioso meticulosamente construido a partir de una dialéctica de diferencias culturales y con base en un examen minucioso de la personalidad del indígena americano, su subjetivización como siervo natural o incapaz mental, como débil e inferior, como un niño sin edad, que justificó la mayoría de las instituciones que moldearon las relaciones entre las comunidades autóctonas y los españoles, cuyo marco estructurante será el derecho indiano que analizaremos a continuación³⁰.

2.3. El derecho indígena y el colonialismo

La mayoría de los estudios sobre la conquista y colonización de América concuerdan en señalar su extremado carácter legalista³¹. La

³⁰ La relación entre el saber religioso sobre la naturaleza del indígena, la vinculación laboral del indígena tras su conquista física y espiritual al aparato productivo y el derecho indiano se puede observar en la Ley XX del Libro VI, Tomo I «De Los Indios» de la Recopilación de Leyes de Indias, que ordenaba: «Que los indios infieles reducidos, a los cinco años se procuren introducir en el trabajo». Así, tras la conquista física y espiritual, seguía la integración del indígena como mano de obra.

³¹ En el sistema legal del derecho indiano la principal fuente de derecho era la ley, dado que «teóricamente no se reconocía vigencia a la "costumbre" jurídica, ni a las otras fuentes de derecho, que no fueran la ley» (Martínez, 1998: 271-272).

necesidad de organizar y acoplar a la metrópoli un extenso territorio con sus nuevos habitantes produjo un exceso en la producción jurídica: leyes, capitulaciones, cédulas reales, ordenanzas, fueron expedidas de manera compulsiva y, posiblemente por eso, en la mayoría de los casos no llegaron a tener mayor eficacia. Esto no quiere decir que el derecho no haya jugado un papel relevante en la construcción de la conquista y la estabilización de la colonia. El derecho indiano resultó fundamental para estructurar y racionalizar la empresa conquistadora que por momentos parecía seguir sus propios cauces³².

El derecho indiano, en términos generales, estaba conformado por tres cuerpos normativos. En primer lugar, el derecho de la Corona de Castilla; en segundo lugar el derecho «criollo» que es proferido por las autoridades asentadas en el continente americano por delegación real y, por último, el derecho indígena «consuetudinario», basado generalmente en la «costumbre indígena» y en las normas de las comunidades precolombinas (Martínez, 1998: 52-53). En todo caso, a pesar de que la fuente principal de derecho —casi la única— era la ley que provenía de la metrópoli, el gobierno de los territorios colonizados gozó de un amplio margen de autonomía, por lo menos en lo que al derecho se refiere, frente a las disposiciones de la Corona Española. Las normas que eran dictadas por el Consejo de Indias en la mayoría de los casos eran reinterpretadas, acomodadas o simplemente desobedecidas en virtud «de la práctica eficaz del principio acátese pero no se cumpla» (*Ibid.*: 8), que permitía ajustar las disposiciones emanadas de la metrópoli a las

³² En materia de acceso a tierras, por ejemplo, la producción legal de la Corona resultó determinante. Como lo señala Lenkersdorf, las Cédulas Reales fueron el instrumento básico por medio del cual los encomenderos adquirieron grandes extensiones de tierras en Chiapas y Guatemala. La desigualdad de hoy proviene de ese pasado: «desde entonces la posesión legal de la tierra dependía de un pedazo de papel que llevaba el sello del Rey. Este permiso abrió la puerta para que la clase alta de la sociedad colonial en Chiapas se apropiase más de la cuenta y comenzase a despojar a la población autóctona pedazo tras pedazo de sus tierras comunales» (1994: 109-110). A pesar de la orden posterior de restitución dada por el Rey la posesión de las tierras ilegalmente ocupadas pudo regularizarse por medio del pago de una suma de dinero a la Corona conforme al mecanismo conocido como «composición»; dicho mecanismo permitía legalizar aquello que, a pesar tener origen en la ilegalidad, resultaba útil para la empresa conquistadora como un todo. De esta manera, el derecho opera como un instrumento de apropiación forzosa con la capacidad de autolegitimarse. Los conceptos e instituciones jurídicas permiten representar lo que para una cultura es un acto de fuerza, como un acto legal y, por lo tanto, legítimo. Lo que para los indígenas era usurpación, para los encomenderos propiedad legítimamente adquirida y, de esta forma, «el concepto de contrato, que, junto con el de propiedad, forma uno de los dos componentes fundamentales del sistema legal moderno, también ha sido fundado para que difiera de las concepciones no occidentales» (Chiba, 1998: 132).

necesidades, intereses y circunstancias de las colonias. La relativa ineficacia del derecho indiano, en opinión de Osuna, no sólo se debe a los intentos de los españoles asentados en América para gozar y adquirir autonomía respecto a la Corona, sino en las diferencias temporales entre las dos culturas. En efecto, en su opinión la legislación estaba absolutamente descontextualizada dado que «aquellos indios vivían en una cultura a años luz de distancia respecto al régimen de trabajo asalariado que se les imponía. La sociedad civil a la que se les quería integrar (...) era algo desusado para ellos como forma de vida. “Es gente que de sólo vivir en orden se muere” decía Vasquéz Ayllon, procurador de larga experiencia en la Española» (Osuna, 1991: 81). La ineficacia del derecho indiano, bien por la práctica eficaz del principio «acátese pero no se cumpla», o por las llamadas diferencias temporales entre las dos culturas, permitió que el «Nuevo Mundo» viviera en un régimen constante de velado incumplimiento del derecho.

Los llamados logros y privilegios de los indígenas en materia legal no pueden entenderse solamente como «triumfos» sobre los excesos del poder conquistador y de los encomenderos. Aunque las críticas provenientes de la Iglesia sin duda pudieron influir en la adopción de leyes más favorables para los indígenas, el propósito global era regularizar y darle orden a la empresa conquistadora y, sobre todo, disminuir el poder y autonomía de los conquistadores-encomenderos y sus descendientes. Para ello era necesario iniciar un proceso de control de las encomiendas a través de la reglamentación de la extracción de la fuerza laboral del indígena. En efecto, si bien en las *Leyes de Burgos* promulgadas en 27 de diciembre de 1512 no se abolieron las encomiendas se definió al indígena como un «ser racional y libre» como primer paso para aplicar un modelo contractual de explotación laboral (Martínez, 1998: 259). En las mismas leyes se reguló lo que en ese momento se denominó como «trabajo indígena» estableciendo períodos de cinco meses de trabajo «a los que debía seguir un “descanso” de cuarenta días tras cada período, debiendo quedar exentas las mujeres indígenas que estuvieran en cinta» (*Ibid.*: 259). De esta forma se pretendía asimilar culturalmente al indígena a través de su incorporación como mano de obra al sistema económico que sostenía la rentable empresa conquistadora, esto es, regularizando el sistema de repartimiento y encomienda. Los intentos de asimilación cultural la mayoría de las veces eran cubiertos por el lenguaje de los derechos; así, los indígenas tenían derecho a alimentos, casa —en cabañas cercanas a la vivienda del encomendero— y vestido y a recibir «la enseñanza obligatoria de la “doctrina cristiana”, el bautizo de los recién nacidos, la “monogamia” y el matrimonio regular canónico. Algunas de estas medidas, ya más humanizadas, no obstante

ello, estaban y entraron en contradicción con las propias instituciones indígenas» (*Ibid.*: 259). En suma, los indígenas tenían el derecho a ser asimilados culturalmente.

El segundo gran intento de regularización y control de los excesos de la conquista y de acomodación de los indígenas en la sociedad hegemónica se realiza en las *Leyes Nuevas de 1542*. Bien es sabido que estas leyes fueron expedidas como respuesta directa a los intentos de Fray Bartolomé de Las Casas dirigidos a eliminar las encomiendas. Dichas leyes intentaron reformar el sistema tributario estableciendo exenciones para algunos indígenas y principalmente reformar drásticamente las encomiendas, las cuales si bien no fueron abolidas «recibieron un duro golpe provocando un descontento general, que llevó al Emperador a derogar en el 1545, las leyes más radicales» (Martínez, 1998: 259-260). En efecto, las encomiendas habían sido entendidas por definición como una relación perpetua tal y como se hacía en el sistema feudal. La reforma pretendía que los indios que se hallaban englobados en esta ley o que hubieran sido entregados en encomienda sin orden del Rey fueran declarados libres. La primera intención fue reducir la encomienda a una «sola vida» pero las violentas protestas de los encomenderos —incluso la rebelión de Pizarro en Perú que terminó con la decapitación del Virrey Núñez Vela— llevaron a la mencionada reforma, en la que paulatinamente se iban ampliando las encomiendas por una o dos vidas (Pérez, 1992: 56). Estas leyes no pretendían exclusivamente humanizar las relaciones entre españoles e indios sino a través de ello reducir el creciente poder y autonomía de los encomenderos y, en consecuencia, propiciar la aculturación total de los indígenas para que pudieran tributar directamente a la corona. Como lo señala Díaz: «las ordenanzas de Noviembre de 1542, conocidas como Leyes Nuevas, fueron el primer conjunto de cambios radicales introducidos por el Emperador. Estas y otras posteriores fueron, pues, un ajuste del poder en contra de los conquistadores y sus descendientes, y una racionalización del sistema colonial, no un mero logro a favor de los indios, quienes pasaron a depender más directamente de la corona» (1992: 37).

¿Cuál era la posición del indígena en el sistema legal colonial? Según Clavero, «el status que se da con carácter general para el caso de los indígenas, este nuevo estado, fue el resultante de la concurrencia para su caso entre un trío de viejos estados, de status previamente acuñados, el estado de rustico, el estado de persona miserable y el estado de menor» (1994: 12-13). Como consecuencia de esta concurrencia de posiciones los indígenas gozaron de ciertos privilegios legales, sufrieron un tratamiento legal excepcional, que buscaban tanto su conservación como perpetuar su situación de subordinación. Por ello, al igual que los

miserables de Castilla a los indígenas no se les aplicaba la presunción general de conocimiento de la ley y se les asimilaba para ciertos efectos a «la mujer casada que generalmente no podía actuar en el mundo del derecho por sí misma o el menor que requería de un representante para los mismos efectos» (Dougnac, 1994: 316). Al ser asimilados a los pobres, los juicios de los indígenas constituían Casos de Corte y por ello en ciertas hipótesis podían ser conocidos por las Reales Audiencias (*Ibid.*: 321). La protección y conservación del indígena era mucho más clara en materia penal en donde «los delitos cometidos por los indios eran castigados con mayor benignidad que los cometidos por los españoles y al revés, los cometidos contra los indios debían ser reprimidos con mayor dureza» (*Ibid.*: 323). Por último, los indígenas no podían ser juzgados por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición pues se les consideraba neófitos en la fe, y además se establecía que en ellos «no se presume ni dolo ni engaño» (*Ibid.*: 323-324).

Por otra parte, el derecho de las comunidades indígenas fue integrado al derecho indiano como derecho consuetudinario. Las relaciones entre la legislación de Indias y la costumbre indígena variaban según las necesidades que dictaba la búsqueda de gobernabilidad. En algunos casos las autoridades españolas legislaban en función de las prácticas existentes para reforzarlas o acomodarlas a las necesidades derivadas del buen gobierno de los territorios, «como es el caso de materias propias del derecho tributario, que los indígenas habían de cumplir para la Corona» (Martínez, 1998: 7). En efecto, muchas instituciones fueron acomodadas al sistema legal para hacer más eficiente la dominación, como es el caso del «cacicazgo, el yanacónaje, la mita, formas tributarias prehispánicas, la minga o mingaco (...) Hubo materias, incluso, en que la Corona hizo particular hincapié en que se aplicara el derecho indígena, como es el caso del derecho de aguas» (Dougnac, 1994: 16). En todo caso, en términos generales la vigencia de la costumbre indígena se circunscribía al espacio específico constituido por los pueblos de indios³³.

³³ A raíz del declive demográfico que se describió anteriormente, la empresa conquistadora se vio en la necesidad de proteger la mano de obra indígena que la soportaba. Uno de los mecanismos que más se utilizó fue la separación y concentración de los indígenas en espacios determinados arbitrariamente señalados, que fueron denominados reducciones o pueblos de indios. Dichos espacios no correspondían a los territorios que los indígenas poseían antes de la llegada de los españoles; de hecho, para evitar que regresaran a sus poblados originales éstos eran destruidos completamente. El motivo que los inspiró, en consecuencia, no fue restablecer la propiedad indígena usurpada sino fijar la población en un espacio que permitiera, por un lado, establecer un control tributario más eficiente y, por otro, estimular la reproducción y estabilización de la población indígena.

Aunque en los pueblos de indios se permitía que los indígenas se gobernarán por sus leyes y costumbres, no se les otorgó una autonomía estricta. En primer lugar, se condicionó la validez de la costumbre indígena a «que no fuera contra la “ley natural”, ni el “Derecho divino revelado”, contenido en el decálogo y en la ley evangélica, ni contra las leyes de indias, dadas por la Corona» (Martínez, 1998: 272). De hecho, en la Recopilación de Las Leyes de Indias se ordenaba a las autoridades españolas: «Que guarden las leyes que los Indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que hizieren de nuevo (...) y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro»³⁴. De esta manera se estableció la subordinación de las «leyes y buenas costumbres que antes tenían los indios» al derecho del conquistador. Este tipo de relación entre el derecho del conquistador y el derecho del conquistado asegura, por una parte, la vigencia y transmisión de los valores esenciales de la cultura dominante y, por otra, permite la supervivencia del derecho original como mecanismo útil para el gobierno de los colonizados. Para la Corona, resultaba mucho más económico y eficaz permitir que los indígenas se rigieran por sus propias leyes en los pueblos de indios que diseñar, aplicar y defender un nuevo modelo que ni siquiera se sabía si podía funcionar³⁵. Al mismo tiempo se afirmaba la vigencia del derecho propio al declarar inválido aquello que lo contradijera.

2.4. Los Estados independientes americanos: naciones sin indios

La situación de los pueblos indígenas no cambió con el advenimiento del constitucionalismo y la creación de los Estados independien-

³⁴ Recopilación General de las Leyes de Indias, Libro Segundo, Título Primero, Ley iiii.

³⁵ Como algunos estudios sobre sociedades coloniales lo muestran, generalmente el colonizador tiende a mantener la estructura básica del derecho local para asegurar la gobernabilidad y normal funcionamiento de la sociedad que se intenta dominar. En estos casos la validez del derecho local se condiciona a que no vaya en contra de las normas del derecho dominante. Por ejemplo, «el principio de repugnancia fue utilizado para restarle valor jurídico a costumbres africanas inaceptables» (Merry, 1998: 870). En el caso de Nigeria y Ghana, además de limitar la jurisdicción de las cortes según la importancia de la materia o el sujeto, se intentó que las Cortes aplicaran el derecho consuetudinario, pues se pensaba que este sistema era «más adecuado para producir certeza, y para hacerlo más rápidamente que cualquier otro método, dado que las técnicas de interpretación y aplicación de precedentes eran bien conocidas por los abogados comunes» (Woodman, 1988: 150). No obstante esto causó un problema posterior, pues no sólo los jueces británicos no conocían el derecho consuetudinario sino que además cuando convertían la costumbre en precedente se producía una diferencia entre el derecho consuetudinario aplicado en las cortes y el derecho consuetudinario sociológico.

tes americanos. Como se verá a continuación, el mantenimiento de la relación de dominación y la exclusión fue un factor constitutivo de los nuevos Estados, su condición *sine qua non*. Esta suerte de colonialismo interno no sólo no derrumbó el antiguo orden colonial español, sino que se apoyó en él, en sus categorías, estrategias y conceptos, para subyugar al indígena. ¿Qué tipo de pensamiento sobre el indígena apoyó la edificación de los nuevos Estados? De esto se ocupan las dos secciones siguientes.

2.4.1. *Los indígenas y los Estados latinoamericanos*

En su celebre *Carta de Jamaica* Simón Bolívar, al analizar el futuro de América como continente libre, planteaba la posibilidad de que la Nueva Granada se uniera con Venezuela para conformar un «república central». Como capital de la nueva nación proponía diversas alternativas, bien sea «Maracaibo o una nueva ciudad que con el nombre de Las Casas (en honor de este héroe de la filantropía), se funde entre los confines de ambos países, en el soberbio puerto de Bahía Honda» (Bolívar, 1971: 79). Esta posibilidad era la que más le convenía teniendo en cuenta el clima agradable del lugar, su posición estratégica inexpugnable y su relativo fácil acceso. La belleza del territorio y su fertilidad garantizarían el nacimiento de una gran nación, próspera y civilizada. Sin embargo, el espacio escogido ya estaba habitado, un grupo de indígenas vivían allí, por lo que aseguró que para la edificación de la gran capital «los salvajes que la habitan serían civilizados, y nuestras posesiones se aumentarían con la adquisición de la Goagira. Esta nación se llamaría Colombia como tributo de justicia y gratitud al creador de nuestro hemisferio» (*Ibid.*). El nacimiento del nuevo Estado colombiano se planificó sobre la base de un nuevo desposeimiento.

El pensamiento de Bolívar sobre el carácter de la nación que fundaría los nuevos Estados era clara. En su opinión, como resultado de la mezcla de razas y del aniquilamiento de los indígenas durante la conquista y la colonia una nueva «raza» había emergido y sería ella la llamada a ser el «pueblo» del nuevo Estado: «nosotros, que apenas conservamos vestigios de lo que en otro tiempo fue, y que por otra parte no somos indios, ni europeos, sino una especie mezcla entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles» (Bolívar, 1971: 69). Así fue construido el pueblo latinoamericano, como una nación sin indios. En el *Discurso de Angostura de 1819*, Bolívar plantea con mayor claridad la distinción y aún oposición entre los pueblos originales y los nuevos habitantes: «no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. Americanos por naci-

miento y europeos por derechos, nos hallamos en el conflicto de disputar a los naturales los títulos de posesión y de mantenernos en el país que nos vio nacer, contra la oposición de los invasores; así nuestro caso es el más extraordinario y complicado» (*Ibid.*: 96)³⁶. Este «nosotros» como un nuevo sujeto histórico que aparece repetidamente en los discursos y cartas de Bolívar, por tanto, está conformado por los mestizos/criollos y se distingue de los pueblos precolombinos, se opone a ellos en cuanto aspirantes a los títulos de los territorios ahora libres. Los indígenas son integrados dentro del nuevo «pueblo» sólo como ancestros, como símbolos del origen y el pasado pero sin ingerencia en el presente a pesar de su existencia física³⁷. La «diversidad de orígenes», como la llamaba Bolívar, además supone un riesgo para la unidad del Estado y por lo tanto «requiere un pulso infinitamente firme, un tacto infinitamente delicado para manejar esta sociedad heterogénea cuyo complicado artificio se disloca, se divide, se disuelve con la más ligera alteración» (*Ibid.*: 104). La diversidad de razas y culturas es considerada como un riesgo para la unidad de la nación que, sin embargo, puede ser aminorado mediante la igualdad formal ante la ley, por medio de la «fundición» de todas las diferencias empíricas en la igualdad ciudadana y la homogeneidad de una única nación: «Para sacar de este caos a nuestra reciente República, todas nuestras facultades morales no serán bastantes, si no fundimos la masa del pueblo en un todo; la composición del gobierno en un todo; la Legislación en un todo, y el espíritu nacional en un todo. Unidad, Unidad, Unidad debe ser nuestra divisa. La sangre de nuestros ciudadanos es diferente, mezclémosla para unir-la» (*Ibid.*: 116).

Los indígenas, sin embargo, no fueron excluidos durante todo el proceso de independencia. En verdad, las naciones precolombinas jugaron un papel simbólico importante durante la guerra de independencia. En su *Proclama Sobre la Libertad de los Esclavos*³⁸ Simón Bolívar aseguraba que «esa porción desgraciada de nuestros hermanos que ha gemido

³⁶ Más adelante Bolívar agrega que «es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos. La mayor parte del indígena se ha aniquilado, el europeo se ha mezclado con el americano y con el africano, y éste se ha mezclado con el indio y con el europeo» (*Ibid.*).

³⁷ De hecho, el destino de los indígenas dentro de los Estados independientes americanos en gran parte fue determinando por su exclusión como parte constitutiva de la nación: «Un segundo factor que definitivamente marcó la situación de los indígenas dentro del Estado fue la ausencia de reconocimiento de la identidad cultural y social indígena como parte de la sociedad nacional» (Stavenhagen, 2002: 25).

