

## **Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia**

*Esther Sánchez Botero*\*

Este país se halla en la vanguardia de todos los muchos países donde existe el problema de cómo conformar una sociedad, un Estado y un orden legal multicultural y no asimilista.

La jurisprudencia colombiana explora los límites teóricos y las prácticas de lo que es un orden legal con pluralismo jurídico formal.

Claramente el desarrollo hacia un pluralismo legal formal de tipo igualitario se estanca al momento de abordar y utilizar los conceptos de sujeto colectivo y derechos colectivos, particularmente en casos en que prácticas judiciales indígenas se ven acusados de conformar prácticas iliberales.

Un análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombia tiene valor también para otros países.

La Corte de Colombia es el único lugar jurídico en el mundo donde se delibera y decide tan intensa y frecuentemente sobre casos de conflictos multiculturales muy concretos.

Por ende, tal análisis tiene un valor edificante para todos quienes en la lucha social diaria o desde la distancia académica, se interesan por un futuro donde se respete la diversidad cultural sin dejar desintegrar la sociedad como tal.

*André Hoekema*

### **Presentación y resumen**

Es un hecho, por cierto muy extendido, que tradicionalmente se han confundido los fenómenos externos, lo que hace, o no hace la gente, por comparación con otras sociedades con lo que es la cultura

---

\* Antropóloga colombiana. Profesora e investigadora de la Universidad de los Andes y la Universidad Nacional de Colombia.

propriadamente. Se ha relacionado que la inexistencia de determinados fenómenos en ciertas sociedades como tribunales, autoridades, códigos escritos, por ejemplo, es equivalente a sociedades sin derecho, porque lo que tienen son “usos y costumbres” o simplemente “control social”. Desde otro punto de vista, numerosos intelectuales indígenas y no indígenas han clasificado esos “usos y costumbres”, ese llamado “derecho consuetudinario” como más o menos configurado, más o menos estructurado, llamándolo también “tradicional”, para concluir que es “más o menos derecho” con relación al Derecho, ése sí con mayúscula, como lo afirmó en una conferencia la abogada peruana Raquel Yrigoyen.

Contrario a estos clasificadores como derechos a medias, acuñamos en la década de los ochenta el concepto de *derecho propio* que buscó demostrar con estas palabras los modos particulares cómo las distintas sociedades ordenan la vida social, buscan salida a los conflictos y determinan cómo han de manejar con orden lo que es a todos. En estos derechos propios, al buscar el origen de muchos de sus principios y procedimientos y por ende expresiones, éstas provienen de su mismo entorno social, o incluyen elementos que fueron adoptados, apropiados de fuera o incluso incorporados porque les fueron impuestos parcial, o totalmente.

Teóricamente definiendo que no es más derecho propio indígena aquel que tiene más signos “tradicionales” de aquel que ha copiado e incorporado los referentes del derecho estatal. Ése su derecho es el que conocen, aplican y el que guía la vida social de un determinado modo. Obviamente, éste no es el espacio para criticar las nefastas intervenciones particularmente de abogados-asesores de los pueblos indígenas, que como no ven el derecho que ellos conocen operando, entonces deciden “ayudar” a los pueblos introduciéndoles los referentes de lo que sí es derecho para que ahora sí lo tengan; lo hacen estos “colaboradores” por no disponer de los criterios para ver los referentes cognitivos compartidos que expresan los principios y los procedimientos que contienen estos derechos. Esa es una inhabilidad, –en términos de Wittgenstein–, para poder descubrir la presencia del derecho propio, en sus términos del juego de lenguaje del derecho en estas sociedades distintas y quedarse tan sólo con simples hechos sintomáticos.

Otra afirmación que quiero rechazar es que existe un derecho indígena, puesto que lo que realmente existe es un derecho propio

por cada pueblo; a no ser que este derecho indígena sea una construcción pensada sobre la sumatoria de los varios sistemas de derecho propio que existen en Colombia. Es posible expresar que hay una gran articulación entre estos derechos propios, como parte de un “sistema jurídico indígena” y el sistema jurídico estatal. Lo que es fundamental establecer es que cada pueblo de ese bloque no es igual a otro, no interactúa ni de igual modo, ni con la misma frecuencia con el sistema jurídico estatal. Es importante también precisar que algunas sociedades clasificables dentro del “sistema jurídico indígena” también interactúan en instancias internacionales cuya competencia jurisdiccional ellos conocen, también con los sistemas jurídicos de otras naciones y por supuesto entre los mismos pueblos indígenas con sus respectivos derechos propios, lo cual es un punto de mira a tener en cuenta tanto como que algunas sociedades indígenas no interactúan asiduamente con otros sistemas. El resultado es, teóricamente, un sistema jurídico estatal que incluye formalmente los derechos propios de los pueblos indígenas como derechos oficiales.

En este texto deseo mostrar cómo se ha establecido un pluralismo jurídico legal oficial en Colombia, al dar a conocer las ejecutorias de unas y otras autoridades con competencia jurisdiccional.

### **Cambios constitucionales como base legal para configurar el pluralismo jurídico**

Con la Constitución del 91, nace históricamente un nuevo modelo de nación en Colombia, orientado a valorar y fortalecer las diferencias; rompe la hegemonía de la sociedad occidental como modelo único a seguir. Impuso este reconocimiento la derogación del principio de igualdad formal y la restricción de los valores que etnocéntricamente excluían culturas diferentes, pensadas como “incivilizadas”, “atrasadas” o “bárbaras”.

Origina la nueva carta cambios trascendentales: 1) El paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; se partió de la desigualdad real de los colombianos para configurar la igualdad como un propósito. Aquí se cuestiona el principio de igualdad que sin duda representa un cambio sustantivo. 2) El paso de un Estado Monocultural a un Estado Multicultural y Pluriétnico, afirma la equivalencia de las culturas. 3) El reconocimiento de un sujeto colectivo de derecho afirma la presencia de un sujeto de derecho

distinto al sujeto individual. 4) Acciones afirmativas para que ese sujeto pueda ser y pueda fortalecerse como distinto que es. Todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse, para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa. Estos presupuestos acogen por principio a los sistemas de derecho y autoridad, disímiles del derecho estatal para configurar un pluralismo jurídico formal.

El cambio en el nuevo Estado propuesto y ya implementado, al defender como equivalentes, tanto a los sistemas de derecho propio distintos, como a las autoridades indígenas para que participaran de modo oficial de la rama judicial y en todas las materias, ha generado una política, de creciente reconocimiento. Mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo de la Judicatura, se ha buscado dar salida a numerosos conflictos para indicar cómo puede ser un Estado donde se valoran las diferencias de cultura, expresadas en principios y procedimientos de las autoridades que ejercen esas funciones como representantes de los diferentes derechos propios. Se ha buscado reducir trabas y rezagos aún vivos, que impiden comprender las propias y modernas visiones culturales en estos pueblos indígenas, y los ajustes realizados desde los mismos pueblos, en función de configurar entre todas las partes un Estado multicultural y pluriétnico. En estas instituciones se ha reñido por reconocer, no sólo los rezagos vivos de culturas ancestrales, sino los modos contemporáneos de ser estos derechos propios configurados por indígenas modernos, dadas las necesidades impuestas por el principio de nación indivisible que define principios y reglas comunes como los mínimos jurídicos para todos los nacionales.

