

**Universidad Icesi**

**El reconocimiento jurídico del sujeto indígena: hacia un verdadero diálogo  
intercultural**

**Proyecto de Grado**

**Héctor Andrés Valero López**

**Asesoras:**

**Diana Patricia Quintero**

**Inge Helena Valencia**

**UNIVERSIDAD ICESI**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**

**PROGRAMA DE DERECHO**

**SANTIAGO DE CALI.**

**2011**

## **Contenido**

1. Introducción, planteamiento del problema y plan de trabajo.....	3
1. La Diversidad cultural en Colombia.....	5
2. La Regeneración (1880-1930). .....	6
3. El camino hacia 1991: movilizaciones y surgimiento del sujeto indígena.....	8
4. Contexto nacional e internacional como factores de cambio. ....	10
5. Contexto de la Constituyente. ....	13
6. Tensiones en las sentencias de Corte Constitucional.....	16
7. Sobre los límites de sancionatorios de la jurisdicción especial indígena. ....	26
8. Conclusiones ¿Ha sido olvidada la violencia epistemológica de la Regeneración? 30	
BIBLIOGRAFÍA: .....	37

*“Colombia, a pesar de las transformaciones que ha sufrido, se caracteriza aun hoy por la existencia de una endeble esfera de debate público capaz de poner en comunicación identidades, no solo diversas sino socialmente desiguales y muchas veces encontradas, para que de ese encuentro comunicativo surjan ejes articuladores capaces de suscitar unidad en medio de la diversidad” (Wills: 2000 : 389)*

## **1. Introducción, planteamiento del problema y plan de trabajo.**

El propósito de este documento es comparar dos momentos del proceso de reconocimiento jurídico de la diversidad cultural en Colombia, y valorarlos en términos de su contribución al respeto y reconocimiento del indígena como un sujeto de derecho(s). Los momentos escogidos son la Regeneración (1886-1930) y los últimos 20 años de vigencia de la Constitución Política de 1991. Las dos hipótesis que se sostendrán afirman, en primer lugar, que la Constitución de 1991 constituyó un serio avance en la modificación de la visión del indígena propia del período de la Regeneración, sin que ello signifique que se ha resuelto del todo la cuestión de un verdadero reconocimiento del sujeto indígena como un sujeto de derecho(s). Y, en segundo lugar, que en el presente momento existen serias omisiones legislativas que dificultan la consolidación de este tipo de reconocimiento.

Para llevar a cabo este cometido se describirá brevemente el contexto de ambos momentos; especialmente se enunciará la importancia de la expedición de la Constitución de 1991 en lo que se refiere a las minorías étnicas. Del mismo modo, se describirá la regulación jurídica (o la ausencia de regulación) que sitúa al sujeto indígena, de manera implícita o explícita, en un lugar específico de la sociedad. Para esta descripción se acudirá al texto de Libardo Ariza (2009), el cual brinda un importante cruce entre subjetividad, verdad y derecho. También se hará uso de un texto de María Emma Wills (2000), ya que brinda herramientas importantes para comparar los momentos de la Regeneración y el periodo multicultural. Igualmente, se hará uso de las obras de Julieta Lemaitre Ripoll (2009) y Beatriz Eugenia Sánchez (2001) por permitir una descripción corta y concisa sobre el particular y un enfoque claro del papel que juega el derecho en la emergencia y mantenimiento de un nuevo sujeto jurídico indígena.

Para valorar el modo en que se está reconociendo la diferencia cultural y las consecuencias de la inexistencia actual de regulación sobre el asunto, se describirá un escenario constitucional<sup>1</sup> compuesto por la comunidad indígena titular del derecho a tener una jurisdicción de acuerdo a sus usos y costumbres, con base en el artículo 246 del texto constitucional, y por un sujeto individual perteneciente a la comunidad indígena que alega alguna violación de un derecho fundamental, como consecuencia de la sanción impuesta por ésta. Más que hacer una exhaustiva línea jurisprudencial, lo que se busca es tomar sentencias de un momento temprano de la Constitución<sup>2</sup>, de un momento intermedio<sup>3</sup> y de un momento reciente<sup>4</sup> con el fin de evidenciar los posibles cambios que la Corte haya tenido respecto a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los límites que tienen las autoridades indígenas a la hora de sancionar una falta cometida dentro de su territorio? Esta pregunta puede ser re-traducida de manera prescriptiva en otros términos: ¿Cómo debe ser la sanción de una autoridad indígena para que sea constitucionalmente legítima y, por ende, no revocable por el juez constitucional? Se escoge este escenario porque no puede pasar inadvertido el significado que encierra el hecho de revocar una sanción comunitaria con el argumento de que viola un sistema de derechos extraño al que fundamenta la sanción impuesta.

Al final del documento se concluirá que para lograr un adecuado reconocimiento se requiere que el poder legislativo promulgue un tipo especial de ley (mandada por el mismo artículo 246 de la Constitución), que coordine las jurisdicciones ordinaria e indígena, como un primer paso para poder resolver dos cuestiones: la relativa al reconocimiento del sujeto indígena como un sujeto con iguales derechos al de la comunidad mayoritaria y las tensiones que se generan por el reconocimiento, dentro de una misma Constitución, de una jurisdicción especial indígena enmarcada en unos derechos fundamentales de corte liberal.

Aunque han habido autores que se han encargado de estos temas<sup>5</sup> de una manera muy seria y respetuosa de la diferencia, considero que, como lo afirma Bonilla (2006: 20 y 22), los estudiosos del derecho y la filosofía política no han analizado seriamente las fricciones que se generan entre el liberalismo y la emergencia de lo multicultural

---

<sup>1</sup> Un escenario constitucional es “*el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos), en el que la Corte ha especificado, mediante sub-reglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto*” López: 2006: 148

<sup>2</sup> Estas sentencias son la estudiadas por Daniel Bonilla (2006) y que son las que marcaron precedente y cuyas sub-reglas son reiteradas en las sentencias posteriores. Son las sentencias de tutela 254 de 1994, 349 de 1996 y la Sentencia de Unificación 510 de 1998.

<sup>3</sup> Las sentencias de tutela número 048 de 2002, 1127 de 2001 y 811 de 2004.

<sup>4</sup> Estas sentencias son la T-514 de 2009 y la T-617 de 2010.

<sup>5</sup> Por ejemplo Bonilla (2006), Lemaitre (2009), Ariza (2009). Sánchez (1998), (2002 a y b), (2004 a y b), entre otros.

porque no son conscientes de la influencia de la cultura en la formación de lo político, lo jurídico y lo moral. Asumen que el ordenamiento y sus insumos son universales o pretermiten el hecho de que el derecho es “*una manera determinada de imaginar lo real*” (Geertz: 1994: 202). Esto ha causado que la mayoría de los trabajos que se encargan de la diferencia cultural se encuentren “*atrapados dentro de las fronteras teóricas definidas por la filosofía política hegemónica de nuestra época: el liberalismo*” (Bonilla: 2006: 24) De esta manera, el presente documento se pretende adentrar en estas cuestiones para al final defender la necesidad de encontrar soluciones *alternativas*, pero siempre con la consciencia de que la tarea no es deslegitimar el sistema jurídico o el modo en que la Corte Constitucional ha resuelto las tensiones, sino ser críticos frente a la acción (o mejor dicho, frente a la omisión) del gobierno y Congreso y hacer una propuesta pluralista que sea jurídicamente razonable.

## **1. La Diversidad cultural en Colombia.**

Colombia no es un Estado cuya población sea culturalmente homogénea, según el Censo General de 2005<sup>6</sup> el 3,43% de la población colombiana se identifica con algún grupo étnico, mientras que el 10,62% se adscriben como afrocolombianos. Y aunque este 3,43% no sea tan alto como en Bolivia<sup>7</sup>, donde la población indígena es mucho mayor, esta cifra equivale a un poco más de un millón trescientas mil personas. Esto significa que esta población se considera distinta al resto de los ciudadanos colombianos, y, por ende, puede tener diferencias frente a ella respecto a nociones y concepciones fundamentales como lo justo o lo bueno. Esta visibilización de los asuntos indígenas se debe al cambio institucional que tuvo, no solo el país, sino también el continente (García y Santos: 2001: 3) a finales de la década de los noventa, ya que a partir de estos cambios se ha ido tomando conciencia sobre la existencia de una realidad diversa, y sobre las complejidades que esta situación encierra.

Estas complejidades han sido explicitadas por Daniel Bonilla (2006: 32 y 140-141), quien afirma que se componen por dos tensiones: la primera, se concreta en el reconocimiento y amparo constitucional de los distintos principios morales y culturales

---

<sup>6</sup> <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf> Pág. 130

<sup>7</sup> En este país la población indígena asciende al 62% de la población nacional, al respecto puede consultarse el portal del Banco Mundial: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/0,,contentMDK:20505826~menuPK:508626~pagePK:146736~piPK:226340~theSitePK:489669~isCURL:Y,00.html> o los balances del Instituto Nacional de Estadística de Bolivia en [http://www.eclac.cl/deype/noticias/noticias/7/40337/d2\\_16Bolivia\\_INDIGENAS.pdf](http://www.eclac.cl/deype/noticias/noticias/7/40337/d2_16Bolivia_INDIGENAS.pdf)

que puedan sostener los grupos étnicos y la declaración de unos derechos fundamentales de corte liberal, de un lado; y la segunda, por el reconocimiento de Colombia como un Estado unitario frente al reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas en su territorio. Las diferencias han generado numerosos choques entre la sociedad mayoritaria y los grupos indígenas; por ejemplo, la Corte Constitucional se ha visto obligada a resolver diferencias tan dramáticas como la de los U'wa y la compañía petrolera OXY<sup>8</sup>, el conflicto de los Nukak Makus<sup>9</sup> o de los gemelos U'wa<sup>10</sup>. Y estos tres casos son una simple muestra de la gran divergencia que puede existir entre los indígenas y la sociedad mayoritaria respecto a lo que consideran justo o aceptable.

Es entonces pertinente mirar hacia atrás para no sólo ver los avances, sino las omisiones y los retos que quedan por afrontar, y poder así ofrecer respuestas sustentables desde los ámbitos político, jurídico y cultural.

## **2. La Regeneración (1880-1930).**

Como ya se dijo anteriormente, en esta primera parte se va a describir brevemente el momento de la Regeneración y el modo en que se consideró al indígena y la diversidad desde el punto de vista de su reconocimiento jurídico.

La Regeneración empieza desde el año 1880 (Henderson 2006: 18 y 262 y 1985: 128), cuando a raíz de varios factores, como la crisis económica derivada principalmente del precio la quina, la devaluación del oro, las guerras civiles, la inestabilidad política producto de éstas y el fracaso de los planes liberales, el país se sumió en un profundo trance que dio por resultado la revisión de los ideales liberales y la instauración de un régimen conservador, centralizado y católico. *“La Regeneración supone una revisión de la subjetividad criolla y de sus referentes más próximos: España y los indígenas. En esta evaluación crítica de los componentes de la subjetividad colombiana se reinterpreta la Conquista y se resalta el legado español. Lo indígena es expulsado de la subjetividad criolla; es el componente negativo que propicia la decadencia, la degeneración del ser”* (Ariza: 2009: 182).

---

<sup>8</sup> Este litigio se inició cuando el gobierno permitió a la OXY la exploración y extracción de petróleo en territorios tradicionales, los U'wa se opusieron enérgicamente a esta medida y aparte de hacer uso de recursos legales como la tutela en la jurisdicción constitucional y la acción de nulidad en la administrativa, llegaron a plantear la idea de un suicidio colectivo.

<sup>9</sup> Este caso se origina con la práctica de los Nukak Macus, que como grupo nómada, de abandonar en la selva a los miembros de la comunidad que no tengan las fuerzas para continuar o impidan al grupo su normal desenvolvimiento, tales como ancianos o enfermos.

<sup>10</sup> Los U'was consideran que los gemelos son una expresión del mal, por ende cuando en un parto nacen gemelos esta comunidad decide dejarlos a su suerte en la selva.