³⁸ Simón Bolívar, *Proclama sobre la Libertad de los esclavos*. Cuartel General de Ocu-mare, 6 de julio de 1816.

bajo las miserias de la esclavitud ya es libre». Los indígenas y los esclavos y su precaria situación eran presentados como símbolos de la tiranía española, como evidencias irrefutables de la urgente necesidad de liberar al continente americano de las «barbaridades que la presente edad ha rechazado como fabulosas, porque parecen superiores a la perversidad humana; y jamás serían creídas por los críticos modernos, si constantes y repetidos documentos no testificasen estas infaustas verdades» (Bolívar, 1971: 62)³⁹. La guerra de independencia era representada como una lucha por la eliminación de la esclavitud, una guerra constante que no finalizaría «hasta expirar o arrojar al mar a los que insaciables de sangre y de crímenes, rivalizan con los primeros monstruos que hicieron desaparecer de la América a su raza primitiva» (*Ibid.*). En consecuencia, la victimización del indígena al igual que la tiranización del español fueron elementos básicos para legitimar la guerra de independencia. Los indígenas son representados como símbolos de la tiranía del viejo orden y como la promesa de un orden social más justo y tolerante. Representan los rigores de un pasado de dominación y las posibilidades de un futuro emancipado. No obstante, una vez se logró la independencia los indígenas regresaron al lugar que habitualmente ocupaban en el viejo orden colonial, tan pronto expiró su importancia revivió su exclusión. En efecto, como lo señala Köning, «después de haber cumplido el indio con su rol de legitimación para la separación de España, no se tomaron las medidas específicas para su propagada integración como ciudadanos en las sociedades respectivas de los nuevos estados nacionales» (1998: 22).

Cuando se logró la independencia las élites criollas pretendieron fundar un Estado nacional siguiendo el modelo europeo⁴⁰. La principal

³⁹ Aquí se apoya en las crónicas de Bartolomé de Las Casas para probar los excesos de los españoles. Para probar el irrespeto y la humillación a la que fueron sometidos los indígenas bajo el régimen español dice que «si a Guatimozín sucesor de Moctezuma, se le trata como emperador, y le ponen la corona, fue por irrisión y no por respeto, para que experimentase este escarnio antes que las torturas. Iguales a la suerte de este monarca fueron las del rey de Michoacán, Catzontzin; el Zipa de Bogotá, y cuantos Toquis, Imas, Zipas, Ulmenes, Caciques y demás dignidades indianas sucumbieron al poder español. Además, los tributos que pagan los indígenas; las penalidades de los esclavos; las primicias, diezmos y derechos que pesan sobre los labradores, y otros accidentes alejan de sus hogares a los pobres americanos» (*Ibid.*: 67-68).

⁴⁰ Como lo señala Stavenhagen, el proyecto de construcción de los Estados latinoamericanos fue liderado por las élites criollas. En su opinión, «cuando las repúblicas Hispanoamericanas lograron su independencia política a principios del siglo diecinueve la mayoría de ellas estaban conformadas por una mayoría indígena, pero los que detentaban el poder, como es bien sabido, eran las élites criollas, los descendientes directos de la clase dominante española colonial» (2002: 24). Lo mismo ocurrió en México en donde

discusión se presentó alrededor de la elección del sistema que fuera más conveniente y que se ajustara mejor a las características existentes en los Estados que se querían establecer. Pero en lo que existió un consenso más o menos claro fue en la necesidad de fundar los nuevos Estados sobre una nación homogénea unificada por medio de la igualdad formal ante la ley y la promoción de los valores criollos-europeos. Los deseos de «modernización» y desarrollo que impulsaban a las elites criollas, por lo tanto, veían en los pueblos indígenas un símbolo de primitivismo, del atraso que se quería a toda costa abandonar. Como lo señala Dandler, «la premisa que ha guiado históricamente la construcción del Estado Nación en América Latina ha sido la “integración” de los pueblos indígenas, tomada como una necesidad de que estos pueblos, en la medida que se beneficiaban del desarrollo y de la modernidad, dejaban de ser indígenas» (1994: 34)⁴¹. La vergüenza que sentían los criollos ante sus «primitivos» semejantes quería ser disipada por medio de su «civilización», de su blanqueamiento: «los indios eran una vergüenza nacional, por obstaculizar el progreso, progreso y desarrollo se esperaban de un “emblanquecimiento” de la población a través de la inmigración de blancos europeos, de sus conocimientos y habilidades, de su comportamiento» (Köning, 1998: 22). En efecto, la «mezcla de sangre» de la que hablaba Bolívar como recurso necesario para asegurar la unidad nacional fue una política ampliamente utilizada, de hecho según Dulitzky «muchos países latinoamericanos hicieron un esfuerzo concertado para disminuir el número de personas negras e indígenas de la población y, como último recurso, camuflar estos grupos raciales estimulando el mestizaje o el matrimonio entre no-blancos y blancos para hacer la población más blanca» (2002: 98). En consecuencia, los pueblos indígenas y los afro descendientes se veían en cierto modo compelidos a «blanquear» su piel para poder acceder a posiciones sociales monopolizadas por los blancos. La

«los mexicanos del Siglo XIX iniciaron un proceso de construcción de un país independiente con bases constitucionales de influencia extranjera y sin tomar en cuenta las poblaciones indígenas (siendo la población mayoritaria)» (González, 1999: 95). En este sentido, como lo señala Clavero, «fue excepcional el caso del Perú, cuyas constituciones de 1920 y 1933 procedían a un reconocimiento de la presencia indígena (...) Aunque interponiéndose siempre la determinación legislativa, que de hecho falló, aunque primando todavía la posición tutelar, había un reconocimiento constitucional de una cultura distinta» (1994: 44-45).

⁴¹ En el caso de Guatemala, por ejemplo, «el Estado patrimonial y la sociedad fuertemente segmentada e ideologizada por el racismo no veían en la pobreza e ignorancia de los indios sino una “lacra”, y en su existencia social la fuerza de trabajo necesaria para la agricultura de la que el país dependía» (Carrillo, 1992: 109).

conversión racial se convierte así en un mecanismo de ascenso y movilidad social⁴².

De igual manera, los Estados empezaron a impulsar políticas de integración cultural y de modernización que, en todo caso, no produjeron los efectos que se esperaban. Para algunos, ni siquiera se puede hablar de un «verdadero» proceso de modernización «ya que las propias élites lucharon por conservar el principio de colonialismo interno que había caracterizado la estructuración social y política de los tiempos anteriores» (Pérez, 1992: 143). Este mismo diagnóstico se encuentra en el análisis de Salvatore y Aguirre, quienes aseguran que históricamente la modernización en Latinoamérica en realidad ha servido para perpetuar las diferencias y jerarquías sociales tradicionales, lo que estos autores describen como un proceso de «modernización tradicionalista» (1996: X)⁴³. En todo caso, las políticas concurrentes de asimilación y modernización produjeron un fuerte impacto en la identidad de los pueblos indígenas. El paulatino proceso de transformación del indígena en campesino supuso no sólo el abandono de cualquier intento de reconocimiento de la cultura indígena, sino además inició una nueva estrategia de integración de aquel como mano de obra agrícola. Como lo señala Le Grand, los grandes latifundistas poseían inmensos territorios que sin embargo no podían explotar por la escasez de mano de obra. Tanto los colonos como los indígenas preferían labrar sus propias parcelas a vender su fuerza laboral a un latifundista. Por ello, el mejor mecanismo para conseguir mano de obra era despojar a los colonos e indígenas de sus propiedades y así «la experiencia colombiana muestra claramente que la expansión de la propiedad privada se convirtió en una forma coercitiva de adquisición de mano de obra» (1995: 151)⁴⁴.

⁴² Esta misma estructura de pensamiento, que busca la asimilación de los pueblos indígenas se puede observar en el llamado indigenismo. Según Iturralde esta corriente fue propuesta «como un quehacer (desde el Estado), unidireccional (hacia los indígenas) y de propósito único (incorporación a la nación). Su estrategia principal fue la sustitución de los rasgos culturales básicos de las comunidades indígenas por aquellos convencionalmente aceptados como comunes para la nacionalidad dominante» (1992: 90).

⁴³ El carácter contradictorio del proceso de modernización, por ejemplo, también es señalado por Neves quien habla de «modernización negativa» (Neves, 2003) para describir la forma como se edificó el sistema jurídico en Latinoamérica. Como lo señala Santos, como resultado de su ruta de entrada a la modernidad, la ruta del Nuevo Mundo, los Estados latinoamericanos nacientes adoptaron el modelo europeo del Estado nación y sus sistemas legales, lo que condicionó el desarrollo posterior de sus instituciones políticas (Santos, 1995: 271).

⁴⁴ Las luchas por la propiedad de la tierra en la mayoría de los países latinoamericanos enfrentó a latifundistas con indígenas. En el caso colombiano, según Le Grand,

La situación de los indígenas frente al sistema jurídico no cambió notablemente tras la independencia. En Colombia se reconocía expresamente la exclusión del indígena del sistema legal y la necesidad de insertarlo en el entramado del poder tutelar de la Iglesia. Así lo señalaba expresamente la Ley 89 de 1890 con los siguientes términos: «La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como estas incipientes sociedades deban ser gobernadas». Igualmente, la concepción religiosa del indígena como un menor de edad, incapaz de manejar sus propios asuntos, seguía presente en la legislación que regulaba los territorios indígenas y la manera de disponer de ellos, señalando que «Los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de menores de edad para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender ésta con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintiún años».

El derecho en Latinoamérica en general, y en Colombia en particular, a lo largo del siglo veinte fue el derecho estatal, con la integración de las normas indígenas al sistema legal estatal como derecho consuetudinario. El predominio del paradigma positivista tanto en el reconocimiento de las fuentes del derecho, como en su puesta en marcha por parte de los operadores jurídicos, produjo una concentración excesiva y exclusiva en el derecho estatal. Para algunos lo anterior se debe —entre otras razones— a la adopción en el siglo xix del sistema jurídico Francés, lo que «hizo de la ley escrita o codificada la fuente suprema del derecho» (Rodríguez, 1999: 33), o al carácter decimonónico de la cultura jurídica latinoamericana (García, 2002), factores que privilegiaron una aproximación formalista al derecho estatal en perjuicio de otras formas de regulación igualmente presentes. Así, la única fuente legítima de derecho era el Estado y, por lo mismo, los sistemas legales alternativos —entre ellos los de las comunidades indígenas— no merecían reconocimiento político alguno. Parafraseando a Griffiths (1986) la ideología dominante en la cultura jurídica del momento, de la cual aún hoy

«los intereses contradictorios entre los campesinos y los de los grandes propietarios giraban alrededor del problema de las tierras baldías» (1995: 150). En todo caso, el proceso de acumulación de tierras fue avalado por la ley en la mayoría de las ocasiones. En Colombia, por ejemplo, tanto la Ley 11 de 1821 como la Ley 22 de 1850 representaban una tendencia a eliminar la propiedad comunal sobre la tierra y a convertirla en propiedad privada, lo que aceleró el proceso de concentración de la tierra en grandes latifundistas, así como la transformación de los indígenas en campesinos (ILSA, 2002).

se pueden detectar importantes vestigios, era la ideología del centralismo legal⁴⁵.

Esta suerte de «invisibilización legal» de la diferencia en Latinoamérica fue un componente esencial tanto del proceso de colonización europeo como del posterior proyecto de construcción del Estado-nación por parte de las elites criollas tras la independencia⁴⁶. En opinión de Clavero «hay aquí continuidad del espacio colonial ya existente con anterioridad» (1994: 43). De esta forma, el sistema jurídico nacional no sólo leía o imaginaba la realidad de manera distorsionada al interpretarla como un campo culturalmente homogéneo (Santos, 1987), sino que cuando trataba la cuestión indígena lo hacía para buscar su asimilación, su exclusión y fijación definitiva en resguardos, o su degradación cultural⁴⁷. Así, la monopolización de la producción y administración de la justicia por medio del derecho estatal —como el único presente y posible en la sociedad— se erigió como una de las principales herramientas para la construcción del Estado-nación en Latinoamérica y para la dominación de las culturas minoritarias presentes dentro de su territorio; por eso se afirma de manera vehemente que «en verdad, la renuencia del derecho estatal y de la administración de justicia a reconocer las leyes indígenas ha sido el elemento central de la dominación etnocrática a través de los siglos» (Santos, 1995: 319).

⁴⁵ Es decir, la creencia de que «el derecho es y debe ser el derecho estatal, uniforme para todas las personas, excluyente de todos los demás derechos, y administrado por un conjunto único de instituciones estatales» (Griffiths, 1986: 3).

⁴⁶ En efecto, la ausencia de un reconocimiento legal efectivo de la diferencia se manifestaba en todos los aspectos. Por ejemplo, en México «en los conflictos de orden penal hasta fechas muy recientes se procesaba a los indígenas en un idioma que no entienden y sobre hechos que en su comunidad suelen tener otra valoración» (Gómez, 2002: 241).

⁴⁷ Un ejemplo paradigmático de lo anterior es la celebración en 1887 de un Concordato entre el Estado Colombiano y la Santa Sede, en virtud del cual no sólo se declaró constitucionalmente que la religión católica era la religión oficial de Colombia, sino que además se le entregó a la Iglesia la administración de un 50% del territorio nacional para que lo «civilizara» mediante la evangelización de las «sociedades incipientes» y los «grupos salvajes» que lo habitaban (ILSA, 2002). En el mismo sentido, la Ley 89 de 1890 establecía un fuero penal especial para los «salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada» y aunque reconocía el gobierno interno de las comunidades indígenas por medio de cabildos y la propiedad sobre la tierra, lo hizo a condición de definirlos legalmente como «incapaces o menores de edad», reduciendo dichos resguardos a Zonas de Misión bajo la supervisión de la Iglesia.

3.

El constitucionalismo reciente y los pueblos indígenas en América

Clavero asegura que los Estados americanos necesitan una «legitimación primordial» (1994: 141) de su existencia, que sólo puede ser lograda en virtud de la intervención de los pueblos indígenas en el proceso de constitución del Estado de Derecho. El diagnóstico de Clavero parece que fue aceptado por los distintos Estados latinoamericanos que en la década de los noventa emprendieron la tarea de reformar sus constituciones para acomodar a las comunidades indígenas y, de paso, salir de una crisis de legitimidad que amenazaba su propia existencia. Como lo señala Van Cott, «el proyecto de la elite de construir la democracia alrededor de una identidad étnica homogénea basada en el trasplante de las culturas europeas había fracasado; cualquier proyecto democrático viable en el futuro tenía que ser construido alrededor de una identidad nacional que reflejara y valorara la diversidad cultural de la nación» (2002: 45). El hecho de que los pueblos indígenas hayan sobrevivido a siglos de opresión y que incluso en algunos países latinoamericanos continúen siendo la mayor parte de la población, seguramente contribuyó a ello.

El reconocimiento de las comunidades indígenas por parte del derecho estatal supone un giro trascendental en la cultura jurídica latinoamericana, una cultura acostumbrada a ver en los indígenas un ejemplo vivo de categorías como la minoría, la inimputabilidad o la incapacidad. Este cambio, como se mostrará a continuación, responde ante todo a una crisis de legitimidad del modelo de Estado que se adoptó desde la independencia y no a un cambio en la sociedad que haya sido reconocido posteriormente por el derecho. Las sociedades continúan estando moldeadas por nociones históricas sobre el significado y valor de

gradado de los indígenas, el racismo y la subordinación siguen estando tan presentes como siempre en la vida cotidiana⁴⁸. Esta es la conclusión a la que llega Cunin al analizar el nuevo multiculturalismo en Colombia: «Es racismo implícito, encarnado en las relaciones sociales, transmitido por palabras y comportamientos insignificantes» (2002: 82-83).

En el campo jurídico, el reconocimiento de la diferencia cultural ha supuesto una «crisis» de las categorías y conceptos que normalmente dominaban la práctica jurídica en nuestro contexto, un cambio en los usos convencionales de ciertos términos, desde la palabra «indio», hasta el debate en torno a la vigencia de los derechos humanos frente a la diversidad cultural⁴⁹, o en la discusión sobre los derechos colectivos. Pero al mismo tiempo ha tenido un efecto práctico en algunos aspectos. La adjudicación de tierras basada en la reparación de errores históricos, como sucedió en Brasil con el reconocimiento de los derechos territoriales de los llamados remanente de *quilombos* (Andion, 2002: 107), la titulación en Colombia durante los últimos cuatro años de «alrededor de 18 millones de hectáreas a los pueblos indígenas en la región amazónica de ese país» (Dandler, 1994: 37) o la dotación de alrededor de 2 millones de hectáreas en varias áreas de bosques y llanos tropicales en

⁴⁸ Por ejemplo, en Colombia la palabra «indio» es utilizada de manera despectiva y peyorativa para referirse a personas que se consideran vulgares, carentes de cultura y denota, ante todo, un sentimiento de superioridad clasista y racial. La concepción del indígena como un ser inferior se transmite y reproduce en la vida cotidiana a través del lenguaje, un lenguaje que como depositario de un enorme cúmulo de significación, «construye entonces enormes edificios de representación simbólica que parecen dominar la realidad de la vida cotidiana como gigantescas presencias de otro mundo» (Berger y Luckmann, 1993: 59). Así, el pasado de dominación del indígena es traído al presente a través del uso peyorativo de la palabra «indio». Un análisis del uso actual de la palabra «indio» en las relaciones laborales del servicio doméstico y sus implicaciones en la construcción de relaciones sociales jerarquizadas en el espacio privado se encuentra en Ariza (2002).

⁴⁹ La experiencia reciente en algunos países latinoamericanos muestra las dificultades y el riesgo que el discurso de los derechos humanos —tal y como hoy está siendo utilizado— supone para la supervivencia e identidad de las comunidades indígenas. La mayoría de los países latinoamericanos adoptaron como fórmula de reconocimiento de la jurisdicción indígena la perspectiva diseñada por el Convenio 169 de la OIT. Dicho Convenio señala que el derecho consuetudinario debe ser respetado cuando no sea «incompatible» con los derechos humanos universales, por lo que algunos castigos y procedimientos tradicionales han sido catalogados como violaciones de los estándares internacionales de derechos humanos (Sieder, 2002: 10), lo que ha reducido significativamente en estos contextos las posibilidades de un entendimiento intercultural. En México, por ejemplo, el discurso de los derechos humanos ha sido utilizado por el Estado para limitar la autonomía de las comunidades indígenas en Chiapas (Speed y Collier, 2000: 900), mientras que en Perú el sistema judicial sigue considerando como crímenes ciertos actos —como el sacrificio ritual de hechiceros— al tiempo que acusa a los líderes de las Rondas Campesinas de usurpar funciones judiciales (Yrigoyen, 2001).

Bolivia a favor de los pueblos indígenas del oriente (*Ibid.*: 37-38), son ejemplos del impacto que dichas reformas pueden tener sobre las minorías nacionales⁵⁰.

Estos procesos, no obstante, no han estado exentos de equívocos y dificultades. En primer lugar, la capacidad efectiva de la constitución para afectar la realidad en Latinoamérica es bastante reducida dado que «el constitucionalismo latinoamericano tiene una relación especial con la realidad y la efectividad del derecho constitucional: apuesta por el tiempo» (Wolf, 1999: 155). En segundo lugar, la reivindicación del pluralismo cultural ha supuesto la intensificación de las distinciones sociales y la creación de nuevas definiciones sobre la identidad del indígena que resultan bastante problemáticas. La recuperación de las diferencias culturales ha conducido a «un particularismo horizontal, en que se generan, alimentan o agudizan, minúsculos conflictos fronterizos o identitarios» (Andion, 2002: 112). A continuación a través del análisis del caso colombiano analizaré con mayor detenimiento los anteriores aspectos.

3.1. Crisis y reforma en Colombia: Los avatares del pluralismo

Como lo señala Valencia Villa las Constituciones en Colombia han sido históricamente *Cartas de Batalla*, documentos simbólicos que intentan fundar un nuevo orden tras la finalización de una de las tantas guerras civiles, de las revoluciones constantes e inacabadas que ha sufrido el país. De hecho, constitucionalismo y guerra han sido dos procesos que de forma concomitante han configurado la cultura jurídica colombiana, una paradójica combinación entre una paz precaria y una guerra siempre latente, una dialéctica entre la confianza en el derecho y el escepticismo ante sus verdaderas posibilidades. En el siglo XIX Colombia experimentó trece guerras civiles e igual número de constituciones les siguieron. A pesar de la relativa estabilidad constitucional que se logró alcanzar con la Constitución de 1886 el país siguió viviendo en un régimen de anormalidad permanente fruto de los enconados problemas sociales y políticos. Se calcula que durante el período conocido

⁵⁰ En todo caso, la vigencia real de las disposiciones constitucionales es bastante reducida. Por ejemplo, en Brasil a pesar del reconocimiento constitucional de la propiedad indígena sobre sus territorios, «en la práctica, estos derechos no han sido respetados por quienes reclaman unas tierras codiciadas por su riqueza de recursos y secuestran y matan a los indígenas que las habitan con el fin de obligarlos a abandonarlas» (Dandler, 1994: 47).

como *La Violencia*, desatado tras el asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán a mediados delo siglo xx, cerca de 300.000 personas murieron en unos cuantos años⁵¹. La Constitución en este contexto tenía muy pocas posibilidades de vigencia y no funcionaba como un marco que orientara la acción política ni social. Incluso Gaviria irónicamente señala que la única norma de la Constitución de 1886 que fue aplicada, durante sus más de cien años de vigencia, fue el Artículo 121 que consagraba el estado de sitio⁵². En efecto, desde 1958 hasta 1990 (32 años) el país vivió más de 23 años en estado de excepción. Por su lado, con posterioridad a 1990, y hasta julio de 1996 (6 años), el tiempo de anormalidad se extendió durante dos años y medio y así el país ha sufrido un estado de excepción constante que ha ayudado a aumentar el déficit democrático del régimen político colombiano (Ariza et.al., 1998). A finales de los años 80 la fractura entre lo que Gaitán llamó el *país real* y el *país político* se había hecho insuperable. La emergencia de nuevos actores desestabilizadores que competían con el Estado —lo que se catalogó como la irrupción del *paraestado* en Colombia— junto a la presencia siempre creciente de los grupos guerrilleros, condujeron al país a una situación límite que estalló definitivamente con el asesinato de cuatro candidatos presidenciales en apenas unos meses⁵³.