El reconocimiento en estas altas instancias y en las instituciones públicas, no se dio automáticamente; se inicia con timidez, es decir, con desconocimiento de lo que exactamente definía y demandaba el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y todo ello, bajo el influjo de un sistema monocultural y excluyente aún vivo. Sin embargo, el trabajo propositivo, creativo, adaptativo, comprensivo y valiente de indígenas, de intelectuales solidarios, de jueces y magistrados claros y políticamente decididos, ha logrado configurar un marco intelectual que orienta ejecutorias para realizar los derechos propios que, por supuesto, también incluyen los distintos modos de hacer justicia, lo cual rompe el estado de cosas que venía, y cuya razón es la búsqueda efectiva de un reconocimiento y valoración de esos otros colombianos clasificables como distintos.

### **Los efectos del monismo jurídico sobre los pueblos indígenas**

Uno de los efectos del Estado monocultural y monista sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos para todos, así como del control y solución de conflictos, con base en principios, estructura y enfoque desde un derecho que necesariamente no coincidía –en parte o en su totalidad–, con los sistemas existentes en cada uno de los pueblos indígenas. De frente a esta imposición unos pueblos, más que otros, resistieron estas exigencias, e internamente vivieron sus propios modos, no utilizando siempre el modelo del derecho externo, ni sacando invariablemente los casos a la jurisdicción ordinaria de la sociedad mayoritaria. Entre tantas sociedades, diferenciadas por su cercanía o no con el modelo del derecho estatal y por el tipo y calidad de las relaciones generadas, se observa que algunos pueblos se “vaciarón” y se “llenaron” de los principios y modos para hacer las cosas a la manera de la sociedad hegemónica. Hoy, pueblos como los *pastos* que se los puede caracterizar por no tener –en ciertos términos–, lo que se define como derecho propio, comparten el modo como es “su derecho” con otras etnias donde se estableció el monismo jurídico vigente en la época colonial que imponía sacar los casos “mayores”, lo cual vulneró estos sistemas parcialmente. Unos y otros, aún bajo estas reales condiciones, comparten con otras sociedades indígenas –especialmente amazónicas–, que fueron más herméticas, por lo que tienen un derecho propio cercano a eso que algunos llaman “tradicional”.

A catorce años de los cambios constitucionales es posible encontrar entonces una tipología de pueblos en los que se involucra más o menos el derecho positivo estatal, ya que todos lo comparten de algún modo. Es significativa la incidencia del derecho estatal en estos pueblos –reconocido así por los mismos indígenas– incluso, al aceptar que algunos conflictos internos tienen mejor solución en la jurisdicción ordinaria. Al conservar, sin excepción, todos los pueblos indígenas su sentido de pueblo distinto y la definición de que ciertos asuntos han de ser tratados internamente, el derecho propio que aplican en forma dinámica, formalmente comparte equivalente valor en competencia y dignidad con la organización del poder judicial nacional vigente.

Así, encontramos por la vía interna que aplica el derecho de autodisposición, recreados derechos propios y por el camino externo, vía jurisprudencia, fortalecidos sistemas de derecho propio, con posibilidad de ser vividos y aplicados de modo legal, porque efectivamente, se reconoce que existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia. Ésta se sustenta sobre el valor que tiene ordenar, en determinado sentido la sociedad, como elemento de un derecho propio. Quiere decir que concurren para administrar justicia o, autoridades individuales (un gobernador), o grupos con esta competencia (todas las autoridades del cabildo), o comunidades enteras que conocen el caso y definen sanciones (caso de los *paeces*). También hay para administrar justicia como medio y símbolo, el uso de bastones de mando y oratoria amplia (*wayu*), equipos humanos especializados de trabajo y bien pagos (*emberas*), utilización de equipos modernos como computadores conectados a internet con el mundo para el conocimiento de los tratados internacionales, de la jurisprudencia de las Cortes (*u'wa, paeces*). Muchos, también realizan y formalizan sus tareas por escrito, (*guambianos y emberas*) y hay pueblos que contratan abogados de fuera –no indígenas–, para con ellos recrear y ejercer mejor la competencia, aduciendo en este caso que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias (*awa, emberas*). Se puede concluir que las autoridades indígenas de pueblos como los *pastos*, asumen el derecho positivo estatal como derecho propio y en contraste, los *cubeo* tienen un derecho propio que cuesta trabajo entenderlo ya que se fundamenta desde el mito y el ritual.

Entre los problemas con que se topan las autoridades indígenas y no indígenas en una nación en proceso de cambio para la configuración de un pluralismo jurídico legal, oficial, se hallan los derechos propios de personas que se encuentran entre dos o más culturas. Es decir, a medida que los individuos y grupos se trasladan a las ciudades –fenómeno estadísticamente importante–, cambian porque tiene que compartir sus referentes de modo más próximo a la institucionalidad nacional. Cada nuevo grupo del que una persona participa, contribuye a ajustar referentes, principios y conductas que, en la medida en que se incorporan a su propia perspectiva, combinan una multiplicidad y pluralidad de códigos de significación por una parte y, por otra, generan la necesidad de relegitimarse para eliminar situaciones de vacío, de incertidumbre o de anomia. Cercano a esta circunstancia se ha creado y opera una institución de “derecho propio

multicultural” que es creación de miembros de varios pueblos indígenas como habitantes urbanos de una gran ciudad que entre otros incluye un pueblo ecuatoriano. Este “derecho propio” configurado sobre orígenes culturales diferentes, no es reconocido bajo los parámetros establecidos en la Constitución, pero opera.

Otro panorama que complementa de modo importante este marco, es que las autoridades y comunidades indígenas establecen la necesidad de hacer diversos ajustes internos, al crear nuevas relaciones de competencia jurisdiccional con jueces de la jurisdicción ordinaria, con asociaciones internas a los mismos pueblos o nacionales, e incluso con grupos armados ilegales que se entrometen. También requieren salidas nuevas al afrontar casos como la participación de sus miembros en la guerrilla, el paramilitarismo, el narcotráfico o la corrupción, entre otros hechos nuevos. Este horizonte se vuelve más complejo además, por la presencia de jóvenes profesionales indígenas –algunos dotados de gran sentido de respeto a sus autoridades, otros irrespetuosos–, que por ser profesionales, hablar bien el castellano y moverse bien en el mundo llamado blanco, consideran que pueden liderar mejor ciertos procesos, muchos de los cuales con resultados negativos y en detrimento de los sistemas internos del derecho propio.