Es primordial entender que en este periodo el proyecto de Estado-nación se construía alrededor del rescate del legado español, la centralización de la religión católica y la idea del progreso por medio de la unicidad racial y el *blanqueamiento*<sup>11</sup>. Es así que “*el orden se concibió como únicamente compatible con la homogeneidad y con el respeto a una jerarquía social fundada en rígidas fronteras de clase y en el desprecio por ‘razas inferiores’*” (Wills: 2000: 390). La diversidad era vista entonces como una desventaja para *progresar*<sup>12</sup> y por esto se consideraba que las relaciones con los indígenas deberían estar orientadas a *civilizarlo* y conquistar sus riquezas.<sup>13</sup> Los *indios* eran vistos como un poco más que estorbos que impedían el uso racional de los recursos que tan ingentemente poseían y que usaban tan descuidadamente.<sup>14</sup> En este orden de ideas, el discurso de la *Regeneración* planteó e introdujo la idea de que la clave estaba en *blanquear* y *civilizar* a la población indígena.

Siguiendo esta forma de pensar, durante la última década de 1800 se cristalizaron dos normas que son importantes para dar cuenta del lugar asignado al sujeto indígena dentro de la sociedad: la Constitución de 1886 y la Ley 89 de 1890. La primera porque da cuenta de la centralidad de la religión católica<sup>15</sup> y la segunda porque es la herramienta mediante la cual “*se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*”. Esta ley tiene tres efectos importantes sobre los indígenas: primero estatuye un régimen de excepcionalidad sobre los indígenas, al agruparlos en Resguardos bajo la autoridad del Cabildo, abstrayéndolos del imperio de la ley nacional y sometiéndolos a un régimen especial

---

<sup>11</sup> Traer extranjeros para *mejorar la raza* nacional al convertirla en una sola, luego de varios *crucos* que progresivamente nos alejen de nuestras pesadas e indeseables cargas hereditarias (Gómez: 1970: 47 y 48).

<sup>12</sup> Así pueden entenderse las palabras de Sergio Arboleda cuando dice “*La variedad de razas en una sociedad es un peligro permanente de antagonismos y discordias. Es preciso tratarlas bajo el pie de perfecta igualdad y hacer que esta igualdad sea efectiva, ora promoviendo la educación, instrucción y mejora de las más atrasadas; ora fomentando por medios indirectos la traslación de la raza que superabunde en unas comarcas del país a aquellas en que sea más escasa para refundirlas; y ora, en fin, procurando, por medios suaves, que se establezcan entre las diversas razas vínculos de sangre y de interés*” (Arboleda: 1972: 285).

<sup>13</sup> Es por esto que Rafael Uribe Uribe escribía al Presidente de la República, al del Congreso y a las demás altas autoridades nacionales “*Colombia: casi toda la circunferencia está en el poder del salvaje, que posee también las regiones más fértiles (...) de manera que en la mayor porción del suelo patrio no pueden establecerse familias nacionales o extranjeras sin exponerse a los ataques de los bárbaros (...) de donde se deduce que domesticarlos (...) equivale a verificar la conquista de un territorio casi del tamaño de Europa y con certeza más rico*” (Rafael Uribe Uribe citado por: Vasco: 2002: 130)

<sup>14</sup> En la misma misiva Uribe afirmó: “*Evidentemente el hecho de la existencia de estos 300.000 bárbaros dominando la mayor parte del territorio colombiano, donde no puede penetrar la civilización, por el obstáculo que le oponen estos miles de salvajes, muchos de ellos aguerridos u que no entienden nuestra lengua (...), es un embarazo para el progreso y un peligro que crecerá en razón directa con la multiplicidad de los indios*” (Ibidem). Otro ejemplo de este discurso es lo pronunciado por el senador Guillermo Valencia en donde dijo “*Es urgente la asimilación de aquellos grupos, su inserción en nuestra vida orgánica. Es menester acabar con aquellas costumbres ancestrales que paralizan en ellos toda iniciativa, que los llevan a borrar en sus hijos hasta las huellas de civilización que penosamente les imprimen en almas y cuerpos. (...), La República se sorprenderá cuando sepa de que es dueña de las mejores tierras del macizo andino, sobre todo en la Cordillera Central. Minas de oro, fuentes saladas, caleras, bosques preciosísimos, mantenidos hoy bajo siete llaves por quienes son incapaces de beneficiarlos y que se abrirán francos a la competencia nacional*” (Valencia: 1924:8-10).

<sup>15</sup> Es importante señalar al catolicismo como uno de los elementos esenciales del régimen de la Regeneración ya que como lo plantea María Emma Wills (2000: 396) “*la Constitución de 1886, con su definición de nación católica, inspiró la imposición en el campo cultural de reglas de juego y de dispositivos pertenecientes más al antiguo régimen que a una modernidad democrática*”.

estatuido por la iglesia y, en algunos asuntos por sus costumbres siempre que no vayan en contra de las leyes; segundo, los asemeja a menores de edad<sup>16</sup> y tercero, hace una gradación en términos de su nivel de civilización.

De esta manera puede decirse que en este periodo se trató de generar cohesión y unión a través de la uniformidad, siendo necesario que todo lo no-uniforme sea transformado o expulsado del orden social. En términos de Wills: *“el régimen no se basó en el reconocimiento de la diversidad de razas y etnias que poblaban el territorio colombiano, con sus creencias, lenguas y costumbres sino en el intento consciente de borrar las singularidades”* (Wills: 2000: 393).

Ya que se pudo evidenciar la condición de inferioridad que el indígena soportó durante la Regeneración, es necesario hacer una descripción de lo acontecido durante el intersticio entre ese periodo y el momento actual multicultural, en el que la diversidad cultural no solamente es reconocida en el texto constitucional, sino que es reivindicada en las sentencias de la Corte Constitucional. Para ello se hará una breve descripción del proceso de movilización indígena, incluida la manera como esta población comenzó a articular su discurso en clave jurídica, y de los factores nacionales e internacionales que facilitaron el surgimiento de un nuevo sujeto indígena. Esto con el fin de hacer evidente la importancia de la Constitución en lo que respecta al tratamiento de la diversidad cultural y las tensiones que los nuevos reconocimientos constitucionales encierran.

### **3. El camino hacia 1991: movilizaciones y surgimiento del sujeto indígena.**

Desde 1970 los indígenas comienzan a movilizarse y a reivindicar sus derechos. En un primer momento se movilizaron en torno a reivindicaciones territoriales originadas principalmente por la distribución de tierras que el Gobierno pensaba hacer por medio del INCORA. Para esto el Gobierno fomentó la asociación de campesinos sin tierra y así nació la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos –ANUC- que, tal como afirma Julieta Lemaitre Ripoll, *“movilizó también a los campesinos indígenas y los movilizó en torno a su doble identidad tanto de campesinos como de indígenas”* (Lemaitre: 2009: 312). Y por esto, en la primera mitad de la década de los setenta,

---

<sup>16</sup> El artículo 40 de esta Ley dice *“los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de los menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintiún años; debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obtenido el permiso, la venta se hará en pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial”*

dentro de la ANUC, se fundó el Consejo Regional Indígena del Cauca -CRIC-; que “participó en la recuperación de unas diez mil hectáreas de tierra, en la erradicación de la terrajería, en la creación de tiendas comunales, cooperativas agrícolas y en los inicios de la educación bilingüe” (Ibídem: 314). Sin embargo, las reivindicaciones del CRIC cambiaron de enfoque luego de que en 1974 se separara del ANUC, y a partir de ese momento se desligaron de las exigencias territoriales de éste último para hacer énfasis en exigencias identitarias y de recuperación del legado perdido desde la Colonia.<sup>17</sup>

Como lo relata Julieta Lemaitre, este cambio de enfoque se debió a una estrategia indígena para escapar de la brutal represión del Gobierno, que identificó la exigencia de tierras como una exigencia comunista subrepticia; este cambio también se debió a los consejos que intelectuales solidarios hicieron a los líderes indígenas, a una transformación del movimiento indígena continental y a un ambiente internacional más favorable a la construcción de una identidad indígena. (Ibídem: 317). Aunque esta estrategia le permitió al CRIC sobrevivir a la guerra del gobierno contra las guerrillas comunistas, esto no quiere decir que el movimiento no haya quedado debilitado y a punto de desaparecer; muchos indígenas fueron torturados, asesinados y retenidos. Pero este hecho, y la presentación que hizo el Gobierno de Turbay de un Estatuto Indígena que derogaba la Ley 89 de 1890 y los resguardos que ella sostenía<sup>18</sup>, le dio la oportunidad al movimiento indígena de articular su discurso en clave jurídica. Es decir, los indígenas aprovecharon los abusos de las FFMM para hacer reclamos sobre la base de los Derechos Humanos, del mismo modo que el Estatuto Indígena generó entre ellos expresiones de indignación, mediante el recurso a argumentos jurídicos.

Al finalizar los ochentas los indígenas habían entendido la importancia de la movilización y las agrupaciones indígenas se multiplicaron; es así que en los noventas ya existían más organizaciones de este tipo, como la Autoridades Indígenas del Sur de Colombia, AISO-, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca –ACIN- e incluso una nacional: la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC-.

---

<sup>17</sup> Para una descripción más detallada del proceso de movilización indígena véase Lemaitre (2009) o Vasco (2002)

<sup>18</sup> Cabe señalar que aunque los Resguardos fueron instituidos como dispositivo de concentración y control, los indígenas se apropiaron de esta institución como mecanismo de supervivencia y lugar donde se *mantiene* la diferencia. Desaparecer los resguardos hubiera sido como dejar a los indígenas en el 'limbo'.

#### **4. Contexto nacional e internacional como factores de cambio.**

El modo de pensar iniciado en *La Regeneración*, marcado principalmente por un catolicismo exacerbado,<sup>19</sup> junto al centralismo reforzado, fueron fuertemente cuestionados en las décadas de los ochenta y los noventa. Estos cuestionamientos, unidos a otros fenómenos más recientes como el conflicto armado con los grupos guerrilleros, paramilitares y los barones de la droga<sup>20</sup>, y la desideologización del debate político nacido del Frente Nacional<sup>21</sup> produjeron una fractura irreparable en el modo en que estaba construido el sistema político nacional, por lo que se hizo evidente la necesidad de un cambio radical. En los años noventa este descontento popular<sup>22</sup> era generalizado y la desmovilización de grupos guerrilleros como el M-19 y el EPL desembocó en la realización de una Asamblea Nacional Constituyente que tenía por objetivo refundar el sistema político nacional mediante la expedición de una Constitución nueva.<sup>23</sup>

El corolario constitucional ‘innovador’ fue producido por un sinnúmero de factores nacionales, ya descritos, que es necesario integrar con los antecedentes internacionales que Beatriz Eugenia Sánchez (2001) menciona. El primero de ellos se encuentra en el colapso del Estado Populista en el continente y la crisis del liberalismo como discurso político basado en la idea de una naturaleza humana universal, verdadera y homogénea (Ibídem). “Verdad” y “homogeneidad” son dos nociones que comenzaron a ser enérgicamente cuestionadas sobre la idea de que el sujeto es un ser culturalmente construido, es decir, que la realidad es una construcción contingente y no necesaria, en tanto tiene un significado inteligible sólo desde la cultura en el que se la representa. Es así como culturas distintas construyen sujetos distintos y estos a su vez la reproducen, no de manera pasiva, porque siempre el sujeto, como actor, es capaz de modificarla.

---

<sup>19</sup>El Preámbulo de la Constitución del 86 decía “*En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de reafirmar la unidad nacional, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la religión católica y apostólica y romana es la de la Nación (...)*”

<sup>20</sup>En efecto, fue tal el nivel de violencia que los ciudadanos sintieron que estaban siendo afectados en los derechos y libertades más básicas, fenómenos tales como la bomba en el avión de Avianca HK-1803, en el Departamento Administrativo de Seguridad, el asesinato del Rodrigo Lara y el de Fidel Cano, los fracasados acuerdos con las guerrillas, los constantes ataques paramilitares contra la población civil y el asesinato sistemático de los miembros de la Unión Patriótica, entre otros, dieron la sensación de la profunda desestabilización del Estado y de su falta de capacidad para defender los derechos y libertades de los ciudadanos (Bonilla: 2006: 115).