⁵¹ El período de la violencia en Colombia entre 1946 y 1958 dejó más de 300.000 muertos. Esta situación amenazaba la estabilidad del régimen por lo que los distintos sectores sociales estuvieron de acuerdo con la implantación de un gobierno militar transitorio que asegurara el mantenimiento del orden público perdido. Este proceso es descrito por Mario Arrubla en los siguientes términos: «El recrudecimiento de la violencia en campos y ciudades, la amenazante propagación de las guerrillas, hicieron que el sostenimiento del régimen recayera sobre las Fuerzas Militares de una manera tanto más exclusiva cuanto que los gobernantes, fieles a sus convicciones antidemocráticas, habían renunciado a todo tipo de seducciones en relación a lo que se llama la opinión pública» (1985: 195).

⁵² Además, como respuesta a la violencia partidista desatada tras la muerte de Gaitán, los partidos políticos enfrentados —liberal y conservador— celebraron un pacto de alternancia en poder para «normalizar» la situación conocido como el Frente Nacional. El acuerdo repartió por 16 años el poder entre los partidos liberal y conservador: cada cuatro años debía gobernar un presidente de una de las dos colectividades. Los restantes cargos políticos y burocráticos se repartieron equitativamente entre los partidos. Según Leal la paridad burocrática y la alternación de los partidos en la Presidencia de la República dieron al traste con el sistema tradicional de funcionamiento del régimen político que estaba basado en el fuerte sentimiento de pertenencia a cada una de las colectividades y que permitía hasta entonces una cobertura ideológica estable, generando así una lenta «despolitización» de los partidos políticos. El producto final fue el nacimiento del clientelismo. (Leal, 1989: 62). Sobre el funcionamiento del estado de sitio en Colombia véase (Gallón, 1979).

⁵³ La situación a estas alturas era dramática, y aún sigue siéndolo. Por un lado, Colombia registraba la tasa de homicidios por año más alta del mundo: 77,5 muertes violentas por cada 100.000 habitantes; era el primer país latinoamericano y mundial segui-

Dentro de este contexto se pensó que un nuevo pacto político y un cambio constitucional podrían no sólo pacificar el país, sino conducirlo por un nuevo camino de tolerancia y democracia verdadera. El hecho de que la reforma constitucional haya sido impulsada y organizada por medio de decretos de estados de excepción muestra que la Constitución fue concebida como un instrumento de pacificación, como una medida adecuada para restablecer el orden público turbado⁵⁴. La edificación del nuevo orden, por tanto, requería establecer una clara distinción frente al antiguo régimen de la Constitución de 1886 cuyo marcado carácter centralista, conservador y autoritario había sido señalado por muchos como uno de los principales factores que había sumido a Colombia en esta nueva, pero a la vez recurrente, crisis de legitimidad.

do por Brasil que alcanzaba una tasa del orden de 24,6 por cada 100.000 habitantes. (Deas y Gaitán, 1995: 268). Por otro, los grupos guerrilleros continuaban creciendo y dominando amplias zonas del país. Pécaut describe el crecimiento del fenómeno guerrillero de la siguiente forma: «en 1978 no disponía todavía sino de 17 frentes implantados en un número reducido de municipios periféricos (...) En 1991, 80 frentes afectan 358 municipios. En 1994 dispone de 105 frentes que conciernen a 569 municipios, más de la mitad del total de municipios del país» (Pécaut, 1997: 7). El momento más crítico de la situación, con todo, se vivió durante el proceso previo a las elecciones presidenciales de 1990. El candidato de la Unión Patriótica (U.P.) Jaime Pardo Leal murió en un atentado perpetrado en la zona rural cercana a Bogotá. El 18 de agosto de 1989 fue asesinado en una manifestación pública el precandidato liberal Luis Carlos Galán Sarmiento, quien era el personaje político más respetado y con mayores opciones para acceder a la Presidencia de la República. Poco después, el 7 de octubre de 1989, el precandidato Carlos Pizarro quien provenía del recientemente desmovilizado movimiento insurgente M-19 murió como resultado de un atentado realizado por un sicario en un avión en pleno vuelo. Poco después, la Unión Patriótica, grupo político de izquierda, sufrió nuevamente los rigores de la violencia: Bernardo Jaramillo, quien había tomado las riendas del partido tras la muerte de Jaime Pardo Leal fue asesinado.

⁵⁴ El 3 de mayo de 1990, el entonces Presidente de la República Virgilio Barco Vargas en uso de las facultades legislativas que le otorgó el estado de sitio declarado en 1984 expidió el decreto legislativo 927. El anterior decreto establecía la forma como debían ser contabilizados los votos en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional, así como el texto de la tarjeta electoral. Los motivos que se podían leer en el decreto, fundamentalmente, se referían al recrudescimiento de la violencia y a la necesidad de canalizar por medios legítimos el descontento de los colombianos ante la ineficacia de las instituciones. Según la lectura realizada por el gobierno acerca de la trascendencia histórica del momento, «frustrar el movimiento popular en favor del cambio institucional debilitaría las instituciones que tienen la responsabilidad de alcanzar la paz y generaría descontento en la población». Consideraciones Decreto Legislativo 927 de 1990. De hecho, la Corte Suprema de Justicia al revisar posteriormente el decreto 1926 de agosto de 1990 en el que se reguló lo relativo a las elecciones, la inscripción de candidatos y el temario que debía conocer la Asamblea, afirmó que la constitucionalidad de dicho decreto dependía de su virtualidad para alcanzar la paz y no de su comparación directa con la Constitución. Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 138 de octubre 9 de 1990.

Qué mejor símbolo de esta nueva era de tolerancia que convocar a aquellos que habían sido excluidos desde siempre, cuya situación de subordinación era tan antigua como el mismo nombre de Colombia. No sólo la participación en la Asamblea Constituyente de varios líderes guerrilleros fue presentada como el inicio de un nuevo orden tolerante y pluralista⁵⁵. El papel simbólico de los grupos indígenas fue determinante para re-presentar el espíritu del nuevo orden colombiano, para fundar un nuevo Estado sobre los escombros del pasado reciente.

Los indígenas, en consecuencia, como el «otro» identificable de la nación colombiana fueron presentados en el proceso constituyente como un símbolo de reconciliación histórica. En efecto, algunas explicaciones sobre el éxito de los delegados indígenas en el proceso indican que éste radica «en la manipulación de su importancia simbólica para una Asamblea que intentaba demostrar una nueva era de tolerancia e inclusión» (Van Cott, 2002: 49). Así, los indígenas simbolizan mejor que nada la diversidad, pluralismo y tolerancia del nuevo orden constitucional. Por ello, la conservación de su diferencia constituye un elemento esencial para la legitimación del nuevo orden instaurado con la Constitución de 1991. En tanto existen como diferentes, entre más diferentes sean, el régimen existe simbólicamente como pluralista y tolerante. Allí reside gran parte su «valor» y ello explica en parte la exaltación, la repetición y afirmación constante de su *diferencia* y esa cierta tendencia de la Corte Constitucional a condicionar el reconocimiento de derechos y garantías a la «conservación de usos y costumbres». Esta explotación simbólica del indígena, no obstante, no es exclusiva de las élites colombianas⁵⁶, ni de este momento histórico. Por ello, algunos

⁵⁵ Entre ellos, la organización guerrillera indigenista Quintín Lame, que fue creada en 1984. Este grupo desarrolló su accionar en el departamento del Cauca y ligó su lucha a las reivindicaciones de las comunidades indígenas de esa región. El 27 de mayo de 1991 firmó un acuerdo de paz con el gobierno de César Gaviria Trujillo, mediante el cual entregó sus armas y se reincorporó a la vida civil.

⁵⁶ En el caso de la Constitución de Guatemala, Casas asegura que los indígenas son manipulados y utilizados por las élites para simbolizar una falsa identidad nacional que intenta esconder el verdadero carácter segregacionista del Estado guatemalteco: «¿Si el indio es reconocido constitucionalmente, en qué plano deja la constitución al indio? Diremos que lo deja como la parte folclórica del país, y esto en aras del turismo extranjero, tal como sucede en el festival folclórico de Cobán» (Cajas, 1992: 142). Según la Corte Constitucional colombiana, el trato preferencial que reciben los indígenas se debe a que estos «enriquecen la cultura nacional, e inclusive a la cultura universal porque es sabido que los indígenas tienen como eje de la vida a la naturaleza, luego ésta, al no ser una simple mercancía, adquiere una connotación indispensable para un equilibrio ecológico que permita que sobreviva la humanidad». Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 1999. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

no dudan en señalar que es necesario tener en cuenta que la constitución que el líder indígena Muyuy considera como la «más avanzada de América en lo que se refiere a la consagración de Derechos de los Grupos Etnicos» (1998: 39), en verdad representa «la estrategia de un estado débil para salir de una crisis que amenazaba con esparcirse por toda la sociedad» (Cunin, 2002: 73). En todo caso, el modelo institucional adoptado en la Constitución colombiana de 1991, cuyos meritos normativos no se desconocen, ha sido tomado como base para los procesos de reforma constitucional en materia de reconocimiento de las comunidades indígenas adelantados en otros países andinos, dado su carácter progresista (Van Cott, 2002).

3.2. El régimen constitucional de los pueblos indígenas en Colombia

En este nuevo proyecto de re-construcción del Estado nación en Colombia el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural cumple un papel simbólico central. Lo anterior se ve reflejado en el amplio número de disposiciones que tratan la cuestión indígena. De acuerdo con la interpretación de Muyuy (1998), el régimen constitucional de los pueblos indígenas en Colombia comprende los siguientes ejes temáticos: 1. Derechos de identidad cultural⁵⁷; 2. Derechos de autonomía territorial⁵⁸; 3. Derechos de autonomía política y social⁵⁹; 4. Derecho de ejercicio autónomo de una jurisdicción especial indígena⁶⁰; 5. Derechos ambientales y de control sobre la explotación de recursos naturales en sus territorios⁶¹ y

⁵⁷ El Estado reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7), la oficialidad de las lenguas indígenas en sus territorios, la etno-educación y la enseñanza bilingüe (art. 10 literal e; art. 68, numeral 5); la libertad de conciencia y de cultos (arts. 18, 19), la defensa del patrimonio cultural (art. 72), la igualdad y dignidad de todas las culturas como fundamento de la nacionalidad (art. 70), además de la facultad de ejercer su propia justicia (art. 246).

⁵⁸ Se reconoce el derecho de propiedad colectiva de los resguardos, siendo consideradas estas tierras como inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63). Igualmente se establece que los territorios indígenas son entidades territoriales con autonomía para gobernarse y gestionar su desarrollo (art. 286).

⁵⁹ El derecho a elegir dos representantes indígenas para el Senado de la República (art. 171); la posibilidad de un representante más en la Cámara, (art. 176) y, el reconocimiento de la doble nacionalidad de los indígenas de territorios fronterizos (art. 96, literal c).

⁶⁰ Este derecho lo pueden ejercer las autoridades indígenas en su ámbito territorial, con el único límite de la constitución y las leyes (art. 246).

⁶¹ Entre estos derechos está el del goce de un ambiente sano (art. 79), el de conservación de los recursos naturales dentro de una concepción de desarrollo sostenible y el

6. Derechos económicos⁶². Aunque este amplio catálogo de derechos aún está por ser desarrollado, el cambio constitucional ya ha mostrado las principales tensiones y dificultades que supone la adopción de un modelo constitucional pluralista para el paradigma prevaleciente de monismo jurídico y para las técnicas aceptadas de interpretación y adjudicación constitucional. Por una parte, las comunidades indígenas han sido reconocidas constitucionalmente como sujetos activos de ciertos derechos lo que ha intensificado en el contexto colombiano la tensión entre derechos individuales y derechos colectivos⁶³ y entre desarrollo económico y protección cultural⁶⁴. Por otra parte, los indígenas individualmente considerados gozan de una ciudadanía especial, si se quiere «multicultural» (Kymlicka, 1995) o «ciudadanía indígena» (Van Cott, 2002: 46), pues pueden ejercer tanto sus derechos de ciudadanía general como aquellos que se les otorgan en tanto miembros de una comunidad indígena. Esta suerte de *posición intersticial*, entre otras cosas, les ha permitido utilizar el discurso occidental de los derechos humanos bien para criticar, oponerse o cambiar las prácticas tradicionales de su comunidad ancestral o para reivindicar su identidad étnica y así eludir la aplicación del derecho estatal. Esto último, como se verá, es impulsado en parte por la desaparición en el ámbito legal de la milenaria definición religiosa de la identidad indígena. Este desvanecimiento del indígena como un incapaz eterno e inmutable ha sido anunciado con cierto orgullo por parte de las instancias judiciales de tal suerte que «los grupos étnicos, calificados hace un siglo como “salvajes”, son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente»⁶⁵.

derecho a consulta previa para la exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas (art. 80).

⁶² Los resguardos son asimilados a municipios para participar en los ingresos corrientes de la Nación y así proyectar de manera autónoma su desarrollo (art. 357).

⁶³ Como lo señala Stavenhagen al describir los argumentos de aquellos que ven en los derechos colectivos una amenaza para las categorías del derecho liberal, «el derecho consuetudinario, se dice, usualmente no conduce a la completa satisfacción de los derechos humanos individuales, sino que por el contrario limita las libertades individuales en nombre de la solidaridad con la comunidad tradicional (...) Un estado liberal, se aduce, no debería tolerar tales limitaciones, ni siquiera cuando su propósito es preservar la identidad cultural» (2002: 38).

⁶⁴ Ejemplo de ello es el proceso adelantado por la comunidad indígena U'WA contra la multinacional OXY para detener la exploración y explotación de petróleo en su territorio ancestral. La Corte Constitucional (Sentencia SU-039 de 1997) falló a favor de la comunidad ordenando la suspensión de las actividades de la multinacional en el territorio indígena.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-139 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

En virtud del cambio legal sabemos qué tipo de prácticas están proscritas en relación con los pueblos indígenas, precisamente aquellas que se derivaban de la definición religiosa del indígena como un menor de edad. El indígena no es ese otro incapaz, salvaje y sumiso; ahora es ese otro que la ley no sabe como definir. Tras la desaparición legal del indígena-salvaje-menor, de manera infructuosa se ha intentado definir al indígena con base en su semejanza o diferencia y a falta de mejores respuestas la Corte ha optado por atar la identidad indígena con un pasado remoto y un territorio específico.

A pesar de que el nuevo régimen constitucional ha supuesto un avance significativo en el espacio normativo las lecturas sobre su desarrollo posterior están encontradas. Por una parte, Hoekema considera que el reconocimiento explícito del derecho a administrar justicia de las comunidades indígenas constituye «un gran paso adelante, tanto más que la Corte ha ponderado casos en los que surgen conflictos sobre la naturaleza y el alcance de la jurisdicción indígena, ha observado estrictamente el concepto de autonomía indígena amplia» (Hoekema, 2002: 80). Por otra parte, Bonilla asegura que el problema, precisamente, radica en el proceso de adjudicación constitucional, dado que el alcance del texto se ha visto limitado por interpretaciones que considera «poco plausibles» acerca de la tensión entre unidad nacional y diversidad cultural. De hecho asegura que «los jueces y funcionarios del poder ejecutivo generalmente han resuelto esta tensión dándole prioridad al principio de unidad cultural y por tanto anulando de hecho los valores constitucionales del pluralismo y la diferencia» (Bonilla, 2003: 3).

Creo que estas evaluaciones no tienen en cuenta que en estos casos la Corte Constitucional sigue siendo una instancia del Estado hegemónico del que deriva su autoridad, que se ve abocada a definir identidades étnicas y a interpretar prácticas y costumbres profundamente enraizadas en una tradición cultural que, la mayoría de las veces, no sólo no coinciden sino que entran en franca oposición con los valores más preciados que fundan su propia racionalidad. Tomó un poco más de 500 años reconocer que los indígenas son una parte constitutiva de la nación colombiana, que son tan «pueblo» como los demás colombianos. No podemos esperar que en unos cuantos años se desvanezcan siglos de prejuicios normativos y sociales; este proyecto de reforma sigue encontrando en las prácticas y significados sociales arraigados sobre lo indígena su obstáculo más difícil de superar. De hecho, la dicotomía entre los pueblos de blancos y los pueblos de indios sigue estando presente; los indígenas siguen confinados en un espacio delimitado en donde deben reproducirse y mantenerse no como mano de obra agrícola, sino como artefactos culturales indispensables para la legitimación simbólica

del nuevo orden constitucional. Por ello cuando abandonan el espacio simbólico del territorio indígena, abandonan al mismo tiempo gran parte de su identidad y sus privilegios. El significado del reconocimiento constitucional de la diferencia, la actividad de la Corte y los resultados hasta ahora alcanzados tienen que ser evaluados en este contexto, en una transición de regímenes constitucionales en la cual los indígenas simbolizan en gran medida la promesa de tolerancia del nuevo orden, la cual sólo se puede mantener latente por medio de su «conservación» a través de su sujeción a un territorio y un pasado. Hay en ello, sin duda, una inmensa apuesta por la reconciliación nacional y un anhelo de reparar daños y perjuicios históricos. También hay una intención firme de proteger a aquellos que han sufrido con mayor inclemencia los efectos perversos de la modernización colombiana. El derecho, en este caso, no ha sido sólo un instrumento de dominación sino también un mecanismo que ha permitido reivindicar la diferencia. Desconocer la importancia de esto, sin duda, restringiría la comprensión global del fenómeno. Pero no ha sido sólo eso, por lo que no puede entenderse el reconocimiento de la diferencia como un gesto de buena voluntad o como un progreso de las ideas y la cultura jurídica colombiana. La buena voluntad no excluye el pragmatismo.

El principal mecanismo que ha permitido la puesta en marcha del nuevo proyecto constitucional es la acción de tutela⁶⁶. Este mecanismo

⁶⁶ Generalmente esta es la forma cómo se controlan las actuaciones de las comunidades indígenas. En Estados Unidos, por ejemplo, «dado que las tribus indígenas no son estados ni ramas del gobierno federal, las personas privadas de derechos civiles por las tribus indias no tenía ningún recurso legal contra la tribu. Por ello, en 1976 el Congreso promulgó el Indian Civil Rights Act, que exige a las Tribus Indígenas garantizar libertades básicas civiles a los miembros de la tribu» (Newton, 1986: 75). La Constitución de 1991 estableció un amplio y generoso catálogo de derechos fundamentales. Para garantizar su protección y aplicación se estimó conveniente consagrar mecanismos que, por una parte, facilitaran el acceso ciudadano a la administración de justicia y, por otra, garantizaran el principio de aplicación directa de la constitución. El principal mecanismo de protección fue denominado Acción de Tutela, semejante al amparo del derecho comparado, aunque con diferencias importantes. En efecto, la Acción de Tutela se caracteriza por su informalidad: puede ser presentada ante cualquier juez —salvo algunas excepciones—, por cualquier persona de manera autónoma o por medio de abogado y tiene que ser resuelta en el término de diez días. Dado que sistema de control constitucional en Colombia es difuso en materia de protección de derechos fundamentales, el número de sentencias emitidas es enorme y la mayoría de las veces las decisiones se contradicen entre sí. Por ello, todos los jueces que decidan un proceso de Tutela deben enviar el expediente a la Corte Constitucional para que ésta eventualmente los revise, cuando considera que contradicen la jurisprudencia constitucional. De esta manera las sentencias que la Corte emite en procesos de Tutela no corresponden a todos los procesos existentes, sólo a aquellos que discrecionalmente considera que debe revisar. Adicionalmen-

ha abierto una canal de comunicación entre la justicia indígena y el derecho estatal cuyo impacto en las nociones fundacionales del derecho constitucional colombiano y en la supervivencia de la identidad cultural de las comunidades indígenas puede ser evaluado de manera preliminar. A continuación, se analiza el proceso de adjudicación constitucional de la diferencia cultural en los últimos años en Colombia.