También, como una nueva realidad, las autoridades de los pueblos indígenas deben afrontar las demandas individualizadas que, en el sentido liberal, corresponde ser respetadas como derechos del individuo y que resultan en conflicto normativo y cultural, con visiones filosóficas y políticas que protegen al sujeto colectivo de derecho. Como autoridades con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial de Colombia, tienen además que participar en la construcción de formas de coordinación y liderazgo para la cimentación de entendimiento intercultural.

La nueva sociedad bajo el marco del pluralismo jurídico, exige responder a un espectro muy amplio –en calidad de autoridades–, a demandas de otros jueces de la jurisdicción ordinaria, así como a examinar y realizar cambios culturales internos provenientes de imposiciones externas que, como los cuatro mínimos jurídicos, los obligan. Este nuevo hecho configura también estos derechos de modo distinto porque a lo propio, se agrega lo impuesto, e implica modificaciones que como en los sucesivos ejemplos que se expondrán, cambian el modo de castigar, o el lugar de habitación

donde han de vivir ciertos seres, pero no la creencia o la visión clasificatoria que cognitivamente como rasgo de cultura se comparte y que permanece intacta. Ha implicado, por ejemplo, un modo nuevo de juzgamiento y decisión de sanción para los brujos o, para cambiar la costumbre de entregar a los gemelos a una deidad, disposición que estaba sentada en una clasificación diferenciada de éstos con respecto a la de los miembros del pueblo *u'wa*. La obligatoriedad de respetar el derecho a la vida de los gemelos, bajo la visión impuesta del derecho estatal, les obligó a crear una nueva ubicación (consultando por 8 meses a sus dioses) para que ellos pudieran vivir con los *u'wa* –no gemelos– que viven en la tierra.

La implementación de una jurisdicción especial indígena bajo el espíritu de la Constitución requirió también, ofrecer atribuciones en el plano político administrativo y fiscal a los indígenas, para que el orden social deseado –que hace parte del derecho propio de los pueblos– pueda realizarse como medio para avanzar hacia formas que representen una mayor pluralidad. Este espacio que es diferencial para las comunidades indígenas como entes públicos, se justifica por contribuir a preservar la identidad, bajo formas propias de gobierno, lo cual orienta a descartar el cumplimiento de muchos de los parámetros administrativos y fiscales comunes al resto de los nacionales.

### **Impacto del reconocimiento**

Los cambios dentro de la estructura social, jurídica y política, dada la presencia de autoridades nuevas y de esos derechos propios establecidos como legales, –en condiciones de igualdad con el positivo estatal–, producen choques y divergencias con la jurisdicción ordinaria. Las normas previamente impuestas e internalizadas como existentes en todo el territorio nacional –de acuerdo a las circunstancias reales que los sujetos afrontan– no concuerdan con las situaciones “típicas” previstas en aquellas normas. También hay conflictos entre los sistemas de normas en uso en la sociedad mayoritaria y las nuevas normas surgidas de estos grupos, que están situados en posición diferenciada, antes discriminados negativamente y tratados como inferiores.

Los procesos de ajuste para crear un sistema de derecho plural encuentran dos perspectivas antagónicas: la marcada con ideas

monoculturales y sostenidas durante años bajo el influjo de un único derecho, que se sustenta en el autoritarismo, el racismo y el desprecio, que son posturas abiertamente anticonstitucionales que siguen operando y las transformaciones edificantes, producto de los esfuerzos sistemáticos tanto de personas, como de instituciones, proclives a fortalecer los principios de valoración a las culturas y sociedades distintas y con éstas a su derecho propio. El profesor André Hoekema llama *pluralismo jurídico unitario* al modo histórico que se asume entre dos jurisdicciones, el cual manifiesta relaciones de subordinación entre el Estado con “su” derecho nacional y los otros sistemas de derecho indígena. Bajo esta condición los pueblos indígenas aumentan su dependencia a un aparato específico para la selección del derecho vigente. Contrariando esta perspectiva se genera otro modelo que rompe el Estado hegemónico, monocultural. Las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de una sociedad mayoritaria, para crear un sistema de pluralidad, de autoridad pública y de *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*. Se da, por tanto, hoy en Colombia un forcejeo para luchar cambios dentro de un panorama que configura situaciones tipo, en ambos extremos<sup>1</sup>.

Respecto a la revisión de casos que llegan a las Cortes provenientes de estos pueblos, una visión minoritaria puede inscribirse en el prototipo de pluralismo jurídico de tipo unitario. Considera –de modo evolutivo y restrictivo–, que en el “estadio” en

---

<sup>1</sup> Hoekema, André J. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. En *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El Otro Derecho*. 26-27 ILSA Dupligráficas, 2002, p.67.

Una excepción importante acerca de esta revalorización de derecho y autoridad autóctonos se da en países donde reina un neoliberalismo radical, el cual rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado, en manos de pueblos y autoridades que se dejan mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado. El concepto de territorio indígena no sólo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales. Aunque no hay autonomía sin restricciones, sin mecanismos de articulación de intereses locales y nacionales, por ejemplo, para garantizar los intereses locales, estos empresarios y autoridades en zonas indígenas. Este temor, probablemente, explica la actitud del gobierno de Chile que hasta ahora mantiene una ley de aguas que quita al agua su carácter fuera del mercado (Castro, 1996). También la política oficial chilena niega totalmente el derecho de las comunidades campesinas e indígenas que se está poniendo en práctica desde siglos atrás; la misma tendencia neoliberal se manifiesta en el Perú.

que se encuentran las sociedades indígenas, éstas: a) carecen de procedimientos jurídicos institucionalizados, b) el sujeto individual prevalece sobre el colectivo o, c) el interés superior del niño indígena solamente debe considerarse a partir de la Convención internacional de los derechos del niño, por ejemplo. Se menciona este punto porque se cree y defiende que imperan los derechos humanos universales y para los niños en particular la Convención. El problema del derecho, que se percibe, en estas sociedades y de modo errado, es el de un insuficiente grado de abstracción normativa, circunstancia que según esta mirada afecta una política jurídica racional y/o legítima. Tal desconocimiento varía de individuo en individuo, o mejor de juez a juez, según sea el grado de formación humanística pero, particularmente también, de la comprensión cultural y antropológica que involucre el juez a partir de la capacidad de apertura para adquirir ese conocimiento nuevo que introduzca referentes distintos<sup>2</sup>.

Bajo la mirada de un *pluralismo jurídico unitario* se induce, mediante fallos, a procesos de “revitalización”, como el caso de los *ingas* del Bajo Putumayo que han buscado reiniciar el uso del cepo para castigar, el cual había sido eliminado por ellos mismos y por considerarlo demasiado fuerte o, al fenómeno de la positivación de los derechos propios, práctica que varios pueblos han implementado con apoyo de abogados internos o externos y con la idea que los derechos en una sociedad multicultural altamente compleja, deben atender al mismo tiempo, al problema de su invariabilidad y de su inestabilidad. En estos procesos de modificación del derecho, se perciben discrepancias entre el modelo hegemónico de un derecho que busca ser uniforme y universal y la aplicación práctica de otros derechos frecuentemente inconsistentes en relación con el primero.