<sup>21</sup>El Frente Nacional fue el acuerdo entre los partidos Conservador y Liberal para poner fin al enfrentamiento violento en que estaban enfrascados, y que consistió básicamente en alternarse en la Presidencia, esto fue suficiente para que el debate político se anulara y lo político se limitara al reparto de cargos burocráticos. Recuérdese que el Presidente antes de la Constitución de 1991 era el que designaba, entre otros, a los alcaldes y gobernadores.

<sup>22</sup>En 1998, 42% de los colombianos creía que la calidad de las instituciones gubernamentales era mala, el 40.9% pensaba lo mismo del Congreso y el 52% sobre los partidos políticos (Ronald Archer 1995 citado por Bonilla :2006)

<sup>23</sup>El trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente se centró en cuatro aspectos fundamentales: poner fin a la violencia, fortalecer la democracia, ampliar la declaración de derechos y redefinir la estructura básica del Estado. (BONILLA, 2001)

Otro importante antecedente internacional es el imperativo de buscar modelos económicos, que al tiempo que garanticen la prolongación del capitalismo como sistema económico, aseguren la sostenibilidad ambiental. Con esta necesidad se piensa en los indígenas como sujetos que por su histórica e íntima relación con la tierra es necesario proteger, como medida para salvaguardar a la cada vez más amenazada biodiversidad terrestre. Esta es una instrumentalización en tanto los indígenas son importantes por su condición de guardas forestales *naturales*.

Es significativo resaltar que desde el derecho internacional se había reconocido a las poblaciones indígenas como sujetos de protección, por ejemplo, la Convención 169 de la OIT consagra a los grupos indígenas como sujetos colectivos autónomos, resalta la importancia de la relación indígena-tierra, al tiempo que establece la obligación gubernamental de consultar a esta población en temas que los afecten. Otros instrumentos internacionales fueron la Agenda 21<sup>24</sup> y el proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU<sup>25</sup>; el primero de estos instrumentos valoriza los saberes tradicionales de los indígenas y afirma la importancia de su especial relación con la tierra, como protección de la riqueza biológica planetaria y el Proyecto de la ONU consiste en diferenciar a los pueblos indígenas de las otras minorías nacionales y dotarlas de herramientas para acceder a una igualdad real<sup>26</sup>.

Otras razones que dan cuenta del auge de la diversidad son: un nuevo discurso neoliberal que pregona la descentralización y, la migración a las ciudades de sectores étnicos antes no visibles (principalmente por la violencia vivida en el campo)<sup>27</sup>.

Respecto a la descentralización administrativa puede decirse que pese a que fue pensada para lograr una mayor eficacia en la administración de recursos<sup>28</sup>, éste nuevo modo de repartir el poder y organizar el Estado tuvo un efecto directo en la visibilización de sectores antes no visibles en tanto que la descentralización es un modo de repartición del poder que necesita hacer referencia a la especificidades regionales y locales<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Para consultarla: [http://www.un.org/esa/dsd/agenda21\\_spanish/](http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/)

<sup>25</sup> Cabe señalar que este proyecto fue aprobado, en Resolución del 13 de septiembre de 2007, por la Asamblea General de la O.N.U

<sup>26</sup> Para ver el texto de esta Resolución: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/drip.html>

<sup>27</sup> Otro antecedente es la celebración de los 500 años del *descubrimiento de América*, toda vez que los indígenas imprecaban el hecho de celebrar algo que para ellos había sido una tragedia, para ver mpas profundo el tema, véase Lemaitre (2009), Capítulo 8

<sup>28</sup> El discurso de la descentralización propone que es de esperar una respuesta más apropiada y eficiente si la instancia de decisión está no en un centro político sino repartido en entes territoriales. (Morelli:1996).

<sup>29</sup>Esta misma autora a la hora de describir las justificaciones administrativas, también se ocupa de describir unas justificaciones filosóficas que básicamente pueden resumirse en que detrás de cada forma de organizar el Estado y repartir el poder, subyace una manera específica de observar el mundo, el modo específico de ver el mundo implícito en la descentralización es inductivista, es decir que se enfoca en las concretas vicisitudes de cada realidad concreta y

El mismo efecto visibilizador tuvieron los procesos migratorios hacia las metrópolis y centros de producción. El ver indígenas en la ciudad, o latinos o africanos en el caso de EEUU o Europa respectivamente,<sup>30</sup> pone obligatoriamente sobre la mesa la reflexión sobre las condiciones de pobreza de estas poblaciones y el modo de garantizarles unas condiciones de existencia dignas,<sup>31</sup> a la vez que genera espacios de discusión sobre una realidad que entraña diversidad cultural. Esto permite tomar conciencia de que no somos tan homogéneos como se pensaba y que los límites del Estado Nación no necesariamente corresponden a los límites demográficos de una población/nación homogénea cultural y racialmente hablando.

Estos antecedentes de auge y visibilización de los pueblos indígenas sirvieron para introducir el proceso que dio forma a un texto constitucional opuesto en diversos sentidos al anteriormente vigente, en tanto reconoció cierto grado de autonomía a sus entidades territoriales, se abstuvo de consagrar una religión nacional, a la vez que declaró al castellano como la lengua oficial de Colombia, junto con las lenguas indígenas en los territorios donde estas se hablen. De igual, manera reconoció a los ciudadanos un amplio catálogo de derechos, no solo fundamentales, y una acción expedita para protegerlos; radicó la soberanía en cabeza del pueblo y no en la Nación, se reconoció la plena igualdad de los ciudadanos sin importar raza, sexo etc., a la vez que introdujo otras reformas en la parte orgánica y funcional del Estado, como forma de hacer frente a la agitada situación del país.<sup>32</sup>

En lo que respecta a la situación de los pueblos indígenas, en el artículo séptimo se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, el artículo 171 le da a la comunidad indígena *derechos especiales de representación* (Kymlicka: 1996), a la vez que el artículo 246 enuncia que *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 las leyes de la República*. Y en los artículos 329 y 330 se posibilita el que territorios indígenas sean entidades territoriales especiales, con sujeción a lo dispuesto en una aún inexistente Ley de ordenamiento territorial<sup>33</sup>.

---

a partir de la unión de estas realidades concretas, construir una realidad coherente con todos los sectores de la comunidad política (Ibídem).

<sup>30</sup>Los procesos migratorios, producidos por la violencia o la pobreza especialmente, no necesariamente son exclusivamente fenómenos que se generan en el contexto colombiano o latinoamericano.

<sup>31</sup>Para ver uno de los principales trabajos sobre el acomodamiento de la diferencia cultural desde la perspectiva liberal, véase Kymlicka, 1996.

<sup>32</sup>Entre otros se crearon, por ejemplo, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Comisión Nacional de Televisión, se limitaron los poderes presidenciales al no poder nombrar alcaldes ni gobernadores o expedir códigos etc.

<sup>33</sup>Otras normas importantes son el Art. 68, 70, 72, 286 y 287 de la Constitución Nacional

## **5. Contexto de la Constituyente.**

Las propuestas hechas por los Constituyentes indígenas recogían reivindicaciones territoriales, sociales y económicas que fueron aprobadas en primera vuelta sin mayores contratiempos. Sin embargo, cuando llegaba el fin del periodo de discusión y redacción del nuevo texto constitucional, por cuenta del Gobierno estas propuestas fueron negadas en segunda vuelta, bajo el argumento de que aprobarlas significaría la desmembración del país (Vasco: 2002). Por esto se comenzó en las últimas horas una negociación desde cero directamente con el Gobierno, y en menos de dos días se plasmó lo que ahora podemos leer en el texto constitucional referente a los pueblos indígenas.

Las propuestas de los dos representantes indígenas estuvieron siempre encaminadas a expandir la democracia y al reconocimiento de derechos, a acabar con el centralismo característico de la Constitución de 1886 y generar un ambiente de tolerancia y reconciliación con la sociedad mayor (Bonilla: 2006: 125) Igualdad y reconciliación pueden conectarse, en tanto por medio del reconocimiento de la igualdad se termina, al menos en el plano legal, la distinción entre ciudadanías de primera y de segunda clase, y el imaginario del indígena como una persona que por "*su grado de atraso es alguien falto de pericia*" y ello puede generar una nueva conciencia de igualdad y de paz. La unidad puede entenderse como término que pone énfasis en que, aun en la diversidad, todos somos ciudadanos de un mismo Estado. De acuerdo a esto, los indígenas no quieren ni piensan en secesión. Y la diferencia es tomada como el reconocimiento de un Estado que es culturalmente diverso, diversidad que puede y debe ser protegida y promovida mediante el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas para gobernarse por sus propias normas e instituciones.

Esto quiere decir que las reivindicaciones indígenas esenciales están ligadas a ideas como autodeterminación y reconocimiento de su identidad, entendidas como derechos colectivos, o en términos de reordenamiento territorial, y a reclamar para sí unas instituciones y órdenes jurídicos que por ser diferentes deben ser externas al orden institucional del Estado nacional. En síntesis, las reivindicaciones giraron en torno a derechos colectivos, a propiedad territorial y a una jurisdicción especial indígena (Sánchez: 2001:29).

Esto a simple vista puede parecer algo sin importancia, dar derechos colectivos, tierras y un aparato jurisdiccional diferenciado a sujetos que viven en *otro* lugar no parece ser algo problemático. Sin embargo, hay que tener presente que el Estado moderno liberal

tiene unos valores opuestos a estas exigencias. Es así que el liberalismo exige el reconocimiento de, y solo de, unos derechos individuales universales que garanticen igualdad entre los asociados. En el mismo sentido la soberanía sobre el territorio nacional es otro de los elementos del discurso liberal; entonces una reivindicación de autonomía territorial puede generar, cuanto menos, recelo en el seno estatal. Por último, el discurso liberal se ha edificado sobre la idea de la existencia de *una* educación, *unas* fuerzas militares y *un* derecho para asegurar la idea de *una* identidad nacional y *unos* valores universales, todo lo cual riñe de manera palmaria con la exigencia de un derecho y unas instituciones autónomas a las estatales.

Entonces puede verse que el multiculturalismo<sup>34</sup> no es solamente un discurso que reivindica la diversidad cultural, puesto que exige que se modifiquen nociones y conceptos centrales en el derecho y en la filosofía política y por eso es difícil lograr su reconocimiento serio o comprometido. Por ejemplo, *sujeto, igualdad e interés general* son conceptos que necesariamente son redefinidos: el sujeto ahora no solamente puede ser individual, sino que sería razonable que en ciertos casos se pudiera considerar la existencia de un sujeto colectivo. Por otro lado, la igualdad a la que se aspira no es una igualdad formal ante la ley sino igualdad material: tratar igual lo que es igual y diferente lo que es diferente, de modo que el interés del grupo minoritario es ahora reconocido y no visto como el opuesto del interés general. El reconocimiento de la diversidad cultural implica cambiar el modo en que se construye y se piensa al Estado y sus instituciones, a la vez que involucra un replanteamiento de las nociones teóricas usadas para describir y valorar el modo en que el Estado usa y organiza sus instituciones y su poder; una diversidad cultural tomada en serio hace cambiar o redefinir nociones construidas desde las entrañas del liberalismo.

Es claro que muchas de las reivindicaciones de los representantes indígenas fueron tenidas en cuenta a la hora de redactar la Constitución: se reconoce autonomía política, administrativa y judicial a los pueblos indígenas, a la vez que se los reconoce como ciudadanos que tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro colombiano, y se les asegura representación en el Congreso.

No es entonces desacertado afirmar que *“La historia de las regulaciones interétnicas puede dividirse en dos grandes bloques: antes y después de la Constitución de 1991. En el primero los indígenas eran prácticamente invisibles, la legislación que se ocupaba de ellos era marginal y se interesaba en aspectos puntuales de la relación*

---

<sup>34</sup> Como término que describe una situación de diversidad cultural, o como una proposición de determinadas políticas públicas que trate de manera específica esta situación de diferencia.

*entre sociedad mayor, Estado y las comunidades indígenas (...) en contraste con la expedición de 1991 los indígenas adquirieron un protagonismo inusitado. La consagración del carácter poli étnico y multicultural de la nación colombiana constituyó el punto de ruptura en las relaciones interétnicas, pues por primera vez en la historia una Constitución reconoció a los indígenas como parte de Colombia, al tiempo que se les otorgaba una serie de derechos con el fin de garantizar su existencia como sujetos colectivos culturalmente distintos al resto de la humanidad'* (Sánchez: 2001: 10 y 11), los indígenas no son más incapaces o salvajes que haya que intervenir para civilizar, ni tampoco son individuos a los que hay que extraerles sus riquezas; en la actualidad son sujetos a los que se los reconoce con las mismas prerrogativas que tienen cualquier otro ciudadano<sup>35</sup> y, por eso, es importante la Constitución de 1991 para el reconocimiento del indígena y de la diversidad cultural en el Estado colombiano.