3.3. Adjudicación constitucional y pluralismo cultural

En uno de los primeros pronunciamientos sobre el régimen constitucional de los pueblos indígenas la Corte tuvo que resolver la Tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo Indígena de Cristianía contra el Ministerio de Obras Públicas de Colombia. La comunidad aseguraba que la construcción de una carretera había afectado su integridad, no sólo porque una parte de su territorio estaba siendo utilizado para el vertimiento de residuos, sino también porque una falla geológica que afectaba al lugar podía suponer problemas más graves. La Corte concedió la Tutela asegurando, por una parte, que no hay razón para que la comunidad indígena tenga que asumir las consecuencias negativas derivadas de la construcción de una obra en un terreno inestable y, por otra, que cuando el interés de la comunidad indígena se basa en el mantenimiento de su integridad étnica, aquel «posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución»⁶⁷. En esta sentencia la Corte muestra cómo el principio de conservación étnica, en este caso frente a acciones externas que afectan a la comunidad indígena, es el eje sobre el cual girará su aproximación al régimen constitucional de los pueblos indígenas. Esto se puede observar con claridad en otros pronunciamientos en los cuales la Corte supedita el sentido de la decisión a la conservación cultural de las comunidades indígenas, bien para afirmar el «mayor peso» de sus derechos en las distintas ponderaciones o como condición para otorgar esos mismos derechos a sus miembros.

te, es necesario distinguir entre los tres tipos de sentencias que se analizaran en este ensayo. En primer lugar, se encuentran las sentencias T que corresponden a aquellas que resuelven definitivamente un proceso iniciado tras la interposición de una acción de tutela. En segundo lugar, están las sentencias C que corresponden a aquellas que resuelven acciones públicas de inconstitucionalidad y, por último, las sentencias SU que unifican la doctrina interior de la Corte cuando existen varias sentencias T que se contradicen.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992. Magistrado ponente, Ciro Angarita Barón.

La Corte, en otro caso, permitió que la comunidad Mendiguaca demandara a un empresario hotelero que impedía el acceso al mar, a través de la playa, a los pescadores de la comunidad indígena. En este caso la Corte aseguró que la propiedad privada puede ser restringida para garantizar el derecho a la subsistencia, vida en integridad de una comunidad de pescadores, más aún cuando existe una diferencia notable de poder entre las partes: «el poderío económico que demuestra el demandado —número de trabajadores a su cargo, maquinaria utilizada, contratación para obtener el suministro de energía eléctrica y rápida ejecución de la obra— contrasta con la incapacidad de los pescadores para hacer efectiva la protección de sus derechos a la vida y a la integridad»⁶⁸. La protección constitucional opera cuando existe un riesgo razonable de que la integridad de la comunidad indígena se vea afectada a causa de su situación de vulnerabilidad. En este sentido, uno de los casos más significativos fue el que la Corte resolvió a raíz de la acción de tutela interpuesta por la Organización Indígena de Antioquia, en representación de la comunidad indígena Emberá Catío de Chajeradó, contra una compañía maderera. Dicha compañía, en virtud de una autorización estatal realizó la explotación de cerca de 4.000 hectáreas de bosque húmedo tropical que constituían la infraestructura material de la economía y subsistencia de la comunidad indígena. El impacto fue tal que la supervivencia misma de los Emberá Catío se vio amenazada. La Corte concedió la tutela asegurando que «la explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de una economía de subsistencia de las comunidades étnicas en las que priman los valores de uso y simbólico sobre el valor de cambio y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza»⁶⁹.

Esta misma regla le sirvió a la Corte para ordenar la suspensión de la exploración petrolífera en el territorio de la comunidad indígena U'wa, caso en el cual reiteró que para asegurar la subsistencia y conservación de los grupos indígenas la Constitución «ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adop-

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-605 de 1992. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes M.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes. Es en esta sentencia en donde la Corte señala por primera vez el nuevo status jurídico de las comunidades indígenas con las siguientes palabras: «La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser «sujeto» de derechos fundamentales».

ten para autorizar dicha explotación»⁷⁰. Cuando la participación indígena no se verifica, por medio de la consulta previa, las obras que se adelantan en territorio indígena son inconstitucionales. En efecto, cuando dichas obras ponen en peligro la supervivencia y el futuro de la comunidad, los demandados tienen la obligación de velar por la conservación de cada uno de sus miembros, hasta que ésta restablezca su equilibrio y aquellos puedan ser nuevamente autosuficientes⁷¹. Esta fue la decisión que tomó la Corte en el caso que enfrentó a la comunidad Emberá con los constructores del proyecto hidroeléctrico Urrá, cuya puesta en marcha destruyó por completo la base material de subsistencia de la comunidad y que, incluso, en opinión de la Corte, «resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento a los que estuvieron sometidos desde la conquista española»⁷².

Este tipo de razonamiento que vincula la protección constitucional con la conservación del pasado, también se observa en casos rutinarios de adjudicación. La Corte ha declarado que las comunidades indígenas tienen derecho a recibir un trato preferencial en la resolución de las peticiones presentadas ante las autoridades, más aun cuando se trata de aquellas que se refieren a la constitución de resguardos, pues «siendo

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado ponente, Antonio Barrera Carbonell. En este caso la Corte señaló que la consulta que se debe realizar a las comunidades indígenas debe ser material y efectiva, no un simple trámite formal; de hecho, la consulta previa se considera como requisito indispensable para la protección de las comunidades indígenas: «de este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones». En todo caso, vale la pena señalar que en decisiones posteriores la Corte Constitucional ha indicado que la consulta previa a las comunidades indígenas no es necesaria «cuando se adopten medidas legislativas». Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001. Magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz.

⁷¹ La Corte estableció que si la comunidad indígena no llegaba a un acuerdo con la empresa para el pago de la indemnización dentro de los seis meses siguientes, esta última deberá pagar una «suma que corresponda a un subsidio alimentario y de transporte, que pagará la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos quince (15) años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecua sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que los embera fueran consultados, y mientras pueden educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo». Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998.

⁷² Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

evidente el abandono, humillación y discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos, se hace necesario que se imponga siempre a su favor un trato preferencial»⁷³. Igualmente, la Corte ha negado la posibilidad de construir pistas aéreas en territorios indígenas para facilitar el acceso de grupos religiosos que pretenden su evangelización, «por cuanto la nueva Constitución consagra el derecho de propiedad privada de los indígenas sobre los resguardos»⁷⁴. Además, ha respaldado la afiliación de los miembros de las comunidades indígenas al sistema de seguridad social dentro del régimen subsidiado, dado que tal decisión «supone tomar en consideración este distinto modelo económico, a efectos de evitar que, aplicando los parámetros del modelo capitalista, se obligue a personas a aportar al sistema cuando su realidad cultural lo impide»⁷⁵.

La doctrina de la conservación por medio de la diferenciación se observa con mayor claridad en los casos que deciden la constitucionalidad de medidas preferenciales para los grupos indígenas. Los privilegios indígenas constitucionales entran en funcionamiento sólo cuando las personas que los reclaman pueden demostrar que *son* indígenas, esto es, cuando pueden vincular su identidad actual con un referente histórico, con un pasado y un territorio que han logrado mantener. Aunque lo anterior parece una obviedad tiene profundas implicaciones. De hecho, al contrario de lo que se podría pensar, la doctrina de la Corte en materia de derechos indígenas es una doctrina conservadora, pues proscribire tácitamente el cambio social, no sólo el cambio social inducido, sino también el espontáneo. Esta suerte de política judicial de la conservación cultural integra al indígena dentro del sistema jurídico a condición de esencializar y perpetuar su diferencia social o cultural. Esto se puede observar con claridad en la sentencia en que estableció las condiciones para que una persona que reclama ser indígena pueda ser exenta del servicio militar obligatorio. El artículo 27 de la Ley 48 de 1993, exige a los indígenas «que residan en su territorio y conserven su integridad cultural social y económica» de prestar el servicio militar. La Corte declaró la constitucionalidad de la norma aduciendo que la medida busca preservar la existencia e identidad de las comunidades indígenas. Lo más significativo de la decisión es que señala que no se protege al indígena

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1992. Magistrado ponente José Gregorio Hernández.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-257 de 1993. Magistrado ponente, Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-088 de 2001. Magistrado ponente, Martha Sachica Méndez.

en cuanto individuo, sino en tanto se encuentra ubicado en un contexto territorial y temporal determinado, dado que «el mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger **a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas**»⁷⁶.

Para que un indígena sea indígena tiene que vivir como un indígena y reproducirse como tal. Este tautológico razonamiento nada nos dice en principio sobre quiénes pueden ser considerados, estrictamente, como indígenas o qué sucede cuando una persona se auto define como indígenas sin vivir en la comunidad. Según esa regla pueden existir «indígenas» que sin embargo no vivan con los indígenas ni como indígenas, es decir, puede darse el caso de personas que compartan algunos rasgos accidentales con los verdaderos indígenas, que sin embargo no lo son porque no tienen las propiedades esenciales del indígena constitucional. Evidentemente, en este caso la esencia de lo «indígena» no está determinada por el factor racial. ¿Cuál es entonces la esencia del indígena así construido? Según la Corte, el que sea radicalmente diferente por traer al presente costumbres de tiempos remotos, su inmunidad al paso del tiempo, su resistencia al cambio social pero, principalmente, que no viva como ni con los demás colombianos sino que esté inserto en otra institucionalidad y en otro espacio. Deben estar esencialmente excluidos y al mismo tiempo fijados en un territorio, en su territorio ancestral. La esencia, así elaborada, se convierte casi en sinónimo de congelamiento cultural. Por eso la Corte no vacila en asegurar que «los indígenas que vivan con el resto de la población colombiana o con los mismos hábitos que ésta, no están exentos del servicio. Ellos están sometidos al régimen general de la Constitución y la ley, que propugna la dignidad del hombre con unos derechos y deberes que cumplir⁷⁷». ¿Qué pasa con aquellos que son «indígenas» pero no viven como ni con ellos? Generalmente se transforman en indígenas aparentes y de desvanecen dentro de la sociedad colombiana. Vale la pena recordar que es la propia Corte quien introduce esta distinción; por lo tanto, en la realidad por ella descrita, deben existir indígenas «aparentes» y «verdaderos».

Este mismo razonamiento se utilizó en la sentencia C-394 de 1995, por medio de la cual se declaró constitucional la norma que establece que los indígenas deben ser reclusos en establecimientos carcelarios es-

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994. Magistrado ponente, Alejandro Martínez Caballero [negrita original].

⁷⁷ *Ibidem*.

peciales. En efecto, la Corte reiteró que la norma es constitucional, eso sí, aclarando que únicamente comprende a los indígenas verdaderos, a aquellos que tienen la capacidad de poner en marcha y utilizar su pasado en la vida cotidiana de hoy: «en cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y leyes»⁷⁸. La Corte distingue, por tanto, entre el «pueblo» del que hablaba Bolívar, que no es ni europeo ni indígena a pesar de descender tanto del uno como del otro, del indígena *verdadero*, aquel que siempre ha sido excluido o que se ha defendido exitosamente de las embestidas asimilacionistas, para perpetuar la dicotomía que históricamente ha caracterizado a la nación colombiana. Lo «indígena» estaría presente en la gran mayoría de los colombianos pero sólo como una característica racial latente, mientras que el indígena sería aquel que hoy reproduce una tradición que se remonta a los tiempos precolombinos: una continuidad casi lineal que hace que le presente pueda ser vinculado con un pasado remoto. Esa contradicción entre el «pueblo» no indígena y los indígenas verdaderos se mantiene a pesar de los intentos normativos que pretenden construir una nación unida en la diversidad⁷⁹.

Por eso mismo no se reconoce la igualdad entre las dos formas culturales o, si se quiere, entre los dos pueblos. El Estado colombiano sigue manteniendo una posición de supremacía sobre los pueblos indígenas aunque esta se haya morigerado⁸⁰. Los indígenas no tienen un poder pleno sobre su territorio, a pesar de que en algunos ámbitos se les re-

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-394 de 1995. Magistrado ponente, Vladimiro Naranjo.

⁷⁹ En efecto, la Corte ha señalado que sería un error hablar de la existencia de «naciones» indígenas dentro del territorio del Estado colombiano. Según su interpretación de la Constitución, «esta hipótesis en el caso colombiano no es cierta, porque afecta el Preámbulo de la Constitución que señala como finalidad fortalecer la unidad nacional y el artículo 1.º que organiza a Colombia como República unitaria». Corte Constitucional, sentencia T-634 de 1999. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

⁸⁰ Por ejemplo, entre otras cosas, se reconoce el derecho de las comunidades indígenas para decidir quiénes deben ser sus autoridades internas, de tal manera que «ni la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, ni el Ministerio del Interior, ni la Gobernación del Departamento de Córdoba, ni la Alcaldía del municipio de Tierralta, ni la Empresa Multipropósito, ni las organizaciones coadyuvantes, ni organización o persona distinta a las comunidades Embera-Katio listadas arriba, puede decidir cuáles son las autoridades de ese pueblo.» T-652 de 1998.

conozca un control exclusivo. Dicho poder se desvanece cuando está en juego la protección de la seguridad y unidad del Estado. Por ello no resulta extraño que en medio de la retórica proteccionista la Corte haya permitido que el Ministerio de Defensa colombiano y la Misión Aérea de los Estados Unidos construyeran una base militar y un radar en el territorio amazónico ancestral de las comunidades Huitoto y Muñaire. De esta forma, cuando los valores fundamentales del Estado colombiano se ven afectados, el territorio ancestral pierde su carácter sacro y puede ser profanado, dado que «en ningún caso puede pensarse en que los derechos de la comunidad indígena prevalecen sobre los derechos de los colombianos —en general— y más teniendo en cuenta que de lo que se trata en el presente caso es de la obligación del Estado colombiano de asegurarle a los habitantes del territorio nacional la protección en sus vidas, bienes, seguridad, etc. Obligación que cumple, por ejemplo, instalando en diversos lugares estratégicos del territorio nacional radares para el control de aeronaves que transitan por el espacio aéreo colombiano, y específicamente para el seguimiento y persecución de aeronaves del narcotráfico»⁸¹. Lo mismo sucede con los derechos fundamentales constitucionales y su vigencia en el ámbito territorial de la comunidad indígena, lo cual será analizado más adelante.

La Corte también ha señalado que si bien las comunidades indígenas tienen autonomía para resolver y manejar sus propios asuntos, cuando se trata de recursos naturales deben ejercerla con responsabilidad. Por ello, a favor de la comunidad indígena siempre opera la cláusula *ultra vires* «frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante»⁸². El Estado también conserva la facultad de controlar la actividad exterior de las comunidades indígenas y los conflictos entre ellas; existe una dualidad de gobierno sobre el territorio indígena porque también es territorio estatal, pero no en el gobierno del territorio estatal porque este es sólo estatal; de hecho la Corte asegura que, «si bien las autoridades deben respetar el principio de autonomía de los pueblos indígenas, debe tenerse presente que éste no es absoluto ni soberano y tiene límites bien definidos que no pueden interferir con la obligación estatal de conservar la paz en todo el territorio nacional,

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-405 de 1993. Magistrado ponente, Hernando Herrera.

⁸² Corte Constitucional, sentencia T-368 de 1993. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.

sin excepciones»⁸³. Las comunidades indígenas, en consecuencia, no gozan de soberanía interna ni externa. Su poder de influencia está limitado a las fronteras de su territorio ancestral y, aún dentro de éste, no gozan de un poder exclusivo para definir el carácter de la organización social. Esta combinación entre el principio de conservación, como requisito para la puesta en marcha de los derechos y el principio de intervención soberana, como mecanismo de control del Estado sobre las comunidades indígenas, permite tanto la integración de los indígenas en el sistema jurídico como su exclusión del cuerpo social y su representación simbólica como diferentes. Esto se puede apreciar con mayor nitidez en los resultados de la puesta en marcha de la jurisdicción especial indígena que analizaré a continuación.

3.4. La Jurisdicción Especial Indígena

De manera un tanto apocalíptica Griffiths asegura que «cualquier grupo que permita regularmente a sus miembros llevar las disputas fuera está en el camino de la desintegración» (1995: 18). En efecto, la posibilidad de que un grupo pueda resolver sus conflictos internamente permite que este reafirme, por medio de la solución del conflicto, el orden simbólico y significativo que se vio quebrantado. No se trata solamente de reafirmar la validez del orden propio sino de limitar la influencia e impacto de modelos exteriores. En aquellos contextos en los que los indígenas no tienen asegurada tal posibilidad los efectos suelen ser devastadores. Como lo señala Edney para el caso australiano, el encarcelamiento de indígenas no es la manifestación de la aplicación neutral de normas y principios (2002: 219-234). De hecho, la concentración del sistema penal en ciertos grupos humanos, representa una señal clara de la forma como la sociedad hegemónica entiende y construye la alteridad. La mayoría de las veces el sistema penal se concentra en grupos que han sido históricamente subordinados para mantenerlos en esa situación o para representarlos como diferentes del resto de la sociedad. El ejemplo más significativo de este fenómeno los constituye la desproporción racial en las cárceles de los Estados Unidos, donde las personas negras a pesar de constituir cerca del 8 % de la población representan «la mitad de la población carcelaria» (Blumstein, 1999: 394)⁸⁴. Por eso,

⁸³ Corte Constitucional, sentencia T-188 de 1993. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁴ Para Blumstein, este marcado desequilibrio se debe en parte a la forma como está constituida la sociedad estadounidense. Por eso concluye que «cualquier impacto signi-

el funcionamiento del sistema penal generalmente es «desventajoso y positivamente destructivo para los intereses de las comunidades indígenas no sólo al minar el “capital social” de dichas comunidades, sino también en la manera como el mismo sistema cultiva y perpetúa la “alteridad” de las personas indígenas» (Edney, 2002: 220). Por ello cuando se decide si un indígena debe o no ser juzgado por la justicia penal del Estado no se está resolviendo únicamente un conflicto de competencias entre los cabildos y los jueces penales; lo que se decide, en el fondo, es si se excluye al indígena definitivamente de su cultura por medio de su inserción en el sistema penal del Estado o si se le integra a su comunidad para recomponer su identidad y reconstituir el orden que su acción pudo haber roto. Es, en síntesis, una cuestión de identidad.

Primera aproximación

En la primera sentencia que la Corte promulgó sobre la jurisdicción especial indígena se puede observar con claridad cuál es la perspectiva que va a dominar su aproximación en este tipo de casos. Dicha perspectiva no es otra cosa que la aplicación al tema jurisdiccional de la doctrina general de conservación y diferenciación como prerequisites para el otorgamiento de derechos y privilegios, junto con un mecanismo de control constituido por el principio de intervención soberana. En efecto, en la primera sentencia sobre la materia la Corte resolvió una acción de tutela interpuesta por un indígena contra el Cabildo de la comunidad de El Tambo. Dicho Cabildo decidió expulsarlo, junto con su familia, por haber cometido un hurto sin reconocerle las «mejoras» sobre la parcela de tierra que siempre había cultivado. El abogado del indígena aseguraba que tal decisión del Cabildo violaba sus derechos fundamentales al debido proceso y la prohibición constitucional de la pena de destierro. La Corte aceptó la tutela asegurando que, ante la falta de mecanismos al interior de la comunidad para controvertir la decisión, el indígena afectado se encontraba en una situación de «indefensión».