Muestran estos hechos que durante el proceso de cimentación de una nación multicultural más allá de las formalidades constitucionales, se da un forcejeo para el reconocimiento y valoración de la diversidad de sistemas de derecho propio en donde se presentan nuevos tipos de diversidad y por ende de complejidad. Bajo los principios del *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, se parte

---

<sup>2</sup> Si algo fue transformador en Colombia en la década del noventa es que las Cortes se abrieron a otros campos del conocimiento como la antropología jurídica, lo que les permitió transformarse y transformar el ejercicio del derecho.

de la distinción entre un derecho “propio”, que existe como tal, que si bien se concibe como “asentado” y “materializado” en términos de preexistente y definido, se trata de un derecho histórico, mutable y transformable, que tiene el mérito de permitir la introducción de cambios.

Para atender la versatilidad de las relaciones sociales, el derecho se va fragmentando y especializando. Tales diferenciaciones permiten dar cuenta de relaciones sociales más complejas y distintas que las que eran propias del mundo monocultural y monista. El derecho tiene como función la generalización congruente de expectativas de conducta a través de las cuales reduce la complejidad. Se trata de un efecto producido por la representación del sistema de normas. Como se advierte, el énfasis es de carácter funcional. Lo constante del derecho es la función y los mecanismos de que se sirve cada sociedad para cumplirlo se constituyen en variables del derecho. Con el paso del Estado monocultural al multicultural y pluriétnico, las instituciones judiciales de la sociedad mayoritaria y las de las sociedades indígenas se obligan a cambiar los patrones que garanticen la generalización congruente de expectativas de conducta y, con ellas, cambia también la forma de validez del derecho. La armonización de los diversos mecanismos de generalización se transforma en nuevos presupuestos y en nuevos efectos. Disminuye la dependencia a un sólo derecho, con base en predeterminaciones para abrirse a lo diverso.

### **Unas sentencias en clave cultural**

Dados los numerosos años de desprecio y desconocimiento de esos otros sistemas de derecho se vuelve aún más problemática la interacción entre actores de un sistema dominante que ha sido imperialista y los otros derechos, por factores tales como el desconocimiento de lo particularmente diverso en cada sociedad, lo cual puede encontrarse en la experiencia viva y actuante de la gente o en la etnografía, si esta existe para determinado pueblo. Desde allí puede demostrarse vía prueba judicial antropológica, que todos los derechos propios de los pueblos indígenas no están configurados funcionalmente en un compartimiento especializado para el cumplimiento de unas funciones. No hay una concordancia entre función y órgano; no tienen o no juegan con una racionalidad silogística que parte de unas normas estructuradas y positivas. Estos

derechos, actúan como una razón para la vida social, como un argumento, que organiza, estructura, constriñe y da sentido a aspectos relativos a la constitución armónica de un pueblo que define quiénes son sus miembros, cómo es la estructura familiar o el sistema de parentesco, como es el régimen para la descendencia entre otros numerosos campos. Es importante recordar que en no todas las sociedades las concepciones sobre fisiología, parentesco, sucesión de bienes entre otros campos cognitivos, se rigen por los referentes de occidente. Por ejemplo, los hijos biológicos de un padre en caso de matrilinealidad no son sus parientes; existen sociedades donde todos los hijos no heredan por igual. Hechos como éstos definen los principios y los procedimientos para suceder los bienes materiales e inmateriales y definir aspectos tales como la propiedad, que son referentes que se traducen en acciones y pueden “chocar” con visiones, principios y reglas trazadas por el derecho estatal.

Al estar tejidos estructuralmente en un todo y configurarse como sistema cultural, requieren estos derechos, en ocasiones, como en el ejercicio de dos personas que hablan lenguas distintas y buscan comunicarse, de la presencia de un traductor o del esfuerzo personal para adentrar en los significados profundos que una lengua distinta, en este caso una cultura, entraña. Hace mucho tiempo que sabemos, desde Wittgenstein, desde Humberto Eco, que todo mensaje necesita ser interpretado y que ello implica la necesidad de tornar compatibles los códigos del emisor y los del receptor<sup>3</sup>.

### **El bloque de constitucionalidad y el error culturalmente condicionado**

Si bien la jurisdicción especial indígena tiene la competencia para actuar en el marco de su territorio y de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, algunos casos son examinados y sancionados en la jurisdicción ordinaria que de acuerdo a reglas de coordinación es la competente. Dado que en la sociedad colombiana conviven portadores indígenas de sus propias marcas culturales y otros que aunque indígenas se han apartado de ellas, al ser trasgresores, no

---

<sup>3</sup> Sánchez Botero Esther. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de Derecho Propio y de las Justicias indígenas”. *América Indígena*. Volumen LVIII Numeral 1-2 México.

siempre ni pueden ser eximidos de responsabilidad, por lo que muchos deben ser sancionados como simples criminales (muchos lo son también en la sociedad de la que hacen parte), ni pueden ser juzgados en la jurisdicción especial. No logran tampoco ser juzgados bajo el precepto de error de comprensión culturalmente condicionado que es el gran aporte de Zaffaroni, el cual para esta reflexión plantea ideas teóricas en relación con esta forma peculiar de pluralismo jurídico que hemos considerado. Resulta valioso detenerse en dicha contribución y análisis porque, a la par de los aportes técnicos, ofrece los fundamentos de intercomunicación y diálogo necesarios entre culturas y en una sólida perspectiva transdisciplinaria. Aunque Zaffaroni no menciona el tema específico del pluralismo jurídico, sus fundamentos y elaboraciones dan cuenta del problema de la diversidad cultural y de la coexistencia de distintos ordenamientos, para el derecho positivo estatal. El énfasis que defiende del derecho a la propia cultura de cada pueblo y por supuesto de cada uno de los individuos que lo configuran, da cuenta del pluralismo jurídico como una forma de expresión de lo cultural.

Queda claro entonces que, todo hecho punible cometido por un indígena, no necesariamente es de competencia de la jurisdicción especial indígena. Dos delitos no son expresamente competencia de las autoridades indígenas: el de rebelión y el de narcotráfico; adicionalmente, no pueden actuar como autoridades competentes frente a situaciones que involucren causas externas a la nación. Los jueces tienen el deber de enfatizar, en todos los casos que salen a la jurisdicción ordinaria, una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, realizando un tratamiento diferenciado para configurar, mediante un referente de cultura, si se trata o no de un sujeto con capacidad de conocer que su acto es antijurídico para la sociedad que lo juzga.

En Colombia, desde hace 25 años se implementó el peritaje antropológico bajo los principios de Zaffaroni. A él debe este país buena parte de la apertura y comprensión de juristas y antropólogos, sobre la importancia de adentrar en el otro como sujeto de cultura. Fue tan exitoso este instrumento auxiliar de la justicia, que penetró las instancias más altas, logrando un trabajo interdisciplinario sinérgicamente capaz de potenciar derroteros imprevisibles.