Sin embargo, estos reconocimientos entran en una fuerte tensión frente a las nociones propias del Estado moderno, antes expuestas; tensiones que se reproducen desde las propuestas presentadas por los constituyentes indígenas, pasando por lo finalmente redactado en el texto constitucional y llegando hasta la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Se puede decir que existe una tensión inevitable entre unidad e igualdad, autonomía y diferencia o diversidad, porque todos estos novedosos reconocimientos y autonomías otorgadas a los pueblos indígenas se deben ejercer dentro de la Constitución y la Ley, normas, que por cierto, se basan en ideas liberales de unicidad política, territorial y jurídica,<sup>36</sup> en la idea de sujetos iguales, libres y racionales que deben ser considerados como fines en sí mismos y no como medios, y cuyo valor intrínseco radica en el hecho de ser un ser humano; pero no necesariamente todos los grupos indígenas tienen comunidades que comparten estos valores o los entiendan de la misma manera. Estas son las complejidades que encierran los reconocimientos de la diversidad cultural y que deben ser resueltas en el presente momento de la diversidad.

Habiendo enunciado el significativo cambio que introdujo la Constitución de 1991 respecto a la historia indígena y el origen de las tensiones presentes en el reconocimiento de Colombia como país multicultural, se puede ahora analizar el momento actual de la diversidad y el modo en que las tensiones descritas se han

---

<sup>35</sup> Cabe recordar el texto del primer inciso del artículo 13 constitucional que dice "*Todas las personas nacen libres ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*"

<sup>36</sup> A Al respecto puede verse Bonilla (2006).

resuelto para hacer reflexiones que permitan abrir un debate en torno al reconocimiento de la diversidad. Dado que la ley que debe desarrollar la coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, ordenada por el artículo 246 constitucional no ha sido promulgada por el poder legislativo, la Corte Constitucional se ha visto en la obligación de ir *armando en el camino* esta coordinación a medida en que se van resolviendo los casos (Sánchez: 2001 57-59 y 74-75) Por lo tanto, para analizar y reflexionar sobre el funcionamiento concreto de la *coordinación jurisdiccional* vigente en Colombia es obligatorio analizar y describir las sentencias que sobre el particular haya emitido la Corte Constitucional colombiana.

En lo que sigue de este documento se hará un relato de las sentencias de esta Corporación que se han encargado de dirimir directamente la tensión surgida entre los derechos fundamentales de los miembros como ciudadanos colombianos frente al derecho a la autonomía jurisdiccional que gozan las comunidades indígenas y que se deriva del mencionado artículo 246. Se narrarán los hechos esenciales y se explicitarán las sub-reglas que ha enunciado la Corte Constitucional a lo largo de su existencia, y cómo estas han sido re-interpretadas en el mismo seno de este tribunal constitucional en sentencias posteriores.

## **6. Tensiones en las sentencias de Corte Constitucional**

En esta parte del documento haré una breve descripción del modo en que la Corte Constitucional se ha aproximado al escenario constitucional compuesto, por un lado, por la comunidad indígena, que alega tener la facultad constitucional de sancionar y juzgar conforme a sus usos y costumbres, y, por el otro, uno de sus integrantes, para quien ésta, con su propio modo de juzgar o sancionar, le ha lesionado algún derecho fundamental. Lo que pretendo es examinar, en lo que al escenario constitucional respecta, el modo en que la Corte ha acomodado la diferencia cultural en el presente escenario.

Por cada sentencia analizada se hará una breve descripción de los hechos que dieron origen al problema jurídico planteado, se enunciará la *ratio decidendi*<sup>37</sup> y, a partir de esta descripción, se plantearán algunas reflexiones sobre el modo en que se está acomodando la diferencia desde la Corte Constitucional y, finalmente, se harán

---

<sup>37</sup> La enunciación de la *ratio* se hará sólo en las sentencias que resuelven el problema de investigación, respecto a las sentencias que resuelven interrogantes de competencia y participación en el Sistema General de Participación solamente se hará una enunciación de las sub-reglas que éstas contienen y la descripción del *estado del arte* que se hace en ellas.

algunas críticas que tienen por objeto abrir una discusión o posibilidad de pensar otras formas de acomodar esta diferencia.

Se incluyeron sentencias de un momento temprano, intermedio y de uno actual del trabajo de la Corte Constitucional, con el fin de evidenciar el modo en que se ha acomodado la diferencia y se han resuelto las tensiones propias de este escenario constitucional, para examinar si ha habido variaciones respecto al particular. Es pertinente hacer dos aclaraciones en relación con el análisis que seguidamente se realizará: la primera es que se que en el análisis se enuncia la *ratio decidendi* de la sentencia al igual que se incluyen enunciados prescriptivos que, a pesar de no estar esencialmente unidos a la decisión alcanzada, sí dan cuenta de la posición que asume la Corte, y del modo en que ésta piensa la diferencia cultural. Por lo tanto, esto no significa que no se tenga conciencia de la división que la teoría del análisis del precedente, enunciada principalmente por Diego López (2006), hace entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. La segunda aclaración se relaciona con la anterior y se refiere al hecho de que dos de las sentencias incluidas, que pertenecen al momento reciente de la existencia de la Corte Constitucional, son sentencias que tienen por objeto responder problemas jurídicos centrados en conflictos positivos de competencia<sup>38</sup> o en temas de participación en el Sistema General de Participaciones,<sup>39</sup> las cuales fueron incluidas en el presente documento por su inmediatez y porque el *obiter* que contienen presenta un apreciable *estado del arte* en cuanto a la posición asumida por esa Corporación respecto al escenario de investigación presentado. Además, la Corte en estas sentencias es, como ya se mostrará, bastante reiterativa en explicitar las reglas jurisprudenciales en cuestiones de jurisdicción indígena, para facilitarles el trabajo a los jueces constitucionales de instancia a la hora de decidir casos como los de este escenario constitucional. Estas providencias son las sentencias T-514 de 2009 y la T-617 de 2010.

La primera sentencia con la que la Corte se enfrentó a este problema fue la T-254 de 1994. Esta sentencia se originó cuando Ananías Narváez interpuso acción de tutela en contra de la directiva del cabildo de la Comunidad Indígena del Tambo, porque esta lo expulsó como sanción a diversos hurtos cometidos por él en contra del

---

<sup>38</sup> Este concepto hace referencia a la circunstancia en que dos jueces afirman tener la competencia exclusiva para conocer y decidir un asunto. En el caso concreto, y siguiendo las reglas del artículo 256 –Núm. 6- y el artículo de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de Administración de Justicia), le corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolver los conflictos positivos de competencia que surjan entre un juez ordinario y la autoridad tradicional de la comunidad indígena.

<sup>39</sup> A partir de la descentralización planteada en el artículo primero constitucional y específicamente los artículos 356 y 357 del mismo texto fundamental, las comunidades indígenas tienen derecho a un porcentaje de los recursos que percibe la Nación. La asignación y repartición entre las diferentes entidades territoriales, incluidas las indígenas, se hace con base en la Ley 715 de 2001 y el Acto Legislativo 01 de 2001

patrimonio del cabildo. Adicionalmente, en la decisión también se impuso la expulsión de la familia del accionante, junto con la privación de todos los bienes que al momento eran propiedad de estos. El Cabildo negó la propuesta hecha por el actor de irse si el Cabildo le adjudicaba sus tierras a alguno de sus hijos. Las violaciones alegadas a sus derechos fundamentales fueron: a) que el hecho no se investigó de manera apropiada y b) que con la sanción del Cabildo se le impone a él y su familia una situación de extrema precariedad económica, además del hecho de que la sanción colectiva está prohibida. Con esto el cabildo le estaría vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, al trabajo, a la honra y buen nombre, a la vida y estaba desconociendo la prohibición constitucional de imponer la pena del destierro, la prisión perpetua y la confiscación. Este escenario constitucional planteó el problema jurídico consistente en determinar cuáles son límites a la jurisdicción indígena y si estos límites estaban siendo rebosados sobre la persona del accionante y su familia en el caso concreto.

La Corte luego de decir que *“a mayor conservación de las costumbres originales mayor es el grado de autonomía que se le debe dar a ese grupo indígena”*<sup>40</sup>, enuncia que los derechos fundamentales de los integrantes de la comunidad y las leyes de orden público<sup>41</sup> son límites que la autoridad tradicional no se puede saltar.<sup>42</sup> Asimismo enunció que toda sanción que prive al sancionado de sus tierras o propiedades, sin una retribución por esa privación, equivale a la pena constitucionalmente proscrita de la confiscación; por lo tanto, la comunidad se extralimitó al privar al sancionado de sus posesiones. También se propasó cuando aplicó una sanción a la familia del actor en tanto que las penas constitucionalmente válidas son aquellas que sólo recaen sobre el sujeto infractor.<sup>43</sup> Respecto al debido proceso dijo que las comunidades indígenas no lo lesionan cuando aplican un proceso imparcial, legal, público, presidido por un juez competente que aplica las normas preexistentes, la presunción de inocencia y el

---

<sup>40</sup> En esta sentencia la Corte dijo *“La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable 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, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”*

<sup>41</sup> Estas normas son las expedidas por el Congreso o el Ejecutivo y que su cumplimiento es obligatorio, ningún ciudadano puede optar entre cumplirlas o no. Su incumplimiento genera una sanción.

<sup>42</sup> Dijo la Corte *“el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente(...). La jurisdicción especial y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas deben ejercerse según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores”*

<sup>43</sup> Dijo la Corte: *“la pena trascendió a la persona del infractor y terminó por cobijar a los miembros de su familia, evidenciándose como desproporcionada y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos”*

principio de proporcionalidad, ya que estos factores son el *núcleo esencial* del debido proceso.<sup>44</sup>

La Corte termina diciendo que la comunidad se extralimitó en dos de las sanciones impuestas, mientras que una estuvo constitucionalmente ajustada, en razón a que los derechos fundamentales individuales y las leyes de orden público son límites infranqueables al *ius puniendi* de las comunidades indígenas. En el caso sub examine la comunidad se extralimitó porque castigó a personas que no cometieron el delito, lo cual significa violar el principio legal del derecho penal de acto y la individualidad de la pena; por otro lado, al privar de las posesiones que el sancionado tenía en el resguardo se le aplicó la pena proscrita de la confiscación.<sup>45</sup> En lo único en que no se equivocó el juez tradicional fue en la expulsión del actor del Resguardo, en tanto el destierro sólo se configura cuando se expulsa a un ciudadano colombiano de las fronteras nacionales reconocidas en los tratados internacionales.

De esta sentencia se puede concluir que la Corte Constitucional limita la jurisdicción indígena desde varios frentes ya que le impone: a) el deber de respetar todos los derechos fundamentales, especialmente la vida, la integridad, la libertad (entendida como ausencia de esclavitud), b) una manera determinada de proceso: el que es imparcial, público, con presunción de inocencia, etc., c) la noción de individuo como ser ontológicamente independiente a la sociedad a la que pertenece, y d) la ubica bajo el ámbito de acción de los tratados internacionales.

No es extraño que Daniel Bonilla clasifique esta sentencia como representante del *liberalismo puro*, con base en dos razones: primero, porque de una u otra manera termina por imponer y defender la idea liberal del sujeto como ser libre, racional e igual (Bonilla:2006:162), y segundo, porque el liberalismo también afirma que los sujetos tienen un espacio inexpugnable por la comunidad y la organización estatal<sup>46</sup> creando de este modo el espacio público y el privado; donde en el primero gobierna la justicia y en el segundo lo moral.<sup>47</sup> La Corte en esta sentencia se compromete

---

<sup>44</sup> "Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso"

<sup>45</sup> El primer inciso del Art. 34 de la Constitución contiene esta prohibición al enunciar "Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación."