La Corte primero definió a la comunidad indígena como una «organización privada», para luego decir que no se puede equiparar jurídicamente a una asociación, dado que «[los indígenas] son una realidad

ficativo en la mezcla racial en nuestras prisiones, deberá provenir de una aproximación a los factores que en nuestra sociedad generan las condiciones de vida que contribuyen a que las diferentes razas se vana involucradas de manera diferente en crímenes serios» (*Ibid*, p. 394). A la misma conclusión llega Tonry al señalar que las altas tasas de encarcelamiento tienen mucho que ver con el «legado de la esclavitud y el racismo legal» (1999: 417).

histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad»⁸⁵. Por eso, a pesar de que la comunidad indígena del Tambo apenas se constituyó como tal en 1.990 y que, en el momento en que se presentó al tutela, la legalización de su resguardo estaba en trámite, la Corte no dudó en asegurar que dicha agrupación humana es indígena a pesar de que no conservan la lengua, ni la mayoría de las costumbres de sus antepasados. El criterio fundamental para establecer el carácter indígena de la comunidad en cuestión, además de la elección de sus propias autoridades y del uso colectivo de la tierra, es que comparten un «propósito común: identificarse con su pasado aborígen, manteniendo los rasgos y valores propios de su cultura, así como sus formas de gobierno y control social que los distingue como comunidad indígena»⁸⁶. De esta forma, la autoidentificación como indígena, la conciencia de ser tal, sería el factor determinante para establecer si se está en presencia de una comunidad indígena, sin importar si aquella posee o no un territorio o si se encuentra en un proceso de recuperación de su pasado. Por ello, la evocación y conciencia del pasado, junto con la capacidad para hacerlo presente, son factores indispensables para acceder al status indígena y, como consecuencia, para formar una comunidad indígena a partir de la conciencia indígena latente, pero dispersa, de cada uno de sus miembros. La comunidad indígena, bajo esta primera definición, sería una organización privada creada por individuos que son capaces de poner en marcha un pasado arraigado en su conciencia individual de indigenidad. Una vez construida la comunidad, como se verá más adelante, la identidad indígena de cada uno de sus miembros queda esencialmente ligada a la permanencia continua en el territorio. Este sería un caso en que se admite que indígenas aparentes se conviertan en indígenas verdaderos.

Lo más significativo de este fallo es la presentación explícita del principio de conservación como requisito para acceder a los derechos y privilegios que la Constitución otorga a los pueblos indígenas. La Corte

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1994. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁶ *Ibidem*.

enuncia en esta sentencia un conjunto de reglas para determinar tanto el grado de autonomía de las comunidades indígenas como la operatividad del principio de intervención soberana. La primera y más controvertida de dichas reglas es la que establece que «a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía»⁸⁷. En efecto, según la Corte es necesario distinguir «entre los grupos que conservan sus usos y costumbres —los que deben ser, en principio, respetados—, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República»⁸⁸. De esta forma, la autonomía es un premio a la resistencia histórica frente a los intentos de asimilación o aniquilación cultural del Estado hegemónico. Cuanto más diferente sea la comunidad, más beneficios y privilegios recibirá. La segunda regla no es menos problemática. Esta regla sostiene el carácter transcultural de los derechos fundamentales constitucionales y, en consecuencia, su vigencia en todos los espacios sociales: «Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares»⁸⁹. Las dos reglas restantes señalan la forma como se articulan los «usos y costumbres» de las comunidades indígenas con el derecho estatal. En primer lugar, subordinando los usos y costumbres a las normas legales de orden público y, en segundo término, reconociendo la primacía de las prácticas indígenas sobre las normas legales dispositivas⁹⁰.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*. El carácter problemático de esta regla ha sido ampliamente señalado. Por una parte, Bonilla indica que este tipo de razonamiento estimula el «congelamiento cultural», además de suponer una especie de ironía histórica pues en su opinión, «no debe olvidarse que la mayoría de estos grupos perdieron una parte o la totalidad de su cultura no por una decisión libre de sus miembros sino por siglos de violencia política y física ejercida por la cultura mayoritaria» (2003). Por otra, Botero y Jaramillo consideran que esta regla promueve la radicalización de las diferencias culturales; «si la condición para la autonomía es el parecido de un grupo indígena con los pueblos que habitaron el territorio antes del descubrimiento, no podría extrañarnos si de un momento a otro los pueblos indígenas colombianos empezaran a radicalizarse en sus diferencias y a inventarse nuevas formas de vida que puedan parecer más extrañas a los ojos de los observadores» (2000: 154).

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1994. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁰ Este tipo de reconocimiento débil, no obstante, es el más común y es el reflejo de la relación de subordinación general de las comunidades indígenas frente al Estado. En materias jurisdiccionales, por ejemplo, generalmente el Estado se reserva el juzgamiento de aquellas conductas que considera son de mayor importancia, delegando a las comunidades indígenas el conocimiento de faltas o crímenes menores. En Estados Unidos, por ejemplo, «el Major Crimes Act inviste a las cortes federales la competencia para conocer de 14 crímenes graves. Adicionalmente, el Indian Civil Rights Act limita las sen-

Con base en la anteriores reglas, la Corte aseguró que la expulsión del indígena no puede asimilarse a la pena de destierro porque ésta última se refiere al territorio nacional y no al territorio del resguardo. Lo más significativo es que restringió ampliamente la autonomía de la comunidad por su escasa conservación cultural. Dado que la comunidad en cuestión apenas se encontraba en un proceso de recuperación de su pasado, debía respetar con mayor intensidad las normas estatales y los valores que éstas contienen. Por una parte, las comunidades indígenas no pueden imponer la pena de confiscación por estar prohibida por la Constitución y, por otra, señaló la Corte, la expulsión del indígena y su familia «se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos»⁹¹. Por último, el alto tribunal aseguró que ante la ausencia de «usos y costumbres» sobre el reconocimiento de mejoras, se debían aplicar las normas del derecho civil.

Esta misma aproximación fue reiterada posteriormente en la sentencia C-139 de 1996. En este pronunciamiento la Corte reiteró claramente que la jurisdicción indígena tiene un límite material, el respeto de los derechos individuales, así como un requisito previo a su configuración, la conservación actual del pasado. Por ello, estableció claramente que «el procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad»⁹². En todo caso, en este pronunciamiento la Corte empieza a conceder un margen de autonomía más amplio a la jurisdicción indígena al permitir que las comunidades tipifiquen como delitos ciertas «faltas contra la moral» y al declarar inconstitucional la norma que señalaba «la determinación estricta del miembro que debe aplicar la sanción (el gobernador del cabildo indígena)»⁹³. También señaló la Corte que el legislador no puede determinar el tipo de sanción que pueden imponer las autoridades indígenas —la norma preveía sólo el arresto— concediendo un atisbo de autonomía no ligada a la conservación estricta del pasado que, sin embargo, constituirá sólo una de las dos ex-

tencias criminales de la tribu a multas y seis meses de cárcel. El resultado es que aunque teóricamente las cortes tribales tienen competencia concurrente sobre crímenes graves tienden a decidir sólo crímenes menores» (Newton, 1986: 76).

⁹¹ Corte constitucional, sentencia T-254 de 1994.

⁹² Corte constitucional, sentencia C-139 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

⁹³ *Ibidem*.

cepciones dentro de la tendencia general marcada por la política judicial de la conservación cultural.

El segundo momento

La relación entre la conservación de la identidad y el otorgamiento de los derechos y privilegios indígenas no desaparece en este segundo momento de la jurisprudencia, únicamente se invierten los términos de la ecuación. En efecto, la política judicial de la conservación cultural no desaparece, lo que cambia es la forma cómo establece la relación entre la conservación de la identidad indígena y el régimen constitucional especial. Mientras que la tendencia general de la jurisprudencia considera que la conservación cultural es una condición previa para la puesta en marcha de los derechos y privilegios indígenas, en este segundo momento se considera que éstos son un paso previo e indispensable para la conservación cultural. Lo anterior es formulado por la Corte en los siguientes términos: «Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía»⁹⁴. El punto de partida de este tipo de análisis es el reconocimiento de la autonomía indígena, no el carácter ni la identidad de aquél que la solicita.

Esta regla fue formulada por la Corte a raíz de una acción de tutela interpuesta por un indígena de la comunidad Embera-Chamí que fue condenado inicialmente a ocho años de prisión por asesinar a otro miembro de la comunidad. El indígena escapó de las autoridades indígenas y se entregó a la Fiscalía. Las autoridades del Cabildo solicitaron a dicha entidad que les entregara al indígena, informándole que en un nuevo juicio lo habían condenado a veinte años. Ante esta situación, el indígena interpuso una acción de tutela alegando que la decisión de la comunidad había violado su derecho a la defensa y al debido proceso. La Corte resolvió el caso con base en la regla enunciada anteriormente

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria. Este tipo de aproximación a la autonomía de las comunidades indígenas representa una novedad dentro del modelo general de subordinación que caracteriza las relaciones entre el Estado y las minorías nacionales. De hecho, Hoekema considera que constituye una especie de método que puede ser utilizado en otros contextos legales y culturales: «cualquiera que sea el resultado del examen de la decisión local, el método es sano. Este fallo colombiano conforma el primero en todo el mundo en que se muestra este método. Su difusión a gran escala puede ayudar a ampliar las experiencias de otros ordenamientos con pluralismo jurídico» (Hoekema, 2002: 81-82).

asegurando que las restricciones a la potestad jurisdiccional de las comunidades indígenas no estaban contenidas en todas las normas constitucionales y legales y que dichos límites deben ser «los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre»⁹⁵. Dichos bienes, para la Corte, están constituidos por el derecho a la vida y la prohibición de la tortura y la esclavitud. Según la Corte, estos bienes son la manifestación de un verdadero consenso intercultural y, por lo mismo, constituyen los mínimos exigibles a cualquier cultura⁹⁶. Además, la Corte agrega otra restricción a la autonomía de la comunidad indígena, la cual está constituida por «una legalidad mínima, entendida funcionalmente como la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades»⁹⁷.

Con base en las reglas anteriores la Corte estableció que la pena corporal del cepo, tradicionalmente aplicada por la comunidad, no puede ser considerada como tortura pues dentro del contexto cultural donde se aplica no supone la aplicación de un sufrimiento físico o psicológico excesivo y arbitrario. En el mismo sentido señaló que el derecho de

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

⁹⁶ Este es uno de los puntos más controvertidos de la argumentación de la Corte. En efecto, si bien intuitivamente se puede estar de acuerdo en que dichos mínimos representan valores que cualquiera estaría dispuesto a defender, esto no quiere decir que su exigibilidad esté exenta de justificación. Como lo señala Bonilla al analizar esta misma decisión, la principal carencia de la Corte radica en que «no explica de manera convincente por qué la prohibición de la pena de muerte, la tortura y la esclavitud, así como el deber de aplicar de manera coherente las tradiciones de la comunidad, son valores interculturales. La Corte tampoco explica satisfactoriamente por qué esos valores son los únicos estándares interculturales que existen o por qué estos son los valores más preciados para los seres humanos» (Bonilla, 2003).

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria. La Corte literalmente «inventa» esta última restricción a la autonomía de las comunidades indígenas para revestir al caso de un aura de legalidad. En efecto, en este caso no estaban en juego, estrictamente hablando, ninguno de los valores mínimos que la Corte menciona como límites a la potestad jurisdiccional de las comunidades indígenas. Por ello, la consecuencia lógica, a falta de esta especie de principio de legalidad indígena, hubiera sido la confirmación de la decisión de la comunidad, algo para lo que al parecer no estaba preparada la Corte. Esta «invención» de la Corte es otra de las debilidades que más han sido señaladas por los analistas de esta decisión: «También —en este caso— se manifiesta un elemento débil, el de “inventar” sin sustento propio un principio presuntamente básico de “legalidad” de los actos públicos con autoridad del resguardo. Aunque el resultado complace no sucede lo mismo con el fundamento en el que se basa» (Hoekema, 2002: 84).

defensa debe ser interpretado con base en las prácticas culturales de la comunidad, por lo que en este caso puede entenderse que «los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa»⁹⁸. Igualmente, después de investigar cuál era el tipo de sanción que la comunidad solía imponer en estos casos, —el cepo o la remisión del caso a la justicia estatal— decidió dejar sin efectos la pena de prisión impuesta por la comunidad indígena. Esta sentencia, como era de esperarse, no fue aceptada pacíficamente por todos los miembros de la Corte Constitucional: dos magistrados aclararon su voto, alegando que el derecho de defensa «constituye una regla esencial a la misma idea de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre»⁹⁹.

La ratificación de la política judicial de la conservación cultural

La inversión de los términos de la ecuación característica de la política judicial de la conservación judicial únicamente se presentó, de manera fuerte, en la sentencia T-349 de 1996. A partir de allí, dicha regla es enunciada como *dictum* en los demás fallos para recordar las diversas aproximaciones al tema y las dificultades que supone la adjudicación constitucional en casos donde se ven involucradas minorías nacionales. En las sentencias que le siguieron, la ecuación retornó a su concepción original, esto es, estableciendo que la conservación del pasado es un requisito para la puesta en marcha de los derechos y privilegios indígenas. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia T-496 de 1996 en donde la Corte empezó a delinear con mayor claridad los elementos constitutivos de la jurisdicción especial indígena.

En dicha sentencia la Corte resolvió la acción de tutela interpuesta por una persona que alegaba pertenecer a la comunidad indígena Páez contra el juez penal que la había juzgado y condenado por un asesinato cometido por fuera del territorio de dicha comunidad. Ante la negativa del juez de enviarla a su comunidad para que fuera juzgada allí, dicha persona consideró que se le estaba violando su derecho a la «protección

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

⁹⁹ Aclaración de Voto a la sentencia T-349 de 1996. Magistrado, José Gregorio Hernández. A pesar de este tipo de aproximaciones, ancladas en lo más profundo del derecho natural, en estos casos se ha señalado la necesidad de interpretar ciertas nociones en el contexto de cada cultura: «Creo que en el análisis final, la interpretación y aplicación práctica de la protección en contra de penas crueles, inhumanas o degradantes en el contexto de una sociedad particular debería ser determinada por medio de los estándares morales de esa sociedad» (An-Na'im, 1992: 52).

étnica y cultural». En esta sentencia la Corte enunció como marco general para la interpretación del caso las reglas presentadas en la sentencia T-254 de 1994, es decir, que para la resolución del mismo se debe tener en cuenta el carácter de «la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad», conjuntamente con la posibilidad de limitar los derechos de la comunidad cuando se vean afectados derechos individuales. El retorno a la perspectiva conservacionista se observa con claridad en la definición de los elementos constitutivos del llamado «fuero indígena»: el elemento personal —la identidad cultural de la persona— y el elemento territorial —el espacio en donde se realiza el acto—¹⁰⁰. En primer lugar, la Corte asegura que cuando la conducta sólo es reprochada por el derecho estatal, en principio las autoridades judiciales son las llamadas a resolver el conflicto, aunque tienen el deber de «determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero»¹⁰¹. Dicho entendimiento se podría derivar del grado de aislamiento o integración de la persona en cuestión respecto de la sociedad mayoritaria. Así, si la persona permanece relativamente aislada e interactúa muy poco con la sociedad mayoritaria sería considerada como

¹⁰⁰ Una de las principales manifestaciones de la ausencia de una verdadera soberanía externa de las comunidades indígenas es la limitación de su poder jurisdiccional al ámbito del resguardo. Esta parece ser la regla general: «De acuerdo con la legislación de los Estados Unidos la autoridad del gobierno tribal es restringida usualmente a actividades que ocurran “dentro del territorio indio” (...) Las autoridades indias retienen autoridad para excluir personas o firmas de negocios, sean o no miembros, de tierras indígenas» (Newton, 1984: 74-75). Existen pocas excepciones en el caso estadounidense. La primera de ellas es que las tribus no pueden expulsar de su territorio a agentes del gobierno que estén allí en misión oficial, tampoco a personas externas que posean un título legítimo ni a los invitados de aquellas. De cualquier manera, se reconoce que las tribus tienen poder exclusivo para resolver la mayoría de los conflictos que ocurran en la reservación siempre y cuando no existan disposiciones estatutarias que remuevan explícitamente tal facultad y que no se trate de personas externas al resguardo. En el caso colombiano, sin embargo, aún no se ha establecido si la potestad de las comunidades indígenas para juzgar crímenes cometidos dentro de su territorio comprende el juzgamiento de personas ajenas a la comunidad que cometan una infracción dentro de su territorio. En el caso hipotético, ¿en qué casos podrían juzgar a un extraño? ¿podrían condenarlo, por ejemplo, a 60 azotes? ¿qué pasaría si la persona en cuestión alega que la constitución prohíbe las penas corporales? Estas cuestiones no son en lo absoluto pacíficas y cuando sean finalmente abordadas seguramente tendremos más claro cual es el verdadero carácter de la autonomía indígena.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

un indígena verdadero y, en consecuencia, tendría derecho a ser juzgado por sus propias autoridades. Pero si la persona suele visitar las ciudades colombianas o relacionarse en exceso con sus habitantes y prácticas, tal privilegio desaparecerá. En segundo lugar, en el caso en que la conducta sea sancionada tanto por la comunidad como por el Estado, en principio se presumiría que la persona en cuestión sería capaz de comprender la ilicitud del comportamiento y, en consecuencia, podría ser juzgada por el Estado. No obstante, al igual que en el caso anterior, «el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos»¹⁰².

Este tipo de aproximación supone, como paso previo e indispensable, definir la identidad cultural de la persona en cuestión. Lo problemático es que en la misma frase se vincula la identidad indígena con el grado de *aislamiento*. Por ello, según la aproximación de la Corte sólo si la cultura a la que pertenece la persona que alega ser indígena se ha mantenido aislada e inmune a la influencia de la sociedad externa y si el individuo permanece en ella, puede ser considerado como un indígena verdadero. En caso contrario, a pesar de que en él puedan permanecer vestigios de la cultura indígena no podría ser considerado *stricto sensu* como tal. Por ello, en este caso la Corte no duda en rechazar el concepto antropológico para afirmar que el demandante no es un indígena verdadero, pues «es evidente la influencia de la cosmovisión mayoritaria, no sólo por la aculturación de la comunidad a la que pertenece, si no porque voluntariamente salió de ella a trabajar “para conseguir plata”, como él mismo lo afirma, aprendiendo el castellano e interactuando con sujetos ajenos a su cultura»¹⁰³. De esta forma, la identidad queda atada a la permanencia en un territorio y dentro de una comunidad que se supone es la depositaria del pasado y la cultura que la constituye. El bilingüismo, la interacción con los no-indígenas y la incorporación dentro del sistema económico son considerados como señales claras de la transformación del indígena «verdadero» en un indígena contingente y, en consecuencia, de la imposibilidad de poner en marcha el régimen de autonomía de las comunidades indígenas.

Este mismo tipo de aproximación es utilizado con mayor claridad en la sentencia T-523 de 1997. En efecto, en ella se decide que una perso-

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

na juzgada y condenada por la comunidad Páez por el delito de homicidio no puede reivindicar los derechos fundamentales individuales para controvertir la legitimidad de las autoridades tradicionales. La persona en cuestión, aseguraba que se le había violado su derecho al debido proceso —por no contar con un abogado defensor— y a la integridad física pues se le había condenado a recibir 60 fuetazos¹⁰⁴. La Corte estableció que la comunidad indígena era competente para juzgar al peticionario, pues a pesar de que éste conocía perfectamente los parámetros culturales de la sociedad externa, su participación en los asuntos de la comunidad y su permanencia en ella permitían considerarlo como un indígena en sentido estricto. De hecho, aunque la persona en cuestión conocía perfectamente lo que el régimen legal nacional le permitía exigir, lo que en otros casos ha sido considerado como una señal de aculturación, su permanencia física dentro del territorio del resguardo lo convertía en un indígena pleno para efectos de control social: «Si se tiene en cuenta que Francisco Gembuel, además de tener posesiones dentro del resguardo (él mismo lo señaló en la audiencia fl. 155), habitar en él y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos más importantes de la comunidad páez (fue incluso presidente del CRIC) es fácil concluir su pertenencia a ella»¹⁰⁵. La conservación se convierte aquí en sinónimo de permanencia física y fijación en un territorio. Además, la identidad individual de la persona que alega ser indígena depende de la existencia previa de una comunidad. No se puede ser indígena sin comunidad porque ésta monopoliza el pasado.

Este tipo de aproximación a la identidad cultural resulta problemático. En efecto, convierte la pertenencia cultural y la permanencia dentro del territorio del resguardo en un requisito para acceder al régimen constitucional especial de los derechos indígenas. Desde esta perspecti-

¹⁰⁴ En este caso, la Corte aplica nuevamente el test del sufrimiento para evaluar si el castigo físico del fute supone una pena excesiva y arbitraria cuyo único propósito es causar dolor. La Corte considera que «el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad». Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1997. Magistrado ponente, Carlos Gaviria. En el mismo sentido, el alto tribunal asegura que el derecho de defensa debe ser entendido según las prácticas de la comunidad, por lo que ésta puede oponerse a la presencia de abogados en los juicios que adelanta «como un mecanismo para preservar su cultura». *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

va, el pasado sólo puede ser reivindicado en un espacio concreto que está constituido por el territorio ancestral de la comunidad indígena. Tan pronto se cruza el límite del resguardo el pasado se desvanece a nivel individual y sólo adquiere fuerza si puede ser respaldado por la comunidad. La actual política judicial de la conservación cultural fomenta una radicalización de las diferencias sociales al impedir que se reivindique de manera fuerte la identidad indígena *dentro* de la sociedad mayoritaria o por fuera del territorio ancestral. No se sugiere que el territorio no sea un factor constitutivo de la identidad indígena; lo que se señala es que la identidad indígena, para ser reconocida de manera más fuerte, debe tener la posibilidad de ser reivindicada más allá del espacio físico en el que vive la comunidad y que el territorio indígena no es el único espacio donde la identidad *puede* existir. A nivel individual siempre es posible ser depositario de un pasado que se quiere reivindicar más allá de los confines del resguardo y la comunidad, por ello «la noción de asimilación cultural es inherentemente imprecisa a nivel del actor individual» (Tonry, 1999: 135)¹⁰⁶.