### **La interculturalidad como principio para el reconocimiento del pluralismo jurídico**

Desde una visión del multiculturalismo, el pluralismo jurídico puede analizarse o, como la multiplicidad de culturas con un derecho diferenciado que existen en una nación y pueden vivir sin establecer relación entre ellas, es decir un multiculturalismo como separación, marcado por los fundamentos conceptuales del liberalismo tales como la noción de los principio de igualdad y de tolerancia al otro, posición considerada como medular y como un valor para una actitud suficiente que busca asegurar que la sociedad funcione o, la de autores como Catherine Walsh, que plantea que así se dejan ocultas las desigualdades sociales y se dejan intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica. En contraste plantean un modelo de interculturalidad que busca relaciones culturales complejas, con negociaciones e intercambios culturales de vía múltiple. Se busca impulsar encuentros equitativos entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder. No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro o la diferencia en sí; tampoco se trata de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles. Más bien, se trata de activamente impulsar procesos de intercambio que permitan construir espacios de encuentro entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas<sup>4</sup>.

El carácter del pluralismo jurídico intercultural, constitucional y legal, como el de Colombia, aunque estipula que estos derechos tienen vigencia solamente cuando se trata de personas indígenas, en su ámbito territorial y de acuerdo a sus normas y procedimientos, reglas de referencia que muestran cómo debe operar la jurisdicción especial, sin embargo, –porque salen casos a la jurisdicción ordinaria–, se han realizado controles para examinar si las decisiones de estos jueces indígenas son constitucionales, mediante fallos de las Cortes o administrativamente “correctos” en instancias de gobierno como los Defensores de Familia, o la Dirección de Etnias. Aparecen preguntas tales como: ¿cuáles diferencias son valiosas y cómo mantener mínimos jurídicos? ¿Qué valor darle a lo culturalmente

---

<sup>4</sup> Walsh, Catherine. “La problemática de la interculturalidad y el campo educativo”. Ponencia presentada en el Congreso de la OEI “Multiculturalismo, identidad y educación”, 16 de Abril del 2002. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

“chocante”, a los derechos individuales de un sujeto, frente a los del sujeto colectivo? o, si ¿un grupo de indígenas habitantes en la ciudad puede reconocerse como pueblo, con un derecho propio y ejercer justicia?

La coexistencia de estos sistemas de derecho propio diferenciados frente al derecho estatal, en el marco de la nación, reconocidos oficialmente en la misma Constitución como legales y por ello oficializados, es consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para mantener, no sólo vivas sus instituciones, sino de su insistente aspiración social por configurar un nuevo orden capaz de hacer respetar sociedades culturalmente distintas; pero, ante todo, de buscar un espacio autonómico donde estos ciertos asuntos como lo relacionado con el ámbito del derecho, se solucionen dentro de su propia sociedad. Ha implicado que los jueces, cuando los casos entran a la jurisdicción ordinaria, tomen en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de esas normas. El Estado, configurado por la existencia de varios sistemas jurídicos legales, oficiales, define –además del reconocimiento a los jueces competentes indígenas, para que actúen en el marco de su jurisdicción–, la obligatoriedad de que se sometan a controles toda vez que sea demandado. Existen diferentes situaciones que deben abordarse en una nación multicultural y pluriétnica respecto de la coexistencia de derechos interactuando, respecto a una variada tipología de situaciones como las que trataremos en el siguiente aparte:

- Un sujeto trasgrede internamente una norma y es penado, acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos.
- Un sujeto trasgrede una norma y es penado, acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos en la jurisdicción ordinaria.
- Un sujeto trasgrede una norma de la sociedad mayoritaria porque actúa de acuerdo a su norma y es sancionado en la jurisdicción ordinaria imponiéndole el derecho estatal.
- La trasgresión, la norma que define el orden contrario y la sanción, son iguales en ambas jurisdicciones.
- Los principios o procedimientos del derecho propio chocan respecto de los principios y procedimientos del derecho positivo estatal, sobre todo por los objetos y/o formas de sancionar.

Esta tipología de realidades diferenciales, muestra situaciones muy variadas sobre los modos para resistir procesos de homogenización cultural por parte de los pueblos indígenas, pero también sobre individuos que han perdido sus parámetros culturales y que no rigen sus conductas por sus propias normas, porque no se identifican ya con el pueblo donde nacieron y se socializaron. Existen también conflictos de identidad que provocan frustración, cuando el sujeto entiende que debe cumplir un doble papel, el cual conlleva contradicción entre pautas universales impuestas para el cumplimiento de ciertos objetivos, con los medios y los patrones propios y utilizados tradicionalmente. Un abogado *wayu* manifestaba que no quería verse en una situación en la cual como miembro de un clan ofendido, tuviese que vengar con sangre a un pariente y ser consecuente como abogado del mandato de respetar el derecho a la vida.

### **Ajustes desde las cortes para fortalecer el pluralismo jurídico**

En Colombia ha crecido y se ha consolidado el reconocimiento a los derechos propios y con estos a la administración de justicia por parte de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Este hecho representa un marco de la política estatal demarcado por las altas cortes que han tenido que definir –con base en una nueva hermenéutica jurídica– situaciones en las que surgen conflictos sobre las condiciones que estructuran y definen los derechos propios en cada sociedad, con relación al alcance y los límites de la jurisdicción especial indígena. Los mecanismos de control y vigilancia de los derroteros de la Constitución, en el ámbito de la justicia indígena, para demarcar mínimos jurídicos aceptables en el territorio nacional e impedir abusos de poder de las autoridades, se justifica bajo el marco de una nación indivisible que se configura históricamente de modo distinto.

Aunque estos dispositivos aplicados en concreto no siempre y necesariamente se realizan limpios y exentos de racismo, etnocentrismo y ante todo del alcance necesario para entender otras realidades como ya lo expresamos, se han fallado casos que potencian la condición de sujeto colectivo distinto de los pueblos indígenas y, en donde adentrando en esos referentes diferenciales se valoran y se rescatan como manifestaciones dignas de respeto.

También hay sentencias que desconocen esas diferencias e imponen referentes del derecho positivo estatal. Existen otras que tratan de manera paternal a los indígenas y que por ayudarlos introducen referentes que no potencian su etnicidad y su cultura, como retornar niños inválidos a su sociedad nómada, justificada la decisión del Consejo de Estado, bajo el argumento que ese pueblo tiene derecho a sus niños, cuando de regresarlos a la selva morirían pues esa sociedad no está en posibilidad de protegerlos.