<sup>46</sup> En este sentido la Corte Constitucional recurre a dos razonamientos principalmente: por un lado impone la idea de derechos fundamentales como ese espacio inviolable por el poder de la comunidad y, por el otro, sitúa al sujeto en situación de indefensión frente a su comunidad, de manera que puede pedir respeto de esos Derechos Fundamentales vía tutela

<sup>47</sup> Para una reflexión más profunda al respecto, véase Dworkin (1996) o Bonilla (2006)

tajantemente con la tesis de que los derechos fundamentales son las herramientas con que cuenta el individuo para hacer frente a las injerencias de la comunidad.

La segunda sentencia que marcó un precedente en la jurisprudencia sobre el tema fue la T-349 de 1996. En esta sentencia se encuentran los siguientes hechos relevantes: el actor es juzgado por homicidio por el Cabildo Mayor Único de Risaralda, que lo condenó a 8 años de prisión; posteriormente dicha pena es aumentada a 20 años por la Asamblea General de la Comunidad. Ambos juzgamientos se llevaron a cabo sin la presencia del actor pero, como lo dicen las reglas de la comunidad, con la presencia de su familia, por lo tanto éste alega que con su ausencia se le vulneró su derecho al Debido Proceso.

De manera similar a la sentencia anteriormente descrita, los problemas jurídicos de este pronunciamiento giraron alrededor de la determinación de los límites a las facultades jurisdiccionales de las autoridades autóctonas y su posible rebasamiento por parte de la autoridad que decidió el caso concreto.

La Corte respondió que la autoridad indígena había rebasado los límites que se le imponían constitucionalmente, en tanto se había castigado al sujeto con una sanción que no era la que generalmente se usaba para castigar ese tipo de faltas, ya que, usualmente, según se pudo determinar, esta falta se sancionaba con tres años de prisión, y un castigo físico con cepo. Para llegar a esta conclusión la Corte enunció que los límites que debían obedecer las autoridades indígenas debían ser mínimos, en virtud de que sólo con la maximización de su autonomía se podía asegurar su supervivencia material como grupo culturalmente diverso.<sup>48</sup> Estos límites *mínimos* son los que protegen principios constitucionales de *mayor peso* y que defienden derechos que son acordados de manera *intercultural* y que por ende se relacionan con *los bienes más preciados del hombre*. Concretamente ésta Corporación sostiene que cuando se resuelven problemas de carácter interno estos límites son la prohibición de la esclavitud, tortura y de la pena de muerte, en tanto son estos los bienes sobre los cuales se ha logrado un *consenso intercultural*.<sup>49</sup> Adicionalmente, para determinar si una decisión aborigen es constitucional, es menester determinar si esta se alcanzó

---

<sup>48</sup> Frente a esta regla que es conocida como la maximización de la autonomía la Corte dijo: “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” a menos que “se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna), y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”

<sup>49</sup> El máximo tribunal constitucional colombiano se expresó de la siguiente manera: “este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura (porque), únicamente (del), respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural” (subrayado fuera del original).

respetando el debido proceso interpretado en clave cultural.<sup>50</sup> Suplementariamente la Corte Constitucional enunció que las penas impuestas por la autoridad tradicional deben ser proporcionales y *útiles*.<sup>51</sup> Es evidente que esta sentencia representó un significativo giro jurisprudencial en lo que respecta a los límites de la facultad sancionatoria aborígen, en tanto excluye del juicio todos los derechos fundamentales, para dejar los ya enunciados.

La tercera sentencia importante para esta investigación fue la Sentencia de Unificación 510 del año 1998. Esta litis constitucional se originó porque la comunidad indígena Arahuaca impuso sanciones y restricciones a los miembros de su comunidad que pertenecían o se convertían al pentecostalismo, argumentando que esta religión erosionaba la supervivencia del grupo arahuaco, en la medida en que introducían conductas y modos de pensar que se alejaban radicalmente de las prácticas y dogmas vernáculos. Esto configuró los siguientes problemas jurídicos específicos, tal como lo relata Daniel Bonilla (2006:182): verificar la existencia de la facultad aborígen para limitar los derechos individuales de sus comuneros, especialmente la libertad religiosa; si la anterior pregunta se respondió positivamente se debe determinar si las medidas tomadas en el caso concreto se acomodaron a lo constitucionalmente prescrito; y reflexionar si las comunidades nativas tienen la posibilidad de impedir el ingreso a personas de la comunidad *blanca*.

Esta sentencia se ubicó en el punto medio de sus predecesoras en tanto no defendió una postura tan radicalmente liberal como la primera sentencia, pero le agregó unos límites adicionales a la potestad indígena para sancionar.

Según lo enunciado en esta providencia, las autoridades de la comunidad indígena cuentan con la facultad para limitar los derechos individuales de sus integrantes solamente cuando es el único mecanismo para evitar la desintegración o desvanecimiento de la colectividad como grupo culturalmente diverso. Sin embargo, pese a que cuentan con esta competencia excepcional, algunas de las medidas tomadas en el caso concreto sobrevenían inconstitucionales en tanto se estaba sancionando el fuero interno del indígena: se lo estaba castigando por lo que creía y

---

<sup>50</sup> El debido proceso en clave cultural se refiere a la obligación concreta de sancionar un hecho nocivo con las sanciones que tradicionalmente ha aplicado esta comunidad a este hecho nocivo. Esto para asegurar una previsibilidad en las actuaciones sancionatorias vernáculos que se derivan del artículo 29 constitucional que establece el principio de legalidad conocido como *nulla penna, nulla crimean sine legem*: no hay delito sin crimen cometido y contenido en normas preexistentes.

<sup>51</sup> Respecto a la pena del cepo la Corte enunció que esta era constitucional porque “no se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad (...) se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado”. Corchetes fuera del original.

no por lo que en efecto hacía. Finalmente se le reconoció a las comunidades naturales la facultad de impedir o prohibir el ingreso de extraños a su comunidad, en tanto la comunidad estaba en su legítimo derecho de decidir la intensidad o grado de las relaciones con la cultura blanca, siendo incorrecto que un juez constitucional les imponga una relación con la sociedad mayoritaria.

Esta sentencia, como se dijo, se ubica en la mitad de las dos anteriores porque ratifica la regla sentada en la sentencia del 94 en lo referente al respeto a todos los derechos fundamentales de los sujetos individuales; pero incluye una excepción a este deber como mecanismo de defensa y supervivencia de la comunidad, como sujeto colectivo y portador de unos derechos igualmente fundamentales. La exigencia de castigar lo que se hace y no lo que se piensa o lo que se cree se puede derivar del ideal liberal de la separación entre lo público y lo privado. Por otro lado, la Corte ratifica reglas de la sentencia del 96, como la lectura del debido proceso en clave cultural. Es importante establecer que la Corte, en esta sentencia, hace explícita la necesidad de que sea en cada caso concreto donde se ponderen los derechos enfrentados y se llegue a una solución particular. El modo en que se decidió este litigio será perfeccionado y aclarado, como se verá, en sentencias posteriores.

Habiendo hecho una descripción de las tres sentencias que marcaron precedente frente al problema de estudio se pasará a la descripción de sentencias posteriores que retoman las reglas enunciadas en estas tres sentencias y se hará un análisis del *estado del arte* respecto a la resolución del problema jurídico investigado.

En la sentencia T-1127 de 2001 la señora Edilma Pardo, quien es miembro de una comunidad indígena, interpone acción de tutela en nombre de su hijo menor Albeiro Castro Pardo contra el Cabildo Indígena de Belalcázar (Centro-Cauca), bajo el argumento de que al infante se le viola a su hijo el Debido Proceso, al impedirle toda comunicación con su madre y el resto de la comunidad, en razón a la investigación que le sigue el cabildo por el supuesto robo de unas gallinas. La actora aduce que desconoce su situación, paradero y estado del proceso, todo lo cual configura la violación de dicho derecho fundamental. Por medio de la acción pretende que el juez constitucional le ordene al gobernador del Cabildo, la mantenga informada sobre la situación y estado del proceso y de su hijo y la deje tener contacto con él.

El problema jurídico suscitado es: ¿La acción de tutela instaurada por la actora en representación de su hijo amerita una decisión protectora del derecho al Debido

Proceso, en términos de obtener información permanente sobre el lugar donde se encuentra el menor y el estado del proceso que se le sigue?

La Corte Constitucional resuelve el problema jurídico diciendo que la actora debe tener contacto con su hijo, sobre todo si se tiene en cuenta que las autoridades del cabildo no están renuentes a ello, también afirma que no tutelarle el derecho a la actora le generaría sentimientos de inconformidad respecto a sus mismas autoridades, lo que afectaría la supervivencia del grupo étnico.<sup>52</sup> El argumento que la Corporación usa para fundar su decisión se basa en el hecho de que la facultad que tienen los padres de saber sobre el estado de la investigación adelantada contra su hijo hace parte del Debido Proceso, mas aun si se tiene en mente la esencialidad de la familia como núcleo de la sociedad.

En esta sentencia no se está imponiendo un nuevo límite sobre la jurisdicción indígena, como podría parecer a simple vista, lo que sucede es que aunque la Corte no lo diga expresamente, se le está dando uso a la ponderación enunciada en la sentencia del 96, al tiempo en que se está usando la regla enunciada en el año 98. La Corte resolvió el problema usando el juicio de la ponderación de la sentencia T-349 del 96 y en éste consideró que tiene más peso la familia como núcleo central de la sociedad que la autonomía jurisdiccional de las autoridades nativas. Además también se utiliza la regla de la Sentencia de Unificación del 98, en tanto la Corte resuelve el problema teniendo en mente la facultad excepcional de que goza la comunidad para limitar derechos individuales de sus integrantes. En este caso sin embargo, no se presenta la cláusula habilitante, esta es: que el grupo aborigen esté en peligro de exterminio si no hace uso de esta limitación del derecho fundamental individual.

En el año 2002 la Corte Constitucional se volvió a enfrentar al problema relativo a los límites o potestades sancionatorias de la comunidad indígena en la sentencia 048 de ese año. Los hechos a los que la Corte se enfrenta son: el señor Vicente Ortiz Trilleras debe irse a vivir a la ciudad de Bogotá por razones de salud y protección, ya que estaba siendo objeto de amenazas. En su ausencia el Cabildo Indígena Los Ángeles-Las Vegas del municipio de Natagaima expidió un reglamento en que se imponía la sanción de expulsión del resguardo a todo aquel que faltase a las reuniones de la comunidad. Luego

---

<sup>52</sup> La Corte dice respecto a la sanción que *"debe desarrollarse a través de una solución que salvaguarde tanto los fines correctivos y de armonización social del pueblo Paéz, como los valores afectivos que nutren el núcleo familiar, toda vez que ello contribuye categóricamente al mantenimiento de la unidad y cohesión de dicha cultura"*. Lo curioso es que en todos los sistemas penales, incluyendo el occidental, todos los sancionados quedan inconformes con la sanción impuesta y con resentimientos contra la autoridad que la impone, resulta iluso pensar que alguien quede contento, aun siendo culpable, por haber sido condenado a determinado tiempo en prisión, o que piense que dicho juez actuó con justicia.

de haber sido advertido y amonestado por ello, se le inicia un juzgamiento al actor por las ausencias que ya se mencionaron, se hacen esfuerzos inanes para notificarlo y se toma una decisión sin una mayoría clara y sin investigar los hechos, finalmente se le expulsa de la comunidad y, por ende, se le niega el derecho a una porción de tierra en el cabildo por no ser, por más tiempo, miembro de ésta.

En el tratamiento de los anteriores hechos nace el siguiente problema jurídico: ¿Se le violaron al actor sus derechos a Debido Proceso y al no-destierro, en tanto que el Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas del municipio de Natagaima lo juzgó sin que estuviese presente?