La versión más extrema de la ecuación entre conservación y supervivencia del pasado cultural y autonomía indígena se encuentra en la sentencia SU-510 de 1998. Esta sentencia representa la versión más extrema de la política judicial de la conservación cultural ya que fortalece la autonomía de las autoridades indígenas en aquellos casos en que la supervivencia de la comunidad se encuentre en peligro. Al mismo tiempo representa la visión más conservadora sobre la identidad indígena,

¹⁰⁶ La defensa cultural de la que habla Tonry se refiere a aquellos casos en que una persona acusada de cometer un delito asegura que no es responsable en tanto su conducta es el resultado de una especie de compulsión cultural. En estos casos la defensa de los imputados se basa en la demostración del carácter cultural de la conducta y, con base en ello, solicitan que el acusado sea declarado inocente. Aunque ampliamente discutida, este tipo de defensa es admitido en los casos en que la persona pertenece a una minoría cultural poco integrada dentro de la sociedad, o cuando el acusado es un inmigrante recién llegado y que, por lo tanto, no conoce los parámetros culturales de la nueva sociedad. La crítica de Tonry se dirige a la vinculación de la defensa con la pertenencia y permanencia del inculpaado en un grupo cultural distinto a la sociedad mayoritaria, así como a la imposibilidad de alegarla cuando la persona en cuestión ha sido «asimilada culturalmente». En su opinión, los parámetros de conducta derivados de una cultura específica no desaparecen o pierden fuerza por la asimilación cultural ni por el abandono del grupo al que se solía pertenecer: «Un dictamen cultural puede llegar a estar tan profundamente “programado” en el pensamiento subconsciente como para inducir una respuesta condicionada aun cuando el sujeto conscientemente la rechace y se haya separado a sí mismo del grupo subcultural» (*Ibid*, p. 151). Lo anterior dependerá en gran medida de factores como la susceptibilidad individual frente a los dictámenes culturales o la capacidad de control de lo que este mismo autor denomina la «automatización del conocimiento cultural».

pues niega cualquier posibilidad de reivindicación y reinterpretación del pasado por fuera del marco de la comunidad y del territorio ancestral. En este caso la Corte tuvo que decidir la acción de tutela interpuesta por la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia —IPUC— contra las autoridades tradicionales de la comunidad indígena Ika o Arhuaca. Las autoridades de la comunidad, los *mamos*, ordenaron la expulsión de los predicadores evangélicos y el cierre del templo que éstos habían construido dentro del territorio del resguardo. De la misma forma, prohibieron a aquellos miembros de la comunidad que habían adoptado la religión evangélica que difundieran y propagaran sus creencias a los demás indígenas. Mientras los miembros de la IPUC y los indígenas conversos aseguraban que tenían derecho a difundir y practicar sus creencias religiosas, los *mamos* afirmaban que dichas prácticas ponían en peligro la conservación de la comunidad y que resultaban incompatibles con la condición misma de pertenencia a la comunidad. En otras palabras, los *mamos* negaban la posibilidad de ser Ika y evangélico a la vez.

Sin duda, el anterior es un caso en extremo complicado. La Corte, después de solicitar extensos conceptos sobre la cosmovisión e historia de los Ika y de recorrer literalmente toda la literatura antropológica existente sobre esta comunidad, llegó a la conclusión de que la religión evangélica supone un peligro para la supervivencia de la comunidad Ika. En sus propias palabras: «para los Ika, la presencia en su territorio ancestral de unos individuos que pertenecen a su pueblo pero que rechazan el rasgo fundamental de su identidad cultural (la concepción religiosa del mundo) y se niegan a someterse a la autoridad de los *mamos*, constituye un peligro y una amenaza a su supervivencia como comunidad y al equilibrio e integridad de todo el universo»¹⁰⁷. Por ello, aquellos indígenas que decidieron adoptar la religión evangélica no sólo cambiaron de religión sino que al hacerlo abandonaron su identidad. La Corte señala esto con claridad en varias partes de la sentencia, bien sea asegurando que «renegar y cuestionar la autoridad de estos sacerdotes significa la renuncia a la identidad cultural Ika», o afirmando que «cuando un individuo Ika renuncia a su religión renuncia, al mismo tiempo, al orden existencial que le otorga su identidad cultural». El indígena Ika verdadero es aquel que profesa y reproduce el pasado de la comunidad de manera fiel y abnegada, aquel que acata la autoridad del *mamo* y realiza sus pagamentos. Por el contrario, el Ika evangélico es sólo en apariencia un Ika, es un Ika «caído» que por su incapacidad

¹⁰⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes.

para hacer el pasado actual pierde su identidad «con independencia de que ciertas apariencias formales —como el vestido, el largo del cabello, la utilización de collares, o la vivienda— se mantengan intactas»¹⁰⁸. El Ika en particular, y el indígena en general, han sido esencializados por la Corte Constitucional.

Dada su incapacidad, voluntaria en este caso, para poner en marcha el pasado, el Ika aparente no sólo no puede acceder a los beneficios que la Constitución otorga a los Ika verdaderos, sino que ve como su situación resulta agravada. De hecho, los jueces no pueden proporcionarle protección dado que «si le fuera dado a los jueces de tutela, haciendo caso omiso de la legítima pretensión de defender la propia identidad cultural, garantizar a terceros las acciones de proselitismo en territorio arhuaco, se habría patentado la forma más eficaz y rápida para poner término a esta cultura milenaria»¹⁰⁹. Por su parte, dado que los Ika verdaderos conservan y de hecho reproducen un pasado que se encuentra en peligro pueden acceder a un conjunto de poderes y prerrogativas que resulta indispensables para su supervivencia. En efecto, la Corte aclara que siempre y cuando se respete el núcleo esencial de los derechos fundamentales, en estos casos se debe aplicar la regla que fue enunciada en la primera sentencia sobre la materia: a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía: «debe reconocerse que la comunidad Ika goza de un altísimo grado de conservación cultural y, en consecuencia, su nivel de autonomía es muy amplio».

Esta regla ha sido confirmada por la Corte en casos posteriores. En la sentencia T-667 A de 1998, un indígena Guambiano solicitó ser juzgado por las autoridades de su comunidad. La comunidad se negó a asumir el caso, pues si bien la persona en cuestión era considerada como guambiana, no tenía derecho a ser juzgado según las prácticas tradicionales porque «no residía dentro de su resguardo y el delito se cometió fuera de los límites del mismo»¹¹⁰. Por otra parte, en la sentencia T-934 de 1999, el tribunal constitucional reiteró que las comunidades indígenas son competentes para juzgar a sus miembros por delitos cometidos dentro del resguardo indígena¹¹¹.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-667 A de 1998. Magistrado ponente, Antonio Barrera. Esta sentencia es un ejemplo claro de que la jurisdicción indígena es un derecho y no el ejercicio de una función pública: «La importancia de entender el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas como un derecho y no como una obligación, radica en que los pueblos indígenas dentro de la autonomía que se les confiere pueden decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones» (Botero y Jaramillo, 2000: 130).

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-934 de 1999. Magistrado ponente, Carlos Gaviria.

4.

Conclusión: Derecho estatal y pueblos indígenas

4.1. La nueva construcción de la identidad indígena

La reivindicación del pasado y la conservación del territorio como requisitos para acceder al reconocimiento constitucional, sin embargo, no es un asunto que hoy en día involucre exclusivamente a los grupos indígenas. Durante la colonia se acuñó un término especial para describir a los esclavos negros que lograban escapar del dominio de sus amos. Estas personas fueron llamadas «cimarrones», esclavos africanos que lograron la libertad al organizarse en pueblos libres conocidos como Palenques. De hecho, cuando el mítico Benkos Biohós edificó Palenque a principios del siglo xvii no sólo erigió un refugio para todos aquellos esclavos que huyeran de sus amos, también fundó la primera ciudad libre del continente americano (Cunin, 2000: 71-72)¹¹². Desde entonces el Palenque de San Basilio ha permanecido cerca de Cartagena de Indias como un símbolo del pasado y como un testimonio de la diferencia entre la sociedad criolla y los pueblos dominados. La capacidad para hacer funcionar este origen remoto, junto con la conservación de las tradiciones africanas, han permitido que Palenque sea considerado como un pueblo africano en suelo colombiano y, por lo mismo, que haya recibido los beneficios que el nuevo orden constitucional otorga a

¹¹² En efecto, en 1713 el Obispo de Cartagena —Antonio Maria Cassiani— firmó un acuerdo con los habitantes de Palenque, en virtud del cual se decía que el ejército no atacaría la ciudad de los palenqueros si éstos no acogían más esclavos fugitivos. Este acuerdo, que después fue avalado por la Corona, hizo del Palenque de San Basilio la primera ciudad libre de América (Cunin, 2000: 72).

aquellos que conservan su pasado (*Ibid.*: 72-73). De hecho, la reivindicación de su diferencia no fue hecha contra sino con el Estado, quien «los acompañó y los respaldó, viendo en los palenqueros actores organizados y visibles y además (...) un interlocutor unificado que representaba las demás comunidades negras de la costa caribe» (*Ibid.*: 73). Los palenqueros, en consecuencia, monopolizaron el capital simbólico de las personas afrocolombianas de la costa caribe al ser la única comunidad con un vínculo directo con el pasado. Esto les permite distinguirse de aquellos afrodescendientes que sin capacidad para probar su unión con el origen se desvanecen dentro de la sociedad colombiana. Por ello, como lo señala Cunin «La población Afro-colombiana es dos veces discriminada: primero, por medio de su exclusión de la igualdad democrática y segundo por medio de su exclusión del derecho a ser diferente. Lo primero porque son negros (en términos raciales) y lo último porque no son lo suficientemente negros (en términos étnicos). Así es como el multiculturalismo tiende a excluir la “etnización” de aquellos que no pueden producir prueba de su Africanidad, es decir la mayoría de los individuos Afro colombianos, especialmente aquellos que viven en las ciudades» (2002: 80).

De esta forma, la actual política de la conservación cultural, también en su variante judicial, busca excluir al diferente para conservar su carácter y, a través de ello, reafirmar el valor de la tolerancia como un factor de legitimación del nuevo orden constitucional. Pero para que esto sea posible, es necesario presentar una definición del otro que permita constituirlo como esencialmente diferente, que suponga una exaltación de aquellos rasgos que permiten diferenciarlo. Se excluye al diferente para conservarlo, para proteger su pasado y su identidad del poder integrador de la sociedad hegemónica. ¿Cómo se construye al indígena como el «otro» del orden constitucional?

El problema con la definición del «indio» comienza con el origen mismo de la palabra. Como es bien sabido, la palabra «indio» tiene su origen en el período de conquista, en el error que cometió Colón cuando pensó que había llegado a los indias occidentales. Convencido de que sus cálculos cartográficos eran correctos, no dudó en nombrar a los habitantes de esas tierras «indios». En este sentido la palabra indio no sólo es arbitrariamente impuesta, sino que «ha sobrevivido además como una categoría colonial, está lastrada históricamente por un significado culturalmente difamatorio, y en tan gran medida su uso hoy es altamente problemático» (Wolf, 1991: 145). A pesar de ello, su uso convencional parece hacer caso omiso del cúmulo de sentido que la palabra trae consigo. Aunque parezca un tanto extremo, la utilización de este término evoca una relación de superioridad cultu-

ral y trae al presente la relación de subordinación de los habitantes precolombinos durante la conquista y la colonia. Es un término que homogeniza a la diversidad de pueblos precolombinos bajo el rótulo único de la dominación. Ni siquiera los pensadores religiosos de la conquista, Vitoria y Sepúlveda, estaban de acuerdo con la utilización del término indio para referirse a aquellos que creían eran más bien bárbaros. Un poco más problemático resulta distinguir entre indio e indígena: «Es decir, los indígenas son producidos en sociedades coloniales que así señalan a la población descendiente de aquellas que vivían en el país antes de la llegada de los colonizadores. Por tanto "indígena" no es un concepto antropológico sino una categoría sociopolítica que borra las particularidades de los pueblos vencidos. "Indios", en cambio, se refiere a los pueblos autóctonos del continente americano, exclusivamente» (Lenkersdorf, 1994: 105). En todo caso, tanto indio como indígena evocan una condición de derrota, inferioridad y sumisión, aunque hoy en día sea reivindicada, precisamente por eso, como un término emancipador, «el uso de la palabra "indio" tiene por tanto implicaciones denunciatorias y emancipatorias» (Wolf, 1999: 145). De esta manera, la palabra indio indica la vez un pasado de dominación y la búsqueda de un futuro de emancipación y respeto.

Resulta aún más difícil establecer los criterios que permitan identificar a una persona como indio o indígena, según el contexto. Dentro del pensamiento legal actual, la identificación del carácter del sujeto es un paso anterior a la asignación de una posición dentro del sistema jurídico. Por ello, la necesidad de establecer criterios que permitan establecer cuándo una persona puede ser considerada como indígena surge de la dualidad de regímenes aplicables, es decir, del hecho de que una persona puede disfrutar tanto de los derechos generales de ciudadanía como de los especiales otorgados única y exclusivamente a los indígenas (Villoro, 2002: 228). En algunos países, como los Estados Unidos, se utiliza un criterio mixto para establecer si una persona puede ser considerada como indígena: el grado de pureza de su sangre y/o su pertenencia a una comunidad que sea catalogada por el Estado como tal. Como lo señala Newton, «actualmente se utilizan varias definiciones de indio. Para algunos propósitos el indígena es definido racialmente, usualmente exigiendo una cantidad mínima de sangre (...) Para muchos propósitos tanto una cantidad mínima de sangre como el reconocimiento de la Tribu de que la persona es un indio son necesarios. Finalmente, dado que algunas leyes sólo se aplican a miembros de tribus federalmente reconocidas, un miembro de una Tribu que ha perdido dicho reconocimiento puede no ser un indio para efectos de algu-

nas leyes, aunque racialmente pueda ser cien por ciento indio» (Newton, 1986: 60).

Los problemas que supone la adopción de un criterio biológico para establecer la identidad de una persona son obvios y ampliamente conocidos. Generalmente se dice que este tipo de criterio estimula la pureza racial al tiempo que impide la mezcla entre razas. Al poner énfasis en el aspecto puramente físico este criterio desecha la cultura como un elemento igualmente constitutivo de la identidad individual¹¹³. Por ello se asegura que en estos casos, «no procede un criterio biológico, por ejemplo, la raza, la pureza étnica, la ascendencia patri o matrilineal. Por que un pueblo no es una entidad determinada biológicamente, es una comunidad histórica y cultural a la que pueden pertenecer o haber pertenecido individuos y grupos con cualidades biológicas diferentes» (Villoro, 2002: 228). Generalmente, una vez se desecha el criterio racial se tiende a adoptar su opuesto, el criterio de mantenimiento y reproducción de los usos y costumbres. De esta forma, una persona sería indígena en tanto reproduce fielmente ciertas prácticas que se consideran constitutivas de una comunidad. La principal crítica a esta aproximación es que supone «reducir ese pueblo a la inmovilidad y a sus miembros, a la reiteración a-crítica de formas fijas de vida» (*Ibid.*: 2002: 229). Dadas las dificultades implícitas en cada una de las aproximaciones anteriores, también se ha optado por una decisión salomónica que concilie y contenga los dos criterios, «la pertenencia a un pueblo tiene dos dimensiones: una objetiva, social y otra subjetiva, personal. Los requisitos que debería cumplir una persona para reclamar ser miembro de un pueblo y ser considerado como tal deberían ser, en consecuencia, dobles» (*Ibid.*: 230-231). Para que una persona pueda ser considerada como indígena, por tanto, debe pasar un test de pertenencia doble. Por un lado, debe probar el cumplimiento del elemento subjetivo, esto es, que la persona manifieste su voluntad de permanecer y participar en la comunidad. Por otro, objetivamente debe vivir en ella y reproducir las prácticas sociales del grupo social al que dice pertenecer.

Este tipo de test en lugar de conciliar los criterios de pertenencia tradicionales, los aplica conjuntamente y, de esta forma, supone una prueba rigurosa de aprobar para aquel que reclama ser indígena. Con

¹¹³ De esta forma, una persona que comparte, ha vivido y aprendido los valores de una comunidad dada, puede ser considerada como un no-miembro por no reunir las características raciales consideradas típicas y, por ello, verse privada de los beneficios y deberes que la comunidad asigna a los suyos, mientras que una persona que no ha vivido ni participado en ella que reúne dichas características físicas puede ser miembro para todos los efectos.

todo, la tendencia general, que parece que es la que adopta el Convenio 169, es admitir que la condición de indígena proviene de una especie de *sentimiento* o conciencia de *ser* indígena. Según esta aproximación, lo importante es que la persona tenga una cierta conciencia de «indigenidad» y se autodefina como tal. Por eso, la inclinación general parece dirigirse a la autoidentificación: «Cada vez más se reconoce que el elemento más importante en esa descripción es la autoidentificación: un pueblo es indígena cuando sus miembros se consideran “diferentes de los demás”. No en balde, muchos pueblos indígenas se autodenominan en su idioma como “la gent” (los bantúes, p.e.), “primeros habitantes” (los adivasi) o algo parecido» (Limpens, 1994: 45). De esta manera, la identificación no proviene de alguien externo y ajeno a la persona sino que brota de su interior, de su deseo de distinguirse de la comunidad hegemónica. Desde esta perspectiva, para el caso de los indígenas colombianos, Botero y Jaramillo aseguran que, en todo caso, lo que constituye a una persona como indígena es un sentimiento y no las apariencias externas: «La identidad étnica y cultural no equivale, como erróneamente se piensa, a la sumatoria de fenómenos tales como la lengua, el vestido, la pintura facial, los materiales naturales de la vivienda o la ubicación distante de una cabecera municipal. Se representa en la permanencia de un sentido implícito de identidad y autoreconocimiento de grupo, que se genera con relación a otros» (Botero y Jaramillo, 2000: 54). Por esto, a pesar de que muchas personas que reclaman ser indígenas hayan adoptado la religión católica o la lengua de la sociedad dominante, no pierden su condición ni carácter siempre y cuando se autodefinan y sientan como tales¹¹⁴.

En todo caso, la autoidentificación no es un asunto exclusivamente individual como podría pensarse. Dado que resulta difícil aceptar que una persona sea indígena sólo porque lo manifieste de manera individual, se exige que pueda ligar ese reclamo con un grupo, con un referente objetivo. Así, no basta con que la persona se autodefina individualmente como indígena; debe respaldar tal autoidentificación en la ineludible existencia objetiva de la comunidad. En este sentido, Müller define a la

¹¹⁴ El vínculo entre el sentimiento individual y el carácter objetivo de la integridad se observa con mayor claridad en el siguiente tipo de análisis: «Fundamentalmente lo que los indígenas resistieron fue el embate para ser y sentirse como el resto de los colombianos, por lo que conservan una identidad relacionada con sentimientos compartidos de grupo distinto. Aunque muchos incorporaron el español, el Dios de los cristianos, el uso de hábitos culturales que los asemejan con campesinos de las diferentes regiones, o ciudadanos urbanos, lo que los mantiene diferenciados es el fuerte sentimiento de grupo distinto» (Botero y Jaramillo, 2000: 53).

comunidad Indígena como «un grupo social, que se reconoce a sí mismo, asentado históricamente en un territorio, y que comparte una lengua y valores culturales comunes, rigiendo autónomamente su vida en comunidad» (1992: 21-22). De esta forma, la combinación entre los elementos subjetivos y objetivos que constituyen la identidad indígena se mantiene, lo que cambia es el contenido del componente subjetivo, la raza por el sentimiento. De manera invariable, la comunidad indígena, en sentido objetivo, permanece como un referente indispensable e ineludible para cualquier reclamo de identidad.

La comunidad indígena supone la existencia de un territorio donde reproduce de manera constante su pasado. Por ello, el proceso de subjetivización de la persona como indígena implica su fijación en un espacio determinado constituido por el territorio ancestral indígena. Así, la identidad indígena se convierte en un elemento de su propia exclusión y fijación en un espacio donde el pasado se hace presente. Lo anterior no sólo supone una estrategia eficaz para administrar la diferencia, para controlar la reproducción y conservación de un pasado que resulta indispensable para legitimar el presente, sino un lento proceso de diferenciación social con base en particularidades culturales entre vecinos que ahora se ven diferenciados y separados. Como lo señala Andion, este proceso no supone exclusivamente la construcción de una identidad indígena global en el plano internacional, sino que al mismo tiempo en el ámbito local «hay una producción de identidades excluyentes, que reúnen y separan poblaciones vecinas por medio de pertenencias culturales y territoriales demarcadas por particularidades aparentemente sustantivas, como el color de piel, el origen, la cultura material, la lengua, etc.» (2002: 111). Esta actitud hacia la diferencia, cuya lógica es excluir para conservar y legitimar, ha sido denominada por Cunin como «neoracismo», el cual se basa «en la apreciación positiva de la diferencia y en la presentación de la alteridad como algo invariable. Su lógica ya no es excluir para conservar la identidad del grupo dominante, sino más bien excluir para conservar las particularidades culturales de las minorías» (2002: 79-80).