Se configura por lo tanto en la nación, salidas múltiples que muestran avances y retrocesos. A pesar de no ser perfecto el modelo de pluralismo jurídico de tipo igualitario que domina, frente al pluralismo jurídico de tipo unitario, como sucede en otros países, se puede afirmar que se ha dado una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que magistralmente sortea situaciones difíciles. Entender, por ejemplo, que “resulta claro para la Corte que no se les pueden aplicar a los pueblos indígenas todas las normas constitucionales y legales, pues de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”, es una muestra de ello. Tratar cuatro castigos de diferentes pueblos como constitucionales –no existentes en la jurisdicción ordinaria–, reafirma esta aseveración; aceptar creencias como guía de acciones para consultar los dioses durante meses, para tomar una decisión, o castigar con fuste para que el sujeto trasgresor pase de un estado de oscuridad a un estado de claridad, son fundamentos aceptados como prueba judicial, que aunque no pueden ser “probadas” como el derecho positivo lo demandaría, son entre otros muchos ejemplos, la expresión del rostro democrático y abierto de abogados y jueces capaces de ponerse bajo los supuestos culturales del otro. Posibilitar la práctica de distintas culturas, de sus derechos, de su autonomía y de la realización de los intereses de un pueblo particular, es señal de un proceso ejemplar, un asunto nuevo y configurado de modo diferencial que rompe los cánones tradicionalmente utilizados hasta el momento.

### **La casuística**

Como los ejemplos son bien valorados y enseñan de modo claro muchos asuntos, se señalan a continuación algunas situaciones tipificadas en casos que muestran, por un lado derechos propios y también salidas modernas a situaciones concretas.

Los *andoque*, tradicionalmente intercambiaban mujeres dentro de un sistema de clanes endógenos a su pueblo; los *huitoto* igualmente, intercambiaban mujeres entre clanes endógamos. Por la escasez de mujeres *andoque* los hombres resuelven casarse con mujeres *huitoto* y, de común acuerdo, determinan que los descendientes serán *andoque* y no *huitoto* como correspondería a la regla de parentesco. De este modo, los *andoques* van a poder recuperar su población. La posibilidad de adquirir comida restringida por parte de los *huitotos* porque existen vedas con relación a su clan, y por ende dentro su territorio, les permite excepcionalmente, adquirir comida de los territorios donde viven sus hermanas por ser territorios *andoque*. La legalidad del sistema *andoque* de casarse con mujeres de diferente clan se respeta, como también la posibilidad de los *huitotos* de obtener alimentos en territorio *andoque* (pese a que allí están sus hermanas). Ambas sociedades hacen ajustes a su derecho propio y se potencian como pueblos.

Mediante un Acto Administrativo autoridades indígenas *guambianas* con competencia jurisdiccional entregan un niño *guambiano* para ser adoptado por familia *páez*.

Las autoridades indígenas *guambianas* deciden que determinados niños necesitan “familia nacional”. Expresan al Instituto de Bienestar Familiar, al Defensor de Menores, que no se someterán, como autoridades jurisdiccionales indígenas, a la tramitología del Código del Menor. Expuestas paralelamente, las razones del Defensor de Menores para disponer de un documento que formalice el acuerdo, deciden inventar un nuevo procedimiento instrumentalizado en un acta que deje en claro para las dos autoridades de qué se trata y por lo tanto que respete ambas legalidades.

Colombia modifica el registro civil para niños y niñas que pertenecen a sistemas unilineales de parentesco. Estos serán registrados oficialmente de acuerdo al sistema de organización social y parentesco del pueblo particular. La legalidad del derecho estatal de certificar la existencia de un sujeto, se potencia con la posibilidad de disponer en el país de un registro civil y posteriormente de la cedula de ciudadanía, que respete la diferencia cultural.

Varios padres *wayu* salieron a trabajar a la ciudad y descuidaron sus deberes frente a los hijos. Las mujeres los demandaron por alimentos; pero, dado que los hijos estaban registrados acorde con el sistema de organización y parentesco matrilineal, el juez no podía

relacionar a esos niños con esos padres. Realizar una prueba genética utilizando una muestra de sangre, representaba una seria violación al cuidado cultural definido para la sangre. Sacarla necesariamente generaría una venganza de sangre del clan sometido a esa prueba a través de uno de sus miembros. Fue sustituida entre los *wayu* por el testimonio de parientes de los niños (como prueba judicial) para determinar la paternidad de un hombre y la demanda de una mujer para que proporcionara alimentos a los niños. No sacar sangre significó respetar creencias y prácticas que generarían pagos económicos de quienes hicieran la solicitud. Sin embargo, al no ser parientes estos niños del padre, porque la concepción del parentesco así lo determina, quienes deben asumir la responsabilidad por alimentos son los tíos maternos y, los recursos de estos hombres solamente esposos de las mujeres pero no parientes de sus hijos biológicos, van a proteger a los sobrinos, los hijos de sus hermanas, de acuerdo con esa cultura<sup>5</sup>.

Un famoso caso es el de los *nukak maku* que muestra cómo las bandas nómadas de este pueblo, a partir del contacto con la sociedad mayoritaria, sacan los niños, dejándolos “abandonados” pero con la particularidad que lo hacen tan sólo en lugares donde los colonos puedan encontrarlos. Esta es una medida –“abandonarlos” pero tan sólo en lugares donde los colonos puedan encontrarlos–, que hubo de leerse antropológicamente para contravenir el fallo del Consejo de Estado<sup>6</sup> que definía el retorno de 7 niños a su comunidad, los cuales se encontraban en hogares sustitutos de Bienestar Familiar desde hacía varios años. La demanda del Defensor del Pueblo, para que se definiera la situación de estos niños y niñas, retornándolos a su pueblo como una supuesta medida al derecho a su integridad –como sujeto colectivo–, contravenía la decisión jurisdiccional de los jefes de banda *nukak maku*, (entregarlos a la sociedad vecina) para proteger a estos niños, sin opción de vida dentro de sus condiciones culturales. Saben los *nukak maku* que esta sociedad vecina, dispone de recursos materiales, que ellos como *nukak maku* no tienen para alimentar, curar o sostener con vida a niños que por ejemplo son

---

<sup>5</sup> Éste es un buen ejemplo de cómo existen “salvadores mortales” que creyendo proteger a las mujeres y los niños, orientan salidas que causan impacto sobre la distintividad de estos pueblos.

<sup>6</sup> Sánchez Botero, Esther. “Investigación ICBF para retornar a los niños *Nukak Maku*”. Esta investigación terminó en una prueba antropológica para demostrar la posibilidad real de vulnerar el derecho a la vida de estos niños, si se cumpliera el fallo.

ciegos, mudos, sin recto o físicamente no pueden andar y por tanto vivir como nómadas.

Tres esposas *wayu* reclaman ante la jurisdicción especial la pensión de su esposo. El juez pregunta por la “esposa-esposa”, y las tres afirman esa condición.

Un indígena *páez* va a la jurisdicción ordinaria para hacer separación de bienes. El juez define el 50% de los bienes para cada uno de los esposos. Enterada la autoridad indígena de esta decisión, por escrito le manifiesta al juez que él no es la autoridad competente y que su decisión no tiene valor. Llama a los esposos para realizar la separación de bienes y no le entrega bienes al esposo, porque fueron logrados por la mujer y el esposo no se ha portado bien.