La Corte Constitucional termina por decidir que se le violó al actor su derecho al Debido Proceso, porque se lo condenó: “i) *Sin seguir el procedimiento que para el efecto prevé su propio reglamento interno (requerimiento, amonestación y decisión unánime de la asamblea)* ii) *sin investigar las nueve acusaciones que le fueron formuladas, por faltas que habría cometido en ejercicio de su cargo de gobernador del cabildo, y* iii) *sin haberle dado la oportunidad de explicar su conducta*”. En el desarrollo de la resolución del problema jurídico la Corte reitera las reglas de las sentencias T-254/94 y de la SU-510/98 como pasa a evidenciarse: de la primera providencia enuncia que entre más conservadas estén las tradiciones de la comunidad específica, mayor debe ser su autonomía y, por ende, menor la intervención del juez constitucional<sup>53</sup>; mientras que de la segunda extrae que la protección de los derechos fundamentales legitima una intervención moderada y sopesada del juez constitucional en asuntos propios de la comunidad; esta actitud precavida del juez se yergue para proteger la autonomía de la comunidad, y al mismo tiempo, la protección de los derechos fundamentales de sus integrantes.<sup>54</sup> En el mismo sentido la Corte se vuelve a servir de la SU-510/98 para afirmar que los derechos fundamentales a la vida, la prohibición de la tortura, de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo son más importantes que los derechos a la

---

<sup>53</sup> “A mayor grado de conservación cultural mayor es el vínculo de los individuos con las decisiones colectivas, y mayor es la autonomía que requieren sus autoridades para tomar decisiones, las que, a su vez, no pueden quebrantar los derechos individuales fundamentales, en cuanto éstos conforman (...) el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”

<sup>54</sup> “El juez constitucional y los jueces ordinarios, (...) con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia”

diversidad cultural y étnica, por lo tanto, aquellos derechos deben ser privilegiados sobre los segundos.<sup>55</sup>

Nuevamente se observa que en lugar de añadir más elementos o límites sobre la autonomía de la jurisdicción especial indígena, la Corte hace uso de los precedentes de sentencias anteriores para resolver el problema jurídico sub-examine. Por un lado reitera la regla de *a mayor conservación, mayor autonomía*, al tiempo en que está echando mano de la regla que impone el respeto a esos *bienes más preciados del hombre* para concluir que, en tanto fueron vulnerados, la decisión no es ajustada a la Constitución. Sin embargo, lo adicional en esta sentencia es la exigencia de la presunción de inocencia y el derecho de defensa o contradicción, como integrantes del debido proceso en clave cultural en tanto este elemento no estaba presente sino en la sentencia del 94.

La última sentencia analizada que hace clara referencia al problema de investigación es la T-811 de 2004. Esta sentencia tiene los siguientes hechos: Ramón Libardo Pillimué interpuso acción de tutela contra la Asamblea General de Cabildo y el Cabildo Indígena de Quizgó porque, según él, le violaron el Derecho al Debido Proceso al imponerle una sanción de 4 años de prisión y 3 de trabajo comunitario por la muerte de Gilberto Pechene, pese a que: 1) él no fue quien materialmente dio muerte a Pechené sino que todo ocurrió como producto de un altercado iniciado por el actor con el señor Ramón Villano, conducta que no está tipificada como delito en las leyes blancas ni se sanciona en las vernáculos; 2) anteriormente ya había una sentencia proferida por el Cabildo del Resguardo Indígena de Quizgó, por lo que considera se le juzgó dos veces por el mismo hecho 3) no se le dio la oportunidad de defenderse, y 4) la acción que efectivamente realizó, la de iniciar una riña, no es un delito ni en el Código Penal Colombiano ni en los usos y costumbres de su pueblo indígena.

El problema jurídico que se debe resolver sería: ¿es legítima la sanción impuesta al actor en la medida en que la acción efectivamente cometida por él no es delito para su comunidad ni para el Código Penal Colombiano?

---

<sup>55</sup> La Corte dijo sobre este punto: "(...) los derechos fundamentales materializan principios constitucionales que prevalecen sobre el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (...) los integrantes de los grupos indígenas, individualmente considerados, gozan de todos los derechos que se reconocen a los asociados, los que deben ser respetados por las autoridades indígenas, por la comunidad étnica a la que pertenecen y por la sociedad en general, porque el artículo 13 constitucional proscribiera toda forma de discriminación por razones de raza, origen, lengua o religión (...) un límite claro del fuerte vínculo que liga a las comunidades indígenas con sus integrantes, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo".

La constitucionalidad de la sanción se termina resolviendo al decir que esta contraviene a la Constitución, en razón a que el actor fue condenado por la muerte del señor Pechené pese a que no fue él quien materialmente le dio muerte. La Corte llega a esta conclusión luego de afirmar que *“De la información que obra en el expediente es indudable que a Ramón Libardo Pillimú se le impuso una pena por un acto que no cometió (...) no fue el accionante el causante de la muerte que se le imputa; dicho resultado no hizo parte de la exteriorización de su conducta, de lo efectivamente realizado por él”*. Lo que puede evidenciarse es que el *derecho penal indígena*, si es que algo así existe en el imaginario de la comunidad, debe ser un derecho penal de acto.

En este sentido puede afirmarse que pese a que se sigue usando el mismo modo de decisión, la ponderación, cada sentencia se aleja más de ese *centro* que fue la SU-510 del 98: en cada ocasión la diversidad cultural tiene menos peso frente los derechos de corte liberal y cada vez el debido proceso cultural se vuelve menos cultural.

Hasta acá se hizo explícito un precedente que retomaba gradualmente las reglas de la sentencia más liberal de todas, la T-254/94, en la medida en que, como se mostró, se le adicionaban elementos a este *debido proceso en clave cultural*, sin que ello signifique nuevos límites explícitos. Es decir, se usaban las reglas jurisprudenciales pero cada vez la diversidad tenía menos peso en el juicio de ponderación. Sin embargo, del 2004 al 2011 han pasado siete años, en los que han pasado muchas cosas, jurisprudencialmente hablando.

## **7. Sobre los límites de sancionatorios de la jurisdicción especial indígena.**

Para este punto solo se tomaron dos sentencias recientes: la T-514 de 2009 y la T-617 de 2010, que hacen un recuento jurisprudencial completo sobre las interpretaciones de las reglas analizadas anteriormente y además. Ninguna de las sentencias tiene supuestos de hecho que hagan referencia a los límites de las autoridades tradicionales a la hora de sancionar. La sentencia de tutela 514 de 2009 se ocupa de resolver si una comunidad indígena le vulnera a uno de sus integrantes el derecho a participar de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones, mientras que la sentencia de tutela 617 de 2010 resuelve el interrogante de si la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura viola el derecho a la autonomía de una comunidad indígena cuando en un conflicto positivo

de competencias, entre la jurisdicción penal y la indígena, le aboca el conocimiento del caso a la Ordinaria. Como en ambas sentencias se hace una escritura casi idéntica, se redactaron por el mismo magistrado ponente, se describirán sus enunciados de manera conjunta.

Para resolver ambos problemas jurídicos estas sentencias hacen un recuento jurisprudencial del tema indígena, y sobre el particular hacen apreciaciones relevantes, como pasará a mostrarse.

Luego de enunciar con claridad la existencia de tensiones entre los derechos de a la diversidad étnica,<sup>56</sup> en estas sentencias se define la autonomía “*como el derecho de las comunidades a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines*”, para finalmente condicionar su ejercicio al respeto de la unidad nacional y plantear la ponderación<sup>57</sup> como método de solución de conflictos entre la autonomía indígena y la unidad nacional.<sup>58</sup>

Finalmente la Corte entra a hacer el recuento de las reglas jurisprudenciales para facilitarles el trabajo a los jueces de instancia a la hora de resolver casos similares.<sup>59</sup> Para esto la Corte comienza reiterando la regla de *maximización de la autonomía aborígen y la minimización de las restricciones* para aquellos eventos en que se violentaran esos bienes sobre los cuales *existe un acuerdo intercultural*, los cuales

---

<sup>56</sup> Dice la Corte: “*Los principios-derechos de diversidad cultural e integridad étnica, cuyas principales manifestaciones constitucionales se encuentran en la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación (art. 8º, C.P.); el reconocimiento del carácter de lengua oficial a los dialectos indígenas al interior de los territorios de las comunidades indígenas (artículo 10º, C.P.); el derecho a recibir una formación que respete la integridad e identidad cultural (art. 68, C.P.); y la obligación de proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación (art. 72 C.P.), pueden entrar en conflicto con algunas de las llamadas libertades clásicas (libertad de cultos, conciencia, expresión). El reto para el intérprete y para el juez constitucional en estos casos consiste en proteger los derechos individuales garantizando la supervivencia cultural del grupo*” (subrayado fuera del original).

<sup>57</sup> La ponderación hace referencia a un modo de decisión que elige entre dos principios que están en conflicto asignándole a cada uno de ellos un peso concreto en virtud de las características fácticas del caso, esto quiere decir que el valor derrotado en un caso no significa que sea de menor importancia frente al que resultó victorioso. Esto sólo significa que en ese caso concreto tiene mayor relevancia constitucional el principio ganador, siendo posible que en otros casos el principio derrotado logre preeminencia frente al principio ganador. Este modo de decisión distinto a la subsunción en tanto éste resuelve un conflicto entre dos reglas. En la subsunción la regla ganadora se considera ganadora de manera permanente y no sólo respecto a ese caso.

<sup>58</sup> Al respecto dice esta Corporación: “*Los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas deben armonizarse con el principio de unidad nacional, ya que los pueblos indígenas no son-y no se consideran-naciones independientes. Sus miembros ostentan la nacionalidad colombiana, pero como comunidad dotada de una singularidad cultural reclaman amplios espacios para la determinación de sus prioridades y el desarrollo de su proyecto de vida. La solución de estos conflictos requiere, entonces, una adecuada delimitación entre los espacios de decisión del nivel nacional y los propios de los pueblos originarios, así como el establecimiento de mecanismos de coordinación y concurrencia entre ellos*”

<sup>59</sup> En este sentido la Corte afirmó: “*Estos ejercicios de ponderación pueden ser de gran complejidad, pero el amplio desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia permite, mediante la técnica de la reiteración, establecer soluciones adecuadas siempre que las subreglas jurisprudenciales se apliquen teniendo en cuenta cada contexto cultural específico*”

son los enunciados en la sentencia del 96. La novedad se encuentra en la reinterpretación que se hace de la regla de “*a mayor conservación de las costumbres, mayor grado de autonomía*” ya que, según esta nueva sentencia, esta regla no es una descripción normativa sino una herramienta descriptiva, es decir: esta regla no está destinada a otorgar mayor o menor autonomía dependiendo del grado de *pureza* del grupo nativo, sino que se refiere al grado en que el juez constitucional necesita de una *traducción* y del grado de cautela con que éste debe intervenir en asuntos internos de la comunidad. En otras palabras, a mayor grado de conservación de tradiciones, mayor es la necesidad de que el juez constitucional avoque la realización de dictámenes especializados para poder comprender la realidad indígena y mayor el grado de cautela con que éste juez debe aproximarse a la situación de esta comunidad.<sup>60</sup> Es bastante notable el giro que en el 2010 se le hace a una regla tan conservadora de 1994; como se vio, el sentido original de esta regla era totalmente distinto, ya que establecía una relación directa, casi matemática, entre el grado de preservación de los usos y tradiciones ancestrales y el subsecuente grado de autonomía que se reconocía.

Otro notorio giro jurisprudencial fue el que se hizo respecto al principio de la legalidad como elemento esencial del debido proceso; refiriéndose a este punto esta Institución dijo: “*Sobre el principio de legalidad (...) se refiere a la existencia de instituciones que permitan conocer a los miembros de las comunidades el carácter socialmente nocivo de algunas actuaciones, o de soluciones a determinados conflictos; por otra, se relaciona con la preexistencia de las formas en que se aplican esas soluciones o se castigan esas conductas. Es decir, al procedimiento*”. Esto quiere decir, como más tarde lo afirma la misma Corte, que esta legalidad y el debido proceso se cumplen con la mera existencia de una *previsibilidad* en las actuaciones sancionatorias de las autoridades indígenas, desde un marco *institucional* que regula la vida social teniendo en cuenta la reconstrucción que las comunidades están haciendo de sus usos y costumbres como un presupuesto para evitar la exigencia de *petrificación* de las tradiciones nativas. La legalidad se asegura con la existencia de una institucionalidad en la comunidad que asegure una previsibilidad en las decisiones.

---

<sup>60</sup> La Corte Constitucional dijo respecto a esta regla reinterpretada: “*debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos (...), lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas es de mayor entidad en el segundo caso*” (paréntesis fuera del original).