Esto en parte responde igualmente a la imposibilidad de acomodar a las comunidades indígenas dentro del proyecto del derecho liberal moderno. No es sólo una cuestión que atañe exclusivamente al pensamiento jurídico, está atada a los pilares mismos sobre los que se edificó la modernidad occidental. Es en este sentido que se entiende por qué Santos asegura que los indígenas representan el lado más oscuro de la modernidad, porque son sus víctimas, símbolos de la supervivencia de una manera de entender el mundo que no podía coexistir con la racionalidad dominante del proyecto moderno. Este «malestar» de la mo-

derinidad, la primacía de la razón instrumental, como lo denomina Taylor, intenta ser aliviado infructuosamente con la incorporación de los indígenas en la nueva nación. Como lo señala Perrin, «los pueblos indígenas no han sido ni completamente incluidos ni completamente excluidos. En cierto sentido, su indigenidad está lo suficientemente “presente” para ellos como para ser capaces de reclamar sus derechos, como lo suficientemente “ausente” como para hacer su reclamo necesario (...) En esta ambivalencia, la modernidad es revelada, en cierto sentido, como no moderna en lo absoluto» (1999: 29).

Los indígenas intentan ser vinculados al proyecto nacional como ciudadanos de pleno derecho, al tiempo que necesariamente deben ser diferenciados para no caer en la tentación homogeneizadora del pasado. La política de conservación cultural intenta reconciliarse con un pasado del que reniega, tratando infructuosamente de proteger al indígena sobreviviente que es sacralizado y conservado como un artefacto de un pasado que se quiere reconstituir. Por ello, sus reclamos actuales, la definición de su carácter e identidad ha adoptado el lenguaje más conservador del derecho, el instrumento por excelencia de la civilización y la modernidad.

4.2. El principio de soberanía y el pluralismo jurídico

En su ensayo seminal *What is Legal Pluralism?* Griffiths distingue entre lo que denomina «pluralismo jurídico débil» y «pluralismo jurídico fuerte». Mientras este último sería el «verdadero» pluralismo caracterizado por «la coexistencia dentro de un grupo social de ordenes legales que no pertenecen a un “sistema” único» (Griffiths, 1986: 8), el reconocimiento de la justicia indígena y su subordinación al derecho estatal reflejarían «simplemente un ajuste particular en un sistema cuya ideología básica es centralista» (*Ibid.*: 8)¹¹⁵. La utilización de mecanismos de ajuste y coordinación como la «cláusula de repugnancia» o la revisión de las decisiones de los tribunales indígenas por una Corte estatal, reflejarían la primacía del derecho estatal y la subordinación de los de-

¹¹⁵ Vale la pena contrastar esta interpretación del reconocimiento como «falsa ideología», con la defensa que hace Taylor (1989, 1992) de la necesidad de reconocimiento efectivo como elemento indispensable para la construcción de la identidad cultural e individual. Un poco más drásticamente Griffiths señala que el pluralismo jurídico así entendido, no es otra cosa que centralismo moderado: «El “pluralismo jurídico” no es sino una de las maneras en que la ideología del centralismo jurídico puede manifestarse» (Griffiths, 1988: 8).

rechos no-estatales. No existiría pues, una situación de pluralismo jurídico sino más bien un proceso de consolidación del centralismo legal. Con algunos matices, esta es la perspectiva que adopta Hoekema., para quien el modelo de pluralismo jurídico que debe impulsarse es aquel que denomina «pluralismo jurídico formal de tipo igualitario». En este caso, el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derechos reconocidos. Pueden existir reglas que establezcan límites a la vigencia del derecho indígena o que determinen el ámbito de competencias de cada una de las comunidades. Esto no le quita el carácter de autónomo al derecho indígena «a condición de que estas reglas no puedan ser cambiadas unilateralmente por la autoridad nacional» (2002: 72).

Si aceptáramos sin mayor matices los análisis anteriores, no tendríamos otra alternativa más que conceder sin apelación que esta es la situación actual en Colombia: un falso pluralismo jurídico cubierto por un manto de reconocimiento¹¹⁶. No obstante, bajo el rotulo de pluralismo jurídico es posible encontrar otros ejemplos de coordinación problemática entre el derecho indígena y el derecho estatal y otros modelos de explicación. Por ejemplo, la transformación del derecho indígena en un sistema de precedentes (Woodman, 1985), su definición como «derecho consuetudinario» o bien su incorporación «por medio de la discreción autorizada de los agentes legales» (Chiba, 1985: 212), o el nacimiento de un derecho posmoderno caracterizado por su carácter poroso o «interlegalidad» (Santos, 1987). En todo caso, en el actual estado del debate no parece existir un acuerdo sobre la adecuada caracterización de estos fenómenos, ni siquiera sobre la pertinencia y utilidad del concepto mismo de pluralismo jurídico. Tamanaha asegura que este movimiento carece de una definición clara y operativa que le permita diferenciar entre el derecho estatal y otras formas de regulación por lo que «no sólo el término “derecho” pierde cualquier significado

¹¹⁶ En efecto, la fórmula actual no merecería otra lectura: «ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional». Según Hoekema, con este modelo no se produce un verdadero reconocimiento de la jurisdicción indígena que permita calificar la situación como pluralismo jurídico. Por eso asegura que «para instituir estos límites de manera prometedora permitiendo el desarrollo de una autonomía genuina, tenemos que impugnar toda cláusula —encontrada en muchas constituciones— según la cual las autoridades locales tienen todas las facultades en tal o cual materia “siempre y cuando no contravengan las leyes nacionales (...) ni la constitución”. Esta formula debe ser rechazada enérgicamente. Con esta fórmula no se reconoce el pluralismo jurídico» (2002: 80).

distintivo —el derecho en efecto se convierte en sinónimo de orden normativo— sino que otras formas de orden normativo, como las normas políticas o morales (...) son devoradas para convertirse en derecho» (1993: 193)¹¹⁷. Esta carencia que ya había sido señalada por Merry (1988), es retomada por Roberts para quien el pluralismo jurídico supone una ampliación del dominio del derecho que distorsiona aquello que parece reconocer, pues «los discursos anteriormente suprimidos son identificados, apropiados, re-presentados de una manera particular: como derecho» (1998: 98). El problema, según estas aproximaciones, es que el pluralismo define como *derecho* fenómenos que no necesariamente pueden ser considerados como tal, eliminando de un plumazo las fronteras entre conceptos y categorías¹¹⁸.

¹¹⁷ En todo caso, vale la pena señalar que la mayoría de los autores que trabajan temas de pluralismo jurídico, han optado por utilizar lo que denominan «conceptos operativos», esto es, tipologías que sólo reconocen su capacidad para explicar una realidad particular y que, por eso mismo, renuncian a cualquier pretensión de aplicación más allá de sus fronteras epistemológicas. Un ejemplo de lo anterior es la definición que usa Santos para catalogar el derecho de *Pasargada*: «Con este propósito se concibe como derecho, el conjunto de normas regularizadas y de principios normativos, considerados justiciables, en determinado grupo, que contribuyen para la creación y prevención de litigios y para la resolución de estos a través de un discurso argumentativo, de variable amplitud, apoyado o no por la fuerza organizada» (Santos, 1991: 68). Una utilización etnocéntrica del concepto «derecho» podría llevarnos a buscar en otras culturas instituciones paralelas a las propias, impulsarnos a investigar si tienen nuestras mismas prácticas, en una palabra, indagar por una identidad que debería estar presente en cualquier espacio. Algunos estudios, por ejemplo, se proponen investigar si las comunidades indígenas tienen instituciones semejantes a las del derecho occidental. Por ello, leen e interpretan las instituciones de las comunidades tratando de encontrar similitudes con las instituciones dominantes y, a partir de allí, obtiene conclusiones sustentadas en un problemático proceso de traducción de una práctica cultural indígena al lenguaje jurídico dominante. Este es el caso del análisis de Gayosso quien al estudiar la cosmovisión de los Nahuas diseñó un particular método que consistía en «utilizar las instituciones romanas como un marco teórico de referencia para individualizar las figuras indígenas, paralelas o no, y reconstruir la estructura básica de cada una de ellas, lo que me permitió evaluarlas delimitándolas, buscando su justificación social, función, requisitos, formas y efectos» (1992: 74), para concluir que entre los Aztecas existía el parentesco, la familia, etc. Un ejemplo similar se encuentra en el análisis de Correas, quien sostiene que las prácticas de las comunidades indígenas son tan derecho como el derecho estatal y que por ello deberían ser aceptadas: «Un sistema normativo indígena cabe dentro de las definiciones que dan los propios juristas: conjunto de normas dotadas de poder coercitivo y producidas por funcionarios autorizados. ¿Cabe esto a los sistemas indígenas? Sin duda que sí. Esas comunidades usan un conjunto de normas que amenazan con la violencia física o simbólica, y que son aplicadas por miembros perfectamente identificables como funcionarios de esos sistemas» (1994: 26).

¹¹⁸ Sin embargo, trabajos recientes sobre el derecho en Latinoamérica consideran al pluralismo jurídico como un componente esencial para el análisis de las sociedades lati-

¿Puede ser calificada la relación entre los ordenes normativos de las comunidades indígenas y el derecho estatal colombiano como pluralismo jurídico? La llamada «jurisdicción indígena» no goza de un grado de autonomía que le permita controlar la influencia de las instituciones externas, ni puede modificarlas. Por ello, no tiene capacidad para mantener por sí misma su identidad, no posee una autonomía tal que le permita «evaluar o devaluar el derecho extranjero para decidir cómo se le acepta o rechaza de tal manera que se mantenga la identidad cultural de un pueblo dentro de la estructura de su derecho» (Chiba, 1985: 213).

Los logros que hasta ahora se han alcanzado se deben, principalmente, a interpretaciones para casos concretos que han limitado significativamente la influencia del derecho estatal sobre las comunidades indígenas, pero el modelo constitucional en sí —reconocimiento del derecho consuetudinario mientras no vaya en contra de los valores, etc.— no supone un avance significativo frente al que tradicionalmente se ha utilizado desde la colonia. Al respecto vale la pena recordar la forma como el derecho indiano reconocía los «buenos usos y costumbres» de los aborígenes en los pueblos de indios. Una interpretación semántica del artículo 246 por parte de una Corte no tan amiga de la conservación cultural borraría en una sentencia los logros alcanzados hasta ahora. Los avances han sido importantes sin duda alguna, pero las normas y prácticas de las comunidades indígenas siguen estando vinculadas al derecho estatal como un tipo de derecho consuetudinario subordinado. Los avances han llegado hasta donde puede llegar la fuerza de un precario sistema de precedentes implantado dentro de un sistema donde la principal fuente de derecho sigue siendo la ley. La suerte de las comunidades indígenas, en este sentido, depende de una jurisprudencia que siempre puede cambiar unilateralmente.

noamericanas. De hecho, en opinión de García constituye una de las condiciones externas al derecho —junto con el autoritarismo y la ineficacia instrumental— que «determinan su funcionamiento deficiente o ineficaz» (2002: 13). Dentro de las tres dimensiones de pluralismo jurídico que distingue —cultural, simbólica e institucional— García ubica a la justicia indígena en la dimensión sociológica, la cual no es otra que la definición clásica del pluralismo jurídico, es decir, «la coexistencia de una pluralidad de sistemas de derecho en el seno de una unidad de análisis» (*Ibid.*: 37-38). Valdría la pena saber cuál es el concepto que utiliza García para definir las prácticas del narcotráfico como un «orden jurídico» y qué elementos comparte con la tradición indígena para ser cobijados bajo el mismo manto analítico. Esto sólo es un ejemplo de la complejidad que supone aplicar este concepto sin matices a la realidad latinoamericana, cosa que ya ha sido señalada por Marcelo Neves (2003).

La ampliación de la cobertura del derecho estatal

Uno de los efectos más importantes del nuevo modelo de vinculación de la justicia indígena con el derecho estatal, es la inyección silenciosa de conceptos y categorías pertenecientes al modelo del derecho liberal dentro del espacio indígena. Tanto el orden legal del Estado nacional como las normas de las comunidades indígenas no constituyen dos ámbitos de regulación paralelos, de hecho se mezclan únicamente en el territorio ancestral. Mientras las normas de las comunidades indígenas tienen una frontera clara y definida, el derecho estatal siempre tiene la posibilidad de ingresar en el territorio ancestral. Lo anterior, lo puede hacer de dos formas distintas. En primer lugar, convirtiéndose en derecho supletorio de las prácticas y normas indígenas, como en el caso del reconocimiento de mejoras donde explícitamente se afirma la vigencia del derecho civil. En segundo lugar imponiéndose y modificando las prácticas indígenas por medio de la defensa de los derechos fundamentales y el principio de soberanía. Dicho fenómeno no es producido de manera deliberada, no representa un intento conciente de homogeneización de la diferencia legal. Es un proceso que está implícito en el modelo de revisión y coordinación de la jurisdicción indígena que se ha adoptado. En efecto, «es común que el discurso desde el Estado plantee que las normas de derecho indígena deben “armonizarse” con la Constitución y, con ello, el mensaje implícito es que la carga de la armonización corre a cuenta de los conceptos sustantivos del derecho indígena (...) De esta manera, la “armonización” consiste en reducir la jurisdicción indígena a la simple resolución de asuntos menores» (Gómez, 2002: 256).

Esto se puede apreciar en varios aspectos. Por una parte, a través de la exigencia cada vez más creciente de que las comunidades indígenas observen una suerte de principio de legalidad en sus propias actuaciones. La Corte ha introducido el anterior estándar como uno de los componentes del conjunto mínimo de valores que cualquier comunidad estaría de acuerdo en respetar. No obstante, como lo señaló Max Weber, la previsibilidad de las actuaciones legales y, sobretodo, la seguridad jurídica que de ella se deriva responde a una forma particular de regulación que es propia del sistema capitalista. En la exigencia de coherencia interna de las prácticas jurídicas de las comunidades está implícito un llamado a la sistematización o, si se quiere, a la codificación¹¹⁹. Lo

¹¹⁹ Como lo señala Kahn, el tránsito hacia la codificación muchas veces es considerado como una evolución en las culturas jurídicas: «Se piensa que el tránsito del derecho consuetudinario al derecho de los tratados señala el progreso en el derecho interna-

anterior, sin duda, facilitaría el control judicial de las decisiones de las autoridades indígenas; los jueces tendrían una suerte de código indígena que les proporcionaría el marco deontológico a partir del cual evaluarían los hechos de cada conflicto, lo que en todo caso podría socavar una de las propiedades definitorias de las prácticas jurídicas indígenas, esto es, su flexibilidad ante la realidad. Esta suerte de trasplante legal resulta problemático. Las categorías e instituciones jurídicas no suponen un conocimiento que pueda ser adaptado libremente a cualquier contexto cultural; de hecho, como lo señala Chiba «las ideas legales del derecho oficial transplantado, como justicia, equidad, derecho natural y demás, están, estrictamente hablando, limitadas en jurisdicción a su propio sistema» (1989: 155). Las instituciones jurídicas son artefactos culturales arraigados en tradiciones específicas que les confieren sentido. Por ello, autores como Sack han sugerido incluso la imposibilidad de transplantar instituciones basadas supuestamente en un conocimiento técnico no valorativo, adaptable a cualquier contexto cultural (1998: 17-18).

Esta coexistencia problemática entre las prácticas jurídicas de las comunidades indígenas y el derecho estatal se manifiesta, igualmente, en la competición entre estos dos ordenes por la regulación de la conducta y la resolución de los conflictos. Es decir, tanto el Estado como la comunidad indígena compiten por la regulación de las acciones de aquellos que son o reclaman ser indígenas. En este sentido, por medio del reconocimiento de la jurisdicción indígena y la posibilidad de que la Corte revise las decisiones de las autoridades tradicionales, el derecho estatal se ha expandido formalmente, ha incrementado su poder y capacidad para «intervenir en muchas áreas que anteriormente eran esferas indígenas semi-autónomas» (Sieder, 2002: 8). Resulta significativo que algunas comunidades indígenas establezcan como sanción para las conductas proscritas la remisión del caso a las autoridades estatales. En efecto, como lo señala Sierra, el derecho estatal es presentado en la solución de casos por las comunidades como persuasión, amenaza o «como recurso discursivo para hacer que alguien “entre en razón”» (Sierra, 1992: 99). Las

cional, tal y como la codificación se presentó como un progreso en el derecho doméstico» (1999: 110). En el mismo sentido, vale la pena recordar algunas experiencias que ya se han dado al respecto, en particular a aquellas que se refieren a la adopción del modelo constitucional por parte de las comunidades indígenas. Al respecto vale la pena recordar el proceso de constitucionalización de los pueblos indígenas en Norteamérica: «El IRA (Indian Reorganization Act de 1934) estableció un mecanismo para que las tribus organizaran sus gobiernos tribales. Más de cien tribus lo hicieron. Teniendo en cuenta que muchas de estas tribus no tenían un modelo de constitución escrita, el Bureau of Indian Affairs proporcionó constituciones modelos. En consecuencia, hoy, muchas constituciones de tribus son prácticamente idénticas» (Newton, 1986: 73).

autoridades indígenas, de esta manera, se ven compelidas a suavizar su poder interno para impedir posibles fugas de sus miembros al exterior. Como lo señala Griffiths, la solución de los conflictos internos «en sí misma retorna beneficios en términos de poder político general, proporciona oportunidades para el ejercicio directo de control social, y garantiza un acceso importante a información» (1985: 220). La competencia, en todo caso, es desigual. El Estado compite por el control de un grupo social pequeño en número pero rico en capital simbólico. Por eso mismo, no necesita modificar sustancialmente las instituciones con las que pretende regular la conducta de grandes segmentos de la población; de hecho, un cambio radical —en la interpretación de los derechos fundamentales por ejemplo— podría llevarlo a perder o debilitar su preeminencia sobre un grupo social más extenso. Eso explica en parte las pocas concesiones y los rigurosos requisitos que exige para poner en marcha la autonomía indígena. Por su parte, la comunidad indígena busca asegurar el control sobre el único grupo humano al que puede aspirar: sus propios y escasos miembros. Dado que la comunidad indígena no tiene poder de regulación más allá de su territorio ancestral su única «clientela» jurídica está constituida por los indígenas «verdaderos». Por eso, está dispuesta a hacer grandes concesiones internas para mantener y asegurar el grupo humano que las sostiene.

El control judicial de la diferencia cultural

En gran medida, la mayoría de las decisiones de la Corte son adoptadas por antropólogos. Es decir, ante la desaparición del saber religioso fundado por Vitoria, Sepúlveda y Las Casas sobre la naturaleza del indígena y el desvanecimiento de la posición legal que de allí se derivaba, las instancias judiciales se han visto en verdaderos aprietos para definir la subjetividad indígena, para poder asignarle una posición apropiada dentro del sistema jurídico. Por ello, la Corte ha girado hacia la antropología, disciplina que le proporciona todo el saber que necesita sobre las personas que está juzgando. El vacío que se produjo con la eliminación del concepto del indígena como menor e incapaz, intenta ser cubierto por los conceptos antropológicos de expertos, con base en las extensas etnografías sobre las comunidades indígenas, de donde la Corte toma el saber que requiere. En estos pocos años de existencia de la Constitución de 1991 la Corte se las ha arreglado para construir un saber legal del indígena que está apoyado en el inmenso trabajo antropológico acumulado durante décadas de observación occidental. Este saber le permite a la Corte tener un extraordinario poder sobre las personas que reclaman ser indígenas, para decirles si lo son o no, si están

asimilados o siguen siendo fieles a su tradición milenaria. De ahí se deriva precisamente la problemática distinción entre el indígena aparente y el indígena verdadero.