El Departamento de Seguridad del Estado (DAS) aplica un principio de protección a los menores de edad que deben salir del país. Además del permiso de los padres, éste debe oficializarse por notario público. Las autoridades indígenas de Vichada, solicitaron poder dar el aval ellos como autoridades para que estos niños puedan salir, utilizando un mecanismo interno propio. Nuevamente la legalidad del derecho estatal y la del pueblo *cubeo* se potencian.

Bajo los términos que a continuación se enuncian, se expresan las autoridades de los pueblos indígenas en este caso del Tolima. “En mi calidad de Cabildo Gobernador de la Organización Gonawindúa Tayrona, por el presente escrito me permito solicitarle, se sirva asumir la representación de la O.G.T. ante la Fiscalía, en relación con la investigación que adelanta ese Despacho por el delito de homicidio, en la cual figura como sindicado el indígena Isidro Robles Villafaña. En cumplimiento de lo anterior se hará entrega a ese Despacho del acta y documento donde aparecen las normas y las leyes propias de juzgamiento dentro del territorio indígena, en los cuales las autoridades tradicionales, a través de una resolución en el acta de Cañaveral juzgan y determinan la sanción a imponer al indígena Isidro Robles Villafaña, como responsable del homicidio de Luis Enrique Villafaña Izquierdo (q.e.p.d.). La justicia se aplicará de acuerdo a lo estipulado en dicha acta, como impulso a la jurisdicción especial indígena”.

Con el objeto de proteger el patrimonio arqueológico la autoridad administrativa nacional, responsable de cuidar este patrimonio acuerda con autoridades indígenas, mecanismos de protección a ese

patrimonio y la posibilidad de que estas autoridades utilicen la policía para capturar a infractores.

Las autoridades tradicionales demandan al sistema nacional penitenciario cárcel para un homicida indígena juzgado en la jurisdicción especial. “El señor Director de la cárcel municipal de Ortega, comunicó que Ana Lucía Timote, José Leny y Carlos A Timote, fueron reclusos en ese centro carcelario, por orden del señor Juan de la Rosa Tique, representante legal del Resguardo Indígena Guatavita Tua, así como del Secretario de Gobierno de esa municipalidad y anexó la documentación pertinente” (fls. 30-45).

Las autoridades indígenas impiden sacar maderas de un territorio sin su permiso. Acuerdan con la Corporación regional amazónica estatal, apoyarse mutuamente. El territorio está ubicado en el municipio de Puerto Nariño, en el trapecio amazónico. Su ámbito tradicional está hoy cruzado por fronteras internacionales y municipales, como quiera que su territorio está ubicado en la jurisdicción de dos municipios. Se encuentra superpuesto parcialmente con un área de reserva forestal y un Parque Nacional Natural. Gran parte está titulada como resguardo indígena desde el año de 1993, el cual no se haya delimitado con el casco urbano, pues el INCORA dejó esta labor sin adelantar. El resto del territorio está constituido por áreas comunales sin titular a quienes las instituciones del Estado pretenden dar el carácter de tierras baldías de la nación. Allí habitan aproximadamente 5.200 personas, de 20 comunidades indígenas rurales y una ubicada en el casco urbano. Casi el 100% de la población rural del municipio es indígena, el cual constituye un 78% de la población total del municipio. El 22% restante está ubicado en el caso urbano, cuya población indígena constituye el 75% de sus habitantes. Podría afirmarse entonces, que no es el territorio indígena el que está ubicado en el municipio, por el contrario, es el municipio el que está ubicado en el territorio indígena.

El indígena Leonardo Lozano Gutiérrez, del Resguardo de Castilla Angostura, municipio de Coyaima, fue detenido, por la Fiscalía seccional 44, de Purificación, sindicado del delito, de acceso carnal violento, y acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Tanto el sindicado, como los afectados y la madre de los menores, son miembros de la comunidad antes mencionada. Frente a estos hechos, el gobernador del cabildo, señor Efraín Prada, solicitó al fiscal, la

entrega del detenido, para ser juzgado por su comunidad, a lo que el fiscal, se negó.

Las autoridades también demandan apoyo para el cumplimiento de sus decisiones a las instituciones del Estado, pero también pueden renunciar a ese poder dado que cualquier decisión acarrea problemas mayores. Responde esta posibilidad a que el Art. 246 plantea que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales como lo establece la Constitución, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-349 de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, entre otras, reafirma que las autoridades indígenas investidas del poder jurisdiccional, pueden renunciar al mismo y trasladar el conflicto para que sea investigado conforme a las normas del ordenamiento jurídico nacional. Y a pesar de las críticas que los estudiosos del tema han formulado a tal entendimiento de la preceptiva constitucional, bajo la estimativa de ser violatoria de la garantía del juez natural y por consiguiente del debido proceso, no se puede desconocer que encuentra respaldo en la misma redacción de la norma, la cual legitima el ejercicio potestativo de dicho poder con la locución “Las autoridades de los pueblos indígenas *podrán* ejercer funciones jurisdiccionales...” Esta concesión muy particular no puede ser arbitraria, sino que habrá de justificarse.

Las autoridades de los pueblos indígenas pueden demandar de la fuerza pública apoyo para el cumplimiento de sus funciones. “El gobernador de la comunidad de Guatavita-Tua emitió orden de captura<sup>7</sup> contra los indígenas detenidos para que se hiciera efectiva por parte del DAS”.

En la primera cláusula del Contrato Interinstitucional Celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el Cabildo Indígena urbano CHIBCARIWAK, para la atención de los indígenas residentes en la ciudad de Medellín, del 1 de abril de 1998, se dice que: “la Fiscalía seccional de Medellín se compromete a prestar la atención jurídica necesaria a los indígenas adscritos al Cabildo indígena CHIBCARIWAK, referentes a los procesos penales que se llevan actualmente o en los que se pueda ver envuelto algún miembro de la comunidad indígena y a atender los problemas de familia que se

---

<sup>7</sup> Esta estrategia y su concepto son apropiaciones por parte del pueblo –uno de los muchos en Colombia– que precisamente se vio bastante afectado por el Derecho Positivo.

puedan presentar entre ellos mismos”. La Fiscalía reconoce el carácter étnico y especial del Cabildo CHIBCARIWAK, sus integrantes y su autoridad máxima, cuando se dice: “las diligencias que se lleven a cabo en cumplimiento del objeto del contrato se celebrarán con la presencia del señor Gobernador, quien velará porque se le respeten los derechos humanos a los indígenas como etnia cultural (...)”.

Por irregularidades en el manejo de las transferencias de ingresos corrientes de la nación por parte de Alcalde indígena, es sancionado y encarcelado por la jurisdicción ordinaria.