Un punto bastante importante que se hace en estas sentencias se refiere al modo en que el juez constitucional ha de ponderar los derechos enfrentados en el caso concreto y ha de limitar la capacidad de sancionar de la comunidad tradicional. Con la reiteración de los derechos fundamentales como límite a la capacidad sancionatoria<sup>61</sup> de las comunidades, al tiempo en que los reafirma, los enfrenta en una ponderación frente a los derechos a la diversidad cultural y la autonomía indígena, en donde estos últimos entran ganando. Así lo explica la Corte y por ello se incluye una larga cita:

*“De lo expuesto podría concluirse que los límites están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Para la Sala, es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades. En ese plano, el “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos. Los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”.*

En síntesis, los límites que deben obedecer las autoridades indígenas son dos y se aplican de manera subsiguiente, y no simultánea, de la siguiente manera: el primer

---

<sup>61</sup> La Corte enuncia que “los derechos fundamentales son los mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades”

paso es verificar si se está respetando el derecho a la vida, la integridad, el debido proceso y la prohibición a la esclavitud. Esta verificación no es un juicio de ponderación en la medida en que el juez no confronta estos derechos con otros, sino que establece si se están acatando o no. Si es así entonces hace uso del siguiente paso, el cual es, ahora sí, ponderar los derechos enfrentados y es en esta ponderación donde los derechos a la diversidad étnica entran con un *plus* o presunción, esto significa que el accionante está a cargo de la prueba.

Puede decirse que mientras que en la sentencia T-254/94 la Corte resolvió el problema mediante un ejercicio de subsunción, en la medida en que en ésta sentencia sólo se requería la verificación de la existencia de cualquier derecho fundamental o la existencia de una ley imperativa para anular la diversidad cultural, ahora en el 2010 los problemas relativos a la autonomía jurisdiccional de las autoridades se resuelven con un modo de decisión más razonable (la ponderación), en tanto son dos principios de la misma jerarquía los que están en conflicto; y lo más notable es que los derechos a la autonomía indígena se tienen en cuenta con una presunción de *victoria*.

Como conclusión de este relato jurisprudencial puede decirse que el modo en que se ha resuelto la tensión entre derechos individuales y el derecho a la autonomía ha variado notablemente: desde una sentencia fuertemente liberal a una posición en que el papel del juez constitucional se ve reducido. Su papel es verificar la existencia de una institucionalidad que asegure una previsibilidad en las decisiones, y el respeto a unos principios concretos, siempre en una ponderación donde la carga de la prueba está en el individuo y no en la colectividad. Claramente esto demuestra una política más respetuosa que la antes vigente para las comunidades indígenas en tanto no las reconoce como incapaces o salvajes, antes por el contrario, reconoce la importancia y respeto que esos modos de justicia se merecen y eso se relaciona con el nuevo status del indígena dentro del ordenamiento y dentro de la nación.

## **8. Conclusiones ¿Ha sido olvidada la violencia epistemológica de la Regeneración?**

En la actualidad el indígena no es un incapaz o un estorbo para el progreso nacional, ya que, por el contrario, desde la Constitución misma se afirma que esta diversidad es digna de protección. Sin embargo, podría al menos interrogarse, sobre si el hecho mismo que desde la Corte Constitucional se impongan unos límites, que tienen legitimidad desde el marco liberal de los derechos fundamentales, no es una nueva

forma de tensión (o de violencia, siguiendo las palabras de Julieta Lemaitre<sup>62</sup>) que, semejante a la lógica impuesta a sus antepasados que debían tolerar el ser llamados incapaces y la imposición de la obligación de progresar y asimilarse al grupo mayoritario, se manifiesta cuando los indígenas deben adoptar unas formas de justicia específicos y externas a sus memorias y a su pasado.

Lo importante no es tanto el hecho juzgar de una o de otra manera, es decir, no hay que detenerse tanto en si hay que castigar con cepo o con prisión, lo importante es reflexionar cómo cada forma de juzgar tiene una ubicación geo-histórica específica, y que *nuestra* forma de juzgar tiene supuestos geo-históricos que son, o pueden ser, ajenos a la memoria y al pasado común de los pueblos aborígenes,<sup>63</sup> ¿No se está entonces continuando con la violencia epistemológica de la Regeneración en el marco multicultural? ¿No pervive un diferencial de poder en la desigualdad en que están las comunidades indígenas respecto los jueces constitucionales, quienes no tienen la necesidad de pensar en lógicas distintas a las propias? Esto porque mientras los jueces occidentales piensan en sus propios marcos de conocimiento, los indígenas se ven obligados a abandonar sus patrones epistemológicos para adoptar unos extraños y ajenos que fueron impuestos con la fuerza de la institucionalidad.

Se sostiene en este documento que esta violencia subsiste aun hoy en día, pero, y esto es lo que vuelve complejo el asunto, ello no significa que la intervención de la Corte Constitucional sea ilegítima; no sólo porque es obligación de los jueces resolver los litigios sobre los cuales tienen competencia, sino porque, en el caso de la Corte Constitucional, los litigios se originan por la propia acción de los sujetos que afirman el quebrantamiento de sus derechos constitucionales fundamentales. No sería entonces razonable pensar o exigir que los indígenas no puedan o deban pensar en función de derechos fundamentales por la simple razón de ser indígenas; tener esa concepción

---

<sup>62</sup> Para esta autora (2009: 302) uno de los límites del multiculturalismo en Colombia es que "*el multiculturalismo de cierta forma imagina la violencia como anormal (...) No cree que la violencia pueda radicarse en sí mismo*" y en este sentido problematiza sobre la incidencia de la violencia en la formación de la subjetividad indígena, otra violencia, la que acá se propone, podría ser la configurada al momento de imposición de modos de juzgar y sancionar.

<sup>63</sup> (Mignolo: 2007: 34-35) afirma: "*La geopolítica del conocimiento (cimientos históricos locales del conocimiento) va de la mano de la política corporal del conocimiento, es decir, la base biográfica individual y colectiva del conocimiento*" (Ibidem). De lo anterior puede decirse entonces que la geopolítica del conocimiento, entendida como esos cimientos históricos locales del conocimiento, y la política corporal del conocimiento hacen explícito que el conocimiento es situado, es decir, que todo conocimiento tiene un lugar específico desde el cual *nace*, una historia que le da forma, una perspectiva desde el cual es entendible, no hay conocimientos sin historia, sin lugares, sin sujetos que los construyan por muy universales que pretendan ser, no hay conceptos que sean aplicables universalmente. "*La geopolítica del conocimiento muestra cómo ha operado la periferyzación de unos lugares y la centralización de otros*" (Restrepo y Rojas: 2010: 140) y esto porque a medida que se imponen unos conocimientos con bases geo-históricas sobre otros, se va marginalizando los saberes y las memorias de esos pueblos que se ven compelidos a adoptar los nuevos patrones epistémicos, lo que significa que con la captura de la memoria común y colectiva del lugar periférico se están descalificando los saberes que se apoyaban en estas memorias desplazadas, es así que "*Las geopolíticas del conocimiento que las invisibilizan y localizan en lugares desiguales en las escalas de valoración, al igual que a los sujetos que las producen*" (Ibidem: 174).

sería esencialista, sería como tratar de pensar los indígenas en términos de pureza, como lo hace la Corte en la sentencia T-254/94, o negarse a la idea de que los grupos humanos están en permanente cambio. Las sociedades indígenas, como todos los grupos humanos, tejen relaciones con otros grupos, adquieren nuevas tradiciones para olvidar otras y en el mismo sentido recuperan tradiciones perdidas para olvidar otras más nuevas.

Los indígenas, o al menos algunos, usan y piensan en función de sus derechos fundamentales, los usan, los instrumentalizan y, como ya se dijo, es un hecho que estos derechos entran en choque con los reconocimientos de autonomía y diversidad cultural formulados en la nueva Constitución. Pensar entonces que la Corte debe negar la resolución de estas tutelas porque no es un juez natural o porque la ley de coordinación entre jurisdicciones no existe, es igualmente irrazonable y extremista. Lo que se está discutiendo en los litigios de tutela son los derechos fundamentales y es necesario que el juez competente se pronuncie sobre la situación, el problema no es entonces si se pronuncia o no, sino los insumos con que se pronuncia: el juez no es un robot sin alma o creencias<sup>64</sup> sino una persona con conocimientos y valores anclados geo-temporalmente; por esto, pensar que el conocimiento que usa es universalmente válido, es erróneo e inadecuado. Entonces, dado que ambos extremos son impropios es necesario encontrar un *justo medio*, pero ¿cómo hacerlo?

Ya se dejó visto como el precedente constitucional ha tenido notables variaciones a lo largo del tiempo y, afortunadamente hoy la regla es bastante respetuosa de la autonomía indígena a la hora de revocar sus sanciones, pero ello no significa que vaya a seguir siendo así; los magistrados de la Corte Constitucional se renuevan cada ocho años y con cada magistrado que se nombra, llega su modo de ver el derecho. Nada impide que lleguen magistrados que vuelvan a darle prevalencia a las reglas de la sentencia de 1994 o magistrados que sostengan un relativismo cultural y tengan posiciones al otro extremo de esa sentencia.<sup>65</sup> Esto es algo que afecta la previsibilidad que la misma Corte exige en las comunidades indígenas.

La ley de coordinación relativa al artículo 246 de la Constitución es importante para dar un sustento verificable a las sentencias de la Corte Constitucional, pero no basta la

---

<sup>64</sup> Para analizar el tema de las creencias del juez a la hora de decidir véase Dworkin (2007) o Kennedy (1999).

<sup>65</sup> Podría argumentarse que el hecho que a los magistrados los elija el Senado impide que lleguen magistrados que tengan visiones opuestas a las perspectivas *tradicionales*, sin embargo pueden ocurrir sorpresas, por ejemplo, cuando se eligió a la magistrada María Victoria Calle se vaticinaba que iba a ser una magistrada conservadora y con el pasar del tiempo ha sorprendido por defender causas no tan conservadoras como la violación del derecho a la dignidad cuando se suspende el servicio de agua potable por falta de pago o su voto a en contra de la segunda reelección presidencial.

mera ley; es necesario que esta sea redactada en términos claros (o como Ferrajoli (2001) dice, términos *decibles*). Y esto no porque se tenga la idea de que el juez no deba o pueda interpretar, sino porque, desde el mismo liberalismo, se puede decir que entre más claros los términos legales, entre más se refieran a hechos empíricos claros y definidos, las autoridades judiciales como parte del Estado, estarán limitadas de manera más clara y por esto el auditorio (entendiéndolo de manera amplia como la sociedad misma), puede de esta manera ejercer un control más directo sobre las decisiones judiciales, en la medida en que las sentencias son verificables empíricamente hablando.<sup>66</sup> Piénsese por ejemplo una ley de coordinación que enuncie que las sentencias de las autoridades aborígenes son anulables cuando violen el orden público ¿qué tanto puede haber dentro del orden público? ¿No daría más herramientas de control sobre el juez una ley que diga que las sanciones nativas son anulables cuando, por ejemplo, las autoridades indígenas impongan sanciones físicas que dejen secuelas permanentes en el imputado?<sup>67</sup> ¿No ofrece más claridad la segunda disposición que la primera?

Pero esta ley y su claridad, no sólo es exigible por términos de operatividad judicial y control social, también es importante para empoderar a sectores históricamente subalternizados, pero ¿Qué se puede decir de un sistema que, a no ser por los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, no ha hecho nada por la diversidad cultural excepto dar transferencias a los Cabildos?, Como lo dicen Axel Rojas y Eduardo Restrepo (2010: 169) retomando una idea de Katherine Walsh *“Mientras los desarrollos constitucionales no encuentran ni la voluntad ni los recursos para ser llevados a la práctica, el discurso de la multiculturalidad sigue vigente a muy bajo costo y el giro multiculturalista contribuye a afianzar la idea de fortalecimiento democrático sin que los problemas estructurales se vean resueltos”*. Esta idea debe ser complementada con la tesis de Mauricio García Villegas (1993) sobre la eficacia simbólica del derecho.<sup>68</sup> Estas dos ideas describen la actitud del Congreso y el

---

<sup>66</sup> Esta es una de las tesis que Luigi Ferrajoli sostiene en relación con el ámbito judicial penal en Ferrajoli (2001), y aunque se es consciente de que la teoría de este autor se dirige al ámbito penal, ya que éste es el que se enfrenta con la libertad que es uno de los bienes más valiosos para el liberalismo (junto con la propiedad y la vida), para describir y valorar los modelos penales en las sociedades liberales y proponer modelos de tipo penal específicos que sean respetuosos de la libertad del imputado, podría pensarse que así como se quiere defender la libertad en sociedades liberales podrían usarse nociones de este autor para proteger las distintas nociones de vida *buena* en sociedades multiculturales ya que estas nociones pueden ser igual o más importantes que la libertad en la medida en que la dirigen y dignifican al sujeto, pero ese es un tema de otra investigación.