La Corte, en consecuencia, sabe quiénes son los verdaderos indígenas de Colombia, puede distinguirlos de la inmensa comunidad mestiza y puede asignarles un lugar y un tiempo para vivir cotidianamente dentro del Estado. Ese lugar es el resguardo ancestral y el tiempo el pasado del origen y de los ancestros. Para ser indígena, vale la pena recordarlo, es necesario vivir con y como los indígenas, excluidos y fijados en los territorios ancestrales a un pasado y una tradición. Lo anterior se hace para «proteger» y «conservar» una identidad problemáticamente definida, pero cuyo valor simbólico es indiscutible para el nuevo orden constitucional. Puede que los propósitos más nobles inspiren este modelo de adjudicación constitucional y que los mismos indígenas vean en ello un valioso logro histórico, sin duda también es así. No obstante, hay otras cosas que se logran por medio de la conservación y exclusión de lo indígena. La exaltación permanente de su diferencia permite constituirlos como personas extrañas del colombiano corriente, como personas que están sujetas a un pasado y un territorio del cual no pueden escapar sin perder su propia identidad. La influencia de la cultura indígena en la sociedad mayoritaria es controlada por medio de la asignación de un lugar para su reivindicación en la vida cotidiana. En este sentido, la política judicial de la conservación cultural es un instrumento eficaz de control y administración de la diferencia, permite una administración eficiente de un capital cultural indispensable para la legitimación del orden constitucional. El resguardo o el festival son los lugares donde el indígena verdadero puede representar sus verdaderas tradiciones. Para el indígena verdadero la vida cotidiana de la sociedad colombiana es un lugar prohibido, al que no puede acceder de manera continuada si no quiere perder su identidad. La separación entre el colombiano mestizo, ese que como decía Bolívar no es ni indio ni europeo, y el indígena verdadero sigue siendo un elemento constitutivo de la nación colombiana.

Bibliografía

- AN-NA'IM, Abdulahi (1992), «Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights», en: *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives-A Quest for Consensus*, editado por AN-NA'IM, Abdulahi, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- ANDIÓN, José (2002), «Emergencia étnica, conquista territorial y conflicto entre comunidades indígenas y negras en Brasil y Colombia», pp. 99-112, en: *El Otro Derecho*, 26-27, Bogotá, ILSA.
- ANGHE, Anthony (1999), «Francisco Vitoria and the Colonial origins of International Law», pp. 89-107, en: Eve DARIAN SMITH y Peter FITZPATRICK editores, *Laws of the Postcolonial*, University of Michigan Press.
- ARDILA, Edgar (2002), «Pluralismo Jurídico: Apuntes para el debate», en: *El Otro Derecho*, n.ºs 26-27, ILSA, Bogotá.
- ARIZA, Libardo, CAMMAERT, Felipe y Manuel ITURRALDE (1998), *Estados de Excepción y Razón de Estado en Colombia*, Estudios Ocasionales, CIJUS, Universidad de Los Andes, Bogotá.
- , (2002), «El buen sirviente: Las relaciones sociales del servicio doméstico», en: *Revista Mensual Tutela*, 27, Bogotá.
- ARRUBLA, Mario (1985), «Síntesis de historia política contemporánea», en: *Colombia Hoy*, Bogotá, Siglo XXI.
- BARSH, Russel (1986), «Behind Land Claims: Rationalizing Dispossession in Anglo American Law», pp. 15-50, en: *Law and Anthropology*, vol. I.
- BERGER, Peter y Thomas LUCKMANN (1993), *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu.
- BLUMSTEIN, Alfred (1999), «On the racial disproportionality of United States prison populations», pp. 377-399, en: *Imprisonment*, editado por Roger MATTHEWS, Ashgate, Dartmouth.
- BOLÍVAR, Simón (1971), *Escritos políticos*, Madrid, Alianza.
- BONILLA, Daniel (2003), «Los Derechos Fundamentales y la Diferencia Cultural. Análisis del Caso Colombiano», en: Marcelo ALEGRE, Fernando ATRIA, et. al, *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

- BORAH, Woodrow (1989), «¿América como modelo? El efecto demográfico de la Expansión Europea sobre el mundo no europeo», pp. 280-289, en: COOK, Sherburne y Woodrow BORAH, *El pasado de México: Aspectos sociodemográficos*, México, F.C.E.
- BOTERO, Esther e Isabel JARAMILLO (2000), *La Jurisdicción Especial Indígena*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- BRUFAU, Jaime (1991), «La Conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa», pp. 29-41, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, Madrid.
- CAJAS, Ricardo (1992), «El pueblo indígena y los derechos humanos en Guatemala», pp. 135-144, en: *Crítica Jurídica*, 11, México, UNAM.
- CARRILLO, Ana (1992), «Indias y Ladinas. Los ásperos caminos de la mujer en Guatemala», pp. 104-119, en: *Crítica Jurídica*, 11, México, UNAM.
- CHIBA, Masaji (1998), «The Intermediate Variable of Legal Concepts», en *Journal Of Legal Pluralism*, n.º 41.
- , (1985), «The Channel of Official Law to Unofficial Law in Japan», en: *Peoples' Law and State Law: The Bellagio Papers*, editado por Anthony ALLOT y Gordon WOODMAN, Forist Publications, Dordrecht.
- CLAVERO, Bartolomé (1994), *Derecho Indígena y Cultura Constitucional*, México, Siglo XXI.
- COCK, Jacklyn (1990), «Domestic Service and Education for Domesticity: The incorporation of Xhosa women into colonial society», en: *Women and Gender in Southern Africa to 1945*, Cherry Walker ed., Sudáfrica: David Philips Publishers.
- COOK, Sherburne y Woodrow BORAH (1977), *Ensayos sobre Historia de la población. México y el Caribe*, México, Siglo XXI.
- , (1989), *El pasado de México: Aspectos sociodemográficos*, México, F.C.E.
- COOK, Sherburne (1989), «Consecuencias demográficas del contacto de Europeos con pueblos primitivos», pp. 9-16, en: COOK, Sherburne y Woodrow BORAH, *El pasado de México: Aspectos sociodemográficos*, México, F.C.E.
- CORREA, Hernán (1995), «The Guajira Desert: Arid Capitalism and Wayuú Fertility-Ethnicity, territory and development in the Colombian Guajira», pp. 39-48, en: *Beyond Law*, vol. 4, Issue 12, Bogotá, ILSA.
- CORREAS, Oscar (1994), «La teoría general del derecho frente al derecho indígena», pp. 15-31, en: *Crítica Jurídica* 14, México: UNAM.
- CUNIN, Elisabeth (2001), «Multiculturalism: From the Right to be Different to the Ethnic Exclusion. A case study of Cartagena (Colombia)», pp. 68-83, en: *Beyond Law*, vol. 8, Issue 24, Bogotá, ILSA.
- DANDLER, Jorge (1994), «Hacia un orden jurídico de la diversidad», pp. 33-42, en: *Crítica Jurídica*, n.º 14, México, UNAM.
- DEAS, Malcolm y Fernando GAITÁN (1995), *Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia*, Bogotá: FONADE.
- DÍAZ, Luis (1992), «Etnia y Relaciones Internacionales: ¿Unidad o Desintegración?», pp. 14-30, en: *Crítica Jurídica*, n.º 11, México, UNAM.
- DÍAZ, Héctor (1992), «Derechos Indígenas y Autonomía», pp. 31-58, en: *Crítica Jurídica*, 11, México, UNAM.

- DOUGNAC, Antonio (1994), *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM.
- DULITZKY, Ariel (2001), «A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America», pp. 85-107, en: *Beyond Law*, vol. 8, Issue 24, Bogotá, ILSA.
- EDNEY, Richard (2002), «Indigenous punishment in Australia: a jurisprudence of pain?», pp. 219-234, en: *International Journal the Sociology of Law*, vol. 30, n.º 2.
- FRICKEY, Philip (1993), «Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism, and Interpretation in Federal Indian Law», pp. 381-440, en: *Harvard Law Review*, vol. 107, n.º 2.
- GALLÓN, Gustavo (1979), *Quince años de Estado de Sitio en Colombia: 1958-1978*, Bogotá, Guadalupe.
- GARCÍA, Mauricio (2002), «Notas preliminares para una caracterización del Derecho en América Latina», en: *El Otro Derecho*, N.ºs 26-27, ILSA, Bogotá.
- GREENHOUSE, Carol (1998), «Legal Pluralism and Cultural Difference», en *Journal of Legal Pluralism*, n.º 42.
- GRIFFITHS, Jhon (1995), «Four Laws of Interaction in circumstances of Legal Pluralism: First steps toward a explanatory theory», en: *Peoples' Law and State Law: The Bellangio Papers*, editado por Anthony ALLOT y Gordon WOODMAN, Forist Publications, Dordrecht.
- , (1986), «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism*, n.º 24.
- GÓMEZ, Magdalena (2002), «Derechos Indígenas y Constitucionalidad», pp. 235-277, en: *Antropología Jurídica: Perspectivas Socio-Culturales en el estudio del Derecho*, México, Anthropos-UNAM.
- GONZÁLES, Jorge (1999), «Los paradigmas constitucionales y los derechos indígenas», pp. 93-119, en: *Balance y Perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica*, José ORDÓÑEZ editor, México, UNAM.
- HOEKEMA, André (2002), «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario», pp. 63-98, en: *El Otro Derecho*, 26-27, Bogotá, ILSA.
- ITURRALDE, Diego (1992), «Los Pueblos Indígenas y sus derechos en América Latina», pp. 81-96, en: *Crítica Jurídica*, 11, México, UNAM.
- INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS ILSA (2002), *Garantías legales y formas de protección comunitarias de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas de Colombia*, Ponencia presentada al Panel convocado por el Instituto Socio-Ambiental, Recife, Brasil.
- JARAMILLO, Carlos (1995), «La Guerra de los Mil Días. Aspectos estructurales de la organización guerrillera», pp. 90-127, en: *Pasado y Presente de la Violencia en Colombia*, Gonzalo SÁNCHEZ y Ricardo PEÑARANDA editores, Bogotá, IEPRI-CEREC.
- JIMÉNEZ, Daniel (2001), «La percepción Espacio-Temporal en el choque de culturas Hispana e Indígena en Ibero América y el problema de la modernización», pp. 67-84, en: *Crítica Jurídica*, 14, México, UNAM.
- KÖNING, Hans (1998), «¿Bárbaro o símbolo de libertad? ¿Menor de edad o ciudadano? Imagen del Indio y política indigenista en Hispanoamérica», pp. 13-31, en: *El Indio como sujeto y objeto de la historia latinoamericana. Pasado y Presente*, KÖNING, Hans editor, Frankfurt, Universidad Católica de Eichstätt.

- KAHN, Paul (1999), *The Cultural Study of Law*, Chicago, University of Chicago Press.
- KYMLICKA, Will (1995), *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press.
- LANDABURU, Jon (1988), *Clasificación de las Lenguas Indígenas de Colombia*, C.N.R.S. Universidad de Los Andes, Centro Colombiano de Estudios de Lenguas Aborígenes-Cecela, Bogotá.
- LAS CASAS, Bartolomé DE (1992) «Brevisima relación de la destrucción de las Indias», pp. 61-151, en: *Bartolomé de Las Casas. Obra Indigenista*, Madrid, Alianza Editorial.
- LE GRAND, Catherine (1995), «Los antecedentes agrarios de la Violencia: El conflicto social en la frontera colombiana», pp. 128-151, en: *Pasado y Presente de la Violencia en Colombia*, Gonzalo SÁNCHEZ y Ricardo PEÑARANDA editores, Bogotá, IEPRI-CEREC.
- LEAL, Francisco (1989), *Estado y Política en Colombia*, Bogotá: Siglo XXI.
- LENKERSDORF, Gudrun (1994), «El derecho a la tierra», pp. 105-116, en: *Crítica Jurídica*, 14, México, UNAM.
- LIMPENS, Frans (1994), «Los pueblos indígenas en la línea de fuego del desarrollo», pp. 43-56, en: *Crítica Jurídica*, 14, México, UNAM.
- LOCKE, John (1993), *Concerning Civil Government, Second Essay*, Great Books of the Western World, 33, Robert P. GWINN publisher.
- MARTÍNEZ, Julio (1998), *Historia del Derecho Indiano*, Cáceres, Ziguat.
- MERRY, Sally (1988), «Legal Pluralism», en *Law and Society Review*, 22, n.º 5.
- MORALES, Francisco (1979), *Teoría y leyes de la Conquista*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica.
- MUYUY, Gabriel (1998), «Indígenas colombianos y su relación con el Estado colombiano», en: ALMEIDA, Ilena y ARROBO, Nidia (compiladora): *En defensa del pluralismo y la igualdad: los derechos de los pueblos indios y el Estado*. Biblioteca Abya-yala. Memorias 49 Congreso Internacional de Americanistas en homenaje a Monseñor Leónidas Proaño. Quito.
- NAKANO, Evelyn (1991), «Racial ethnics women's labor: The intersection of race, gender and class oppression», en: *Gender, Family and Economy: The Triple Overlap*, Rae Blumberg ed., Newbury Park: Sage Publications.
- NEVES, Marcelo (2003), «Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina», en: *Derecho y sociedad en América Latina*, César RODRÍGUEZ y Mauricio GARCÍA (eds.), en edición.
- NEWTON, Nell (1986), «Status of Native Americans Tribal Indians under United States Law», pp. 51-91, en: *Law and Anthropology*, vol. 1.
- OBREGÓN, Liliana (2001), «Spanish Colonial Critiques of African Enslavement», pp. 41-66, en: *Beyond Law*, vol. 8, Issue 24, Bogotá, ILSA.
- ORDÓÑEZ, José (1994), «Conflicto, etnicidad y Derechos Humanos de los Pueblos Indios», pp. 57-91, en: *Crítica Jurídica*, 14, México, UNAM.
- OSUNA, Antonio (1991), «Ética y Política en las Leyes de Indias del Siglo XVI», pp. 77-102, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, Madrid.

- PALACIO, Germán (1993), *Pluralismo Jurídico*, Universidad Nacional, Bogotá.
- PANIKKAR, R. (1982), «Is the notion of Human Rights a Western Concept?», en *Diógenes*, 120.
- PECAUT, Daniel (1997), «Presente, pasado y futuro de la violencia», en: *Análisis Político*, 30, Universidad Nacional de Colombia.
- PEREÑA, Luciano (1992), *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid.
- PÉREZ, Pedro (1992), *América Latina y el Colonialismo Europeo Siglos XVI-XVIII*, Madrid, Ediciones Síntesis.
- PÉREZ LUÑO, Antonio (1991), «El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho», pp. 13-28, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, Madrid.
- PERRIN, Colin (1999), «Approaching Anxiety: The insistence of the Post-colonial in the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples», pp. 19-38, en: Eve Darian SMITH y Peter FITZPATRICK editores, *Laws of the Postcolonial*, University of Michigan Press.
- ROBERTS, Simon (1998), «Against Legal Pluralism. Some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain», en: *Journal of Legal Pluralism*, n.º 42.
- RODRÍGUEZ, César (1999), «Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces: Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial», en: Duncan KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- SALVATORE, Ricardo y Carlos AGUIRRE (1996), «Introduction», pp. I-XVIII, en: *The Birth of the Penitentiary in Latinamerica: Essays on Criminology, Prison Reform and Social Control*, editado por SALVATORE, Ricardo y Carlos AGUIRRE, Austin, University of Texas Press.
- SÁNCHEZ B., Esther e Isabel C. JARAMILLO (2000), *La jurisdicción especial Indígena en Colombia*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá.
- SÁNCHEZ, Esther (1998), *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia. La Tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- SANTOS, Boaventura (1987), «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», en: *Journal of Law and Society*, 13, n.º 3, pp. 279-302.
- , (1995), *Towards a New Common Sense*, New York, Routledge.
- , (2002), «Hacia una Concepción Multicultural de los Derechos Humanos», en: *El Otro Derecho*, 28, Bogotá.
- , (1991), *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, Bogotá, ILSA.
- SEPÚLVEDA, Juan Gines DE (1951), *Democrates Segundo o De las Justas Causas de la Guerra Contra los Indios*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- SIEDER, Rachel (2002), «Introduction», en: *Multiculturalism in LatinAmerica*, editado por Rachel SIEDER, Palgrave, MacMillan.
- SIERRA, María Teresa (1992), «Conflicto y Transacción entre la Ley y la Costumbre Indígena», pp. 97-103, en: *Crítica Jurídica*, 11, México, UNAM.

- SPEED, Shannon y Jane COLLIER (2000), «Limiting Indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of Human Rights», en *Human Rights Quarterly*, volume 22, number 4.
- STAVENHAGEN, Rodolfo (2002), «Indigenous Peoples and the State in Latin America», en: *Multiculturalism in Latin America*, editado por Rachel SIEDER, Palgrave, MacMillan.
- TAMANAH, Brian (1993), «The Folly of the "social scientific" concept of Legal Pluralism», en *Journal of Law and Society*, vol. 20, n.º 2.
- TAYLOR, Charles (1989), *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press.
- , (1992), *Multiculturalism and The Politics of Recognition*, editado por Amy GUTMANN, Princeton, Princeton University Press.
- TONRY, William (1999), «Multicultural Jurisprudence and the Cultural Defense», en: *Journal of Legal Pluralism*, n.º 44.
- TONRY, Michael (1999), «Racial: Disproportion in US prisons», pp. 401-419, en: *Imprisonment*, editado por Roger MATTHEWS, Ashgate, Dartmouth.
- VAN COTT, Donna (2002), «Constitutional Reform in The Andes: Redefining Indigenous-State Relations», en: *Multiculturalism in Latin America*, editado por Rachel SIEDER, Palgrave, MacMillan.
- VILLORO, Luis (2002), «Multiculturalismo y Derecho», pp. 213-233, en: *Antropología Jurídica: Perspectivas Socio-Culturales en el estudio del Derecho*, editado por Esteban KRÖTZ, Anthropos-UNAM, p. 241.
- VITORIA, FRANCISCO DE (MCMXXVIII), *Relecciones de Indios y del Derecho a la Guerra*, Madrid, Espasa.
- WOLF, Paul (1991), «Los derechos del Indio-ayer y hoy», pp. 141-160, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, Madrid.
- WOODMAN, Gordon (1985), «Customary Law, State Courts and the notion of institutionalization of norms in Ghana and Nigeria», en: *Peoples' Law and State Law: The Bellagio Papers*, editado por Anthony ALLOT y Gordon WOODMAN, Forist Publications, Dordrecht.
- , (1998), «Ideological combat and social observation. Recent debate about Legal Pluralism», en: *Journal of Legal Pluralism*, n.º 42.
- YRIGROYEN, Raquel (2001), «Judicial Treatment of Cultural Diversity and the Special Jurisdiction in Perú», en *Beyond Law*, vol. 7, n.º 23.

Lista de sentencias de la Corte Constitucional

Año	Sentencia	Tema
1992	T-428	Supervivencia cultural
	T-567	Derecho a la titulación, propiedad colectiva
1993	T-188	Derecho a la titulación de los resguardos
	T-257	Derecho a la unificación de los resguardos
	T-380	Preservación de su hábitat natural
	T-405	Soberanía nacional y territorios indígenas
	C-027	Concordato
1994	T-342	Supervivencia cultural
	T-254	Jurisdicción Especial Indígena
	T-384	Derecho a la igualdad lingüística
	C-377	Reconocimiento de medicina tradicional
	C-058	Protección al territorio
1995	T-007	Supervivencia cultural
	C-394	Reclusión indígenas
1996	T-349	Jurisdicción Especial Indígena
	T-496	Jurisdicción Especial Indígena
	T-717	Igualdad
	C-139	Jurisdicción Especial Indígena
	SU-039	Supervivencia cultural
1997	T-523	Jurisdicción Especial Indígena
	T-214	Reconocimiento medicina tradicional
	SU-510	Supervivencia cultural
1998	T-652	Supervivencia cultural
	T-634	Trato preferencial
1999	T-934	Jurisdicción Especial Indígena
	C-169	Consulta previa
2001	C-088	Derecho a la seguridad social

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 30

La consagración constitucional durante la década de los noventa en los países andinos de un régimen jurídico especial para los pueblos indígenas ha despertado un problema tan antiguo como complicado: la definición legal de la identidad indígena. Este trabajo analiza la transformación histórica del pensamiento legal sobre el indígena y sus relaciones con el derecho estatal. Este contexto histórico sirve como telón de fondo para la interpretación detenida de la puesta en marcha de la reforma constitucional colombiana de 1991. La subjetividad indígena que se ha creado en estos años, basada en la distinción entre el «indígena verdadero» y el «indígena aparente», supone la fijación del indígena al territorio ancestral para conservar y reproducir una subjetividad simbólicamente valiosa para la edificación del nuevo Estado-nación colombiano.

Libardo José Ariza es abogado de la Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, Master of Arts in the Sociology of Law del IISJ y estudiante del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Deusto. Ha realizado investigaciones sobre el sistema judicial y penitenciario colombiano, y ha publicado artículos y capítulos de libros sobre prisiones, derecho constitucional y pluralismo jurídico. Actualmente es investigador asociado del Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad y colaborador del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Bogotá.



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



**Universidad de
Deusto**