Los mínimos jurídicos establecidos por la Corte Constitucional son obligatorios para todos los colombianos sin distinción de etnia, raza o cultura<sup>8</sup>. Las autoridades indígenas entendiendo este mensaje de manera contundente plantean cambios. Casos que muestran a las autoridades internas indígenas indagando la modificación de una creencia y costumbre sagrada, frente a la posibilidad de encuentro o no con una maravillosa deidad. Esa práctica que violaba el derecho a la vida se empieza a reprimir hasta desanimar su observancia. Se da la incorporación de una ley estatal, de un principio y un procedimiento diferente dentro del derecho propio, lo que hace que como cuerpo normativo se transforme en un nuevo referente cultural, mediante su apropiación lo que permite que pueda coexistir con normas tradicionales. El origen de este cambio es endógeno o es impuesto.

Los indígenas de la frontera con Venezuela tienen la doble nacionalidad, lo cual los configura como sujetos binacionales *wayu* ligados a su clan colombiano y venezolano. Niño *wayu* en peligro en Venezuela recibe protección del Defensor de Menores como si fuese colombiano.

Los *wayu* con base en un acuerdo internacional, reciben gasolina de Venezuela a precio muy bajo, como acción afirmativa que ambos estados consideran pertinente y justa. Esta decisión obedeció a negociaciones de las autoridades propias *wayu*.

Los padres de dos niñas, hijas de indígena colombiana y hombre ecuatoriano se disputan el lugar habitacional y el cuidado de las niñas. La autoridad indígena *pasto* reclama a la autoridad del

---

<sup>8</sup> Audioteca realizada por Parcomun con apoyo de la Embajada de Holanda. Proyecto realizado por Esther Sánchez Botero, Bogotá 1999.

Defensor de Menores de Ecuador el derecho de la madre a tener sus hijas.

Un magistrado manifiesta rechazo a las consideraciones de una autoridad indígena para examinar bajo otro referente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a la luz de la “convención *páez*” del interés superior del niño. Los principios hegemónicos de un derecho estatal no le permiten espacios para la diversidad cultural y mucho menos para la autonomía. Aproximar a los distintos, a un modelo cultural único lo valora como deseable y lo impone bajo el uso hegemónico del poder. La justificación de fondo es que en un Estado, la “cultura superior” debe marcar la pauta de lo que está bien y de lo que jurídicamente es aceptable. Se presenta gran arrogancia para justificar que el derecho propio de un pueblo determinado es inferior al positivo estatal.

### **Comentarios críticos a los programas de accesos a la justicia**

Es necesario ponderar si los programas de acceso a la justicia contribuyen o no a fortalecer la etnicidad y la cultura de un pueblo indígena. Acceder a la justicia en detrimento de la jurisdicción especial indígena es un contrasentido. Por ejemplo, el fomento a la resolución alternativa de conflictos ha sido duramente criticado por los antropólogos jurídicos norteamericanos. La visión extendida de la Universidad de Harvard, no debería considerarse como un programa a “transferir” a los pueblos indígenas. El programa de Casas de Justicia para el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades indígenas al abrirles una oficina en estas edificaciones y en el marco de su institucionalidad, se debe replantear. Es necesario ponderar el impacto que en concreto en un pueblo determinado puede acarrear este modelo.

Desde 1991 se ha venido trabajando en una ley de coordinación. Actualmente existe una propuesta de ley preparada por un indígena de la región andina y para ser sustentada por el ex magistrado Carlos Gaviria en el senado. Esta ley refleja la visión, experiencia y problemáticos de los indígenas de la región andina, pero en absoluto de los pueblos amazónicos, costeros y de la Sierra Nevada. También existe, en proceso de estudio, una ley en el Consejo de la Judicatura que ha implicado un proceso de consulta con recursos BID. Frente a

ambas propuestas hemos sido críticos, como también las organizaciones indígenas.

### **Para cerrar**

Las reflexiones y los casos que se han presentado, como pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos y en relación con el derecho estatal, juegan dos realidades distintas respecto al pluralismo jurídico legal: autoridades indígenas que autónomamente actúan y aplican principios y procedimientos y casos que no se resuelven internamente y salen a la jurisdicción ordinaria. Los casos que salen, ya sea para control, o porque es la jurisdicción ordinaria la competente para actuar siempre han de ser examinados constitucionalmente.

Es claro que el modelo constitucional mantiene el espíritu del centralismo legal desde el cual se avalan o invalidan principios y procedimientos determinados, tachándolos de ser o no jurídicamente aceptables, dado que las normas estatales disponen de preeminencia en caso de conflicto. Efectivamente, el Art. 246 CP establece que esos principios y procedimientos de los pueblos indígenas no deben ser contrarios a la Constitución y a la ley. Lo que no siempre resulta claro es, sí ciertos hechos son o no contrarios a la Constitución y a la ley, porque los contenidos de las acciones provenientes de culturas distintas, no son invariablemente inteligibles para un extraño a estos códigos. En la sentencia T-349 de 1996 la Corte declaró que la referencia a la “Constitución y la ley” como restricciones sobre la jurisdicción indígena no debe entenderse en el sentido de que todas las normas constitucionales y legales deben ser aplicables, pues esto reduciría el reconocimiento de la diversidad cultural a mera retórica.

Cuando se acepta un caso en una determinada instancia de la jurisdicción ordinaria, es porque existen o, se cree que existen, ciertos supuestos válidos que ameritan una actuación externa. En el proceso de interacción, se presentan tres manejos distintos dentro de la unión temporal de sistemas normativos diferenciados: no hay sujeción a la ley estatal, al considerar la igualdad con que debería ser tratado el derecho propio, pero sí hay interacción con la jurisdicción ordinaria. Hay sujeción impuesta a la jurisdicción ordinaria, pese a la defensa del derecho propio, y, finalmente, no hay sujeción, ni se tiene en cuenta la jurisdicción nacional porque no se conoce propiamente de su existencia.

Como tendencia positiva y en contraria a lo que sucede cotidianamente a los indígenas respecto de su vida e integridad como pueblos, cada día de manera más cualitativa se respetan esos otros jueces de la república, indígenas decididos a proteger su existencia cultural alterna, realizando su propio derecho.

### **Bibliografía**

Benítez, Hernán Darío. “Jurisdicción especial indígena: Implicaciones de su consagración institucional”. Ponencia, Seminario sobre Jurisdicción Indígena. Popayán, 1997.

Cárcova, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Ed. Trotta. Madrid, 1998.

*Constitución política de Colombia 1991*, Ediciones Emfasar. Bogotá, 1994.

Gros, Cristian. “Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia”. En *Revista Análisis Político*. N° 19. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1993.

Hoekema, André J. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. En *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El Otro Derecho*. 26-27 Ilsa Dupligráficas, 2002.

Sánchez, Botero Esther. *La jurisdicción especial indígena*. Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional. Bogotá, 2000.

.... *Protección a niños y niñas indígenas de Colombia*. ICBF Quebecor. Bogotá, 2000.

.... *Justicia y Pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas Sociales. Unibiblos. Bogotá, 1998.

.... “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: El caso colombiano”. *América Indígena*, Volumen LVIII Número 1-2, Enero-Junio 1998.

.... “Melicio Cayapú Dagua, está preso mi Sargento. Estado de normas, Estado de rupturas”. En *Antropología Jurídica. Normas*