<sup>67</sup> Ferrajoli (2001) critica, de la misma manera, la existencia de tipos penales tan vagos porque hacen que la sentencia que se pronuncie con base a ella sea verificable empíricamente hablando por lo que el control sobre el juez se torna casi imposible,

<sup>68</sup> Esta idea consiste básicamente en que las normas jurídicas aparte de tener una función instrumental para alcanzar los fines que ella mismas persiguen tienen una eficacia simbólica y que en el caso colombiano numerosas reformas legales que en principio iban en contra de los intereses de los grupos dominantes al final terminaban beneficiándolos porque dicha reforma nunca tenía un desarrollo que la hiciera operativa por lo que nunca se aplicaba, pero en el aire

Gobierno respecto a la diversidad cultural: se planteó la idea de la diversidad e igualdad en la Constitución, pero el desarrollo legal para hacer operativa esa igualdad nunca se ha dado<sup>69</sup> y de no ser por la Corte Constitucional quién sabe qué habría pasado con la diversidad cultural y la situación de los pueblos indígenas en Colombia. Pero aun así, la Constitución se admira y el Estado se jacta por haber acabado la situación en que el indígena era un estorbo o un incapaz y se muestra como tolerante e incluyente, cuando en realidad no ha hecho casi nada para que esa sea una realidad fáctica y deje de ser una realidad normativa.

Es necesario entonces dar el siguiente paso, adentrarnos en la interculturalidad jurídica, esto es, adelantar un proyecto no sólo político/jurídico sino también epistémico que confronte las relaciones de poder que han invisibilizado, inferiorizado y naturalizado a grupos históricamente subalternizados mediante el reconocimiento de la no-unicidad ni universalidad de los conocimientos<sup>70</sup>, esto es comenzar a ver los “otros” conocimientos en pie de igualdad, sin despreciarlos o verlos como menos válidos u objetivos porque no están acorde al método y a la memoria común del mundo occidental: “*es buscar un enriquecimiento y posible convergencia intercultural jurídica, que también permite incorporar de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, a la vez, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad se pueden empezar a entretrejer*” (Walsh: 2002: 5).

En este sentido la interculturalidad jurídica entraña la necesidad de construir un proyecto que no se agote en lo político sino también que tenga en mente el papel de la cultura y de los conocimientos en la construcción y aplicación del ordenamiento jurídico siendo conscientes de la riqueza y pertinencia de este proceso dialógico con sectores que han sido inferiorizados<sup>71</sup>. Se trata de comenzar a crear nuevos conceptos y teorías para describir, interpretar y valorar la realidad, conocimiento que se construya desde las múltiples perspectivas que están en juego, sin despreciar o sospechar de las categorías occidentales, en la medida que aporten a la construcción de una igualdad

---

quedaba la imagen de que existía un sistema político y jurídico democrático e incluyente lo cual brindaba legitimación. Para una descripción más detallada de la idea *eficacia simbólica del derecho*, véase García (1993).

<sup>69</sup> Las principales leyes y decretos en lo que tocan a los pueblos indígenas son: las Leyes 60 de 1993, 16 de 1994 y el Decreto 2164 de 1995 que regulan el tema de los resguardos; la Ley 397 de 1997 que regula lo concerniente al patrimonio cultural; la Ley 160 de 1994 y 812 de 2003 que regulan la adquisición de tierras y la 691 que fue recientemente modificada que regula lo del Sistema General de Participaciones y el Decreto 330 de 2001 que regula el tema de las EPS indígenas. Ninguna de estas normas define el sujeto indígena ni lo trata de una manera sistemática sino sólo tangencialmente y en puntos específicos, el reconocimiento más valioso se da en los artículos constitucionales antes mencionados y en las sentencias de la Corte Constitucional.

<sup>70</sup> “*Requiere aceptar que el conocimiento no es uno y universal para quien quiera ingresar en él y que tampoco es uno el campo jurídico*” (Walsh: 2:2002)

<sup>71</sup> Para ahondar sobre esta idea, véase Rojas y Restrepo: 173: 2010

real y al reconocimiento de los sujetos que componen la nación<sup>72</sup>. En esta construcción hay que reconocer las posibilidades y nociones emancipadoras que pueden ofrecer todos los modelos que participen de ella, sin perder de vista que ningún saber es objetivo o universal, que siempre está atravesado por el contexto de surgimiento y, que por ello, no se deben mirar como inferiores a esos otros saberes u otras formas de justicia. La interculturalidad es “*Poner en diálogo otros conocimientos subalternizados, fortaleciéndolos y creando posibilidades para construir formas de pensar desde posicionalidades subjetivas y situadas, que permitan dar la vuelta a la subalternización histórica*” (Ibídem: 176).

Para construir esta interculturalidad en el derecho se debe partir de la descripción de Boaventura de Sousa Santos, para quien el campo jurídico en las sociedades contemporáneas y en el sistema mundial es un todo que a) es un paisaje mucho más rico y complejo que aquel que ha asumido la teoría política liberal, b) ese campo jurídico es una constelación de legalidades (e ilegalidades) diversas, que operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales y, finalmente, c) que si se concibe de esta forma, el derecho tiene tanto un potencial regulatorio o incluso represivo, como un potencial emancipatorio. (Santos: 1998: 19). Partiendo de este enunciado, el cual es especialmente válido para Colombia, en donde subsisten, además del sistema de justicia oficial y aborígen, otros sistemas menos formales como el de las guerrillas, mafias, etc.<sup>73</sup>, se podría usar la propuesta de André Hoekema (2002) sobre un modelo pluralista jurídico de tipo formal igualitario, en el que se deje de usar el término de *derecho consuetudinario* para referirse al derecho indígena. Este es un término desdeñoso, al tiempo que se debe definir el derecho en su sentido social como el conjunto de normas para la vida social creadas y mantenidas por la comunidad y aplicadas por las personas a quienes se facultó para ello.

De esta manera, nombrando al derecho indígena no como un derecho consuetudinario (que por ser tal implícitamente tiene el carácter de subsidiario), y entendiendo como derecho a todo conjunto de disposiciones regulativas creadas por un grupo social, y cuya aplicación se le otorgó a unas personas determinadas, se está en la capacidad de ver la igualdad entre ambos sistemas normativos. Pero el hecho de que sean iguales no significa que no pueda haber coordinación entre esas dos jurisdicciones siempre que esta ley, que las coordina y establece unos valores comunes que van a

---

<sup>72</sup> “*Nociones como las de sujeto, derechos, libertad, justicia, etc., están fuertemente ancladas al pensamiento moderno eurocentrado, y no por ello pierden su validez*” (Ibídem: 180)

<sup>73</sup> Para un análisis de la multiplicidad de Justicia véase García y Santos (2001).

ser obedecidos por ambas jurisdicciones, no pueda ser modificada o derogada de manera unilateral por alguno de los participantes,<sup>74</sup> ya que, como lo dice Gros (2000) esos valores centrales “*no se pueden presentar como provenientes de un solo lado – el occidental- ni se pueden presentar como provenientes de una sola cultura, cultura que fácilmente se puede identificar como la de una clase dominante*”.

A partir de esta ley de coordinación es razonable que se instituya un tribunal específico encargado de verificar el (in)cumplimiento de la misma. En este sentido no se hace referencia a un tribunal ordinario sino uno específico, no sólo en sus funciones sino también en sus integrantes, ya que como lo dice Hoekema (2002:85) “*Los jueces ordinarios no suelen interesarse mucho en sistemas de derecho que desconocen. Entonces, mejor instituir un juzgado especial*”.

Esta solución es la que se ajusta a ese “justo medio”, ya que no implica desconocer derechos fundamentales ni la desmembración política del país, a la vez que empodera y reconoce a los indígenas en un diálogo en el que son partícipes directos de su propia justicia y reivindicación de sus conocimientos. La Corte Constitucional ha hecho notables esfuerzos para reconocer la diferencia, pero en ellos el indígena siempre ha sido pasivo, nunca ha hablado sino por medio de la voz autorizada de los peritos antropológicos<sup>75</sup> que lo definen y construyen. Retomando a Beatriz Eugenia Sánchez (2002), el juzgado no es el lugar para formar o establecer políticas públicas sobre la multiculturalidad o diversidad porque este tipo de políticas deben ser estudiadas, cuestionadas y debatidas desde lo económico, epistémico, lo político, etc. y el juzgado no es un lugar de debates sino un lugar de respuestas donde se construye la verdad procesal luego de un debate probatorio.

Con esta ley de coordinación el indígena construye y defiende su justicia, muestra también su condición de sujeto político, adicional a la de sujeto jurídico. Esto requiere que previamente, como dice la autora citada, tomemos consciencia, en serio, de nuestra diversidad y estemos dispuestos a construir el cambio y mirarnos como diferentes pero, al fin y al cabo, como iguales.

---

<sup>74</sup> Hoekema llama a esta ley de coordinación como *reglas y procedimientos legales federales*.

<sup>75</sup> A este respecto véase Ariza (2009)

## BIBLIOGRAFÍA:

- ARBOLEDA Sergio (1972), *La República en la América Española*. Banco Popular, Bogotá.
- ARIZA, Libardo José (2009), *Derecho, saber e identidad indígena*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- BOLÍVAR Simón (1999), *Escritos políticos*, Editorial Porrúa, Méjico D.F.
- BONILLA Daniel (2006), *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- ----- (2007) *Pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico* en Merry, Sally Engle; Griffiths, John; Tamanha, Brian Z, *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá.
- DWORKIN Ronald (2007), *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid.
- FERRAJOLI Luigi (2002), *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid.
- GARCÍA Mauricio (1993), *La eficacia simbólica del derecho*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- GEERTZ Clifford (1970), *Conocimiento local*, Editorial Paidós, Barcelona, 1994.
- GÓMEZ Laureano, *Interrogantes sobre el progreso de Colombia*, Editorial Revista Colombiana, Bogotá.
- GROS Christian (2000), *De la nación mestiza a la nación plural*, en *Museo, memoria y nación*, Ministerio de Cultura, Bogotá.
- HENDERSON James (2006) *La modernización en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Medellín.
- -----(1985), *Las ideas de Laureano Gómez*, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá.
- HOEKEMA André (2002), *Hacia un pluralismo jurídico de tipo formal igualitario*, en *El otro derecho*, número 26-27, Bogotá.
- KENNEDY Dunkan (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Bogotá.
- KYMLICKA Will (1996), *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona.
- LEMAITRE RIPOLL Julieta (2009), *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá.

- LÓPEZ Diego (2006), *El derecho de los jueces*, Legis Editores, Bogotá.
- MIGNOLO Walter (2007), *La idea de América Latina*, Editorial Gedisa S.A., Barcelona.
- MORELLI Sandra (1996), *La autonomía territorial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- QUINTÍN LAME Manuel (2004), *Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas*, Editorial Universidad del Cauca, Popayán.
- RESTREPO Eduardo y ROJAS Axel (2010), *La inflexión decolonial*, Universidad del Cauca, Popayán.
- SÁNCHEZ Beatriz Eugenia (2001), *El reto del multiculturalismo jurídico en GARCÍA VILLEGAS Mauricio y SANTOS Boaventura de Sousa (editores), El caleidoscopio de de las justicias en Colombia*, Tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- SANTOS Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos, Bogotá.
- VASCO Luis Guillermo (2002), *Entre selva y páramo*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá.
- WALSH Katherine (2002), *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar:  
<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/WALSH%20CATHERINE.pdf>
- WILLS Maria Emma (2000), *De la nación católica a la nación multicultural: rupturas y desafíos en Museo, memoria y nación*, Ministerio de Cultura, Bogotá.