

# Fronteras Difusas

## Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal<sup>1</sup>

Recepción: 11 de julio de 2008 | Aprobación: 15 de agosto de 2008

**Gloria Patricia Lopera Mesa\***

glopera@eafit.edu.co

**Esteban Hoyos Ceballos\*\***

ehoyosce@eafit.edu.co

### Resumen

Este artículo analiza tres circunstancias que han acompañado el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Primero, la transición de una concepción unitaria a una multicultural de la nación. Segundo, los procesos de reconstrucción de la identidad indígena en comunidades que habían abandonado los signos más visibles e importantes de su cultura como resultado de fenómenos de asimilación. Finalmente, a partir del examen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se revisan diferentes aspectos asociados a los procesos de construcción del derecho indígena, en especial, la apropiación de diversos materiales que provienen del derecho estatal y el intercambio continuo entre ambos derechos.

### Palabras clave

Diversidad cultural, reindigenización, asimilación cultural, pluralismo jurídico, jurisprudencia constitucional, derecho indígena, derecho estatal.

### Diffuse Borders . Notes on the rise of special indigenous jurisdiction in Colombia and its relationship to state law

### Abstract

This article analyzes three circumstances that have accompanied the beginning of Colombian Indigenous Special Jurisdiction. First, the transition from an unitary conception of nation to one multicultural. Second, the process of reconstruction of indigenous identity in communities that had abandoned the most visible and important signs of culture as a result of the process of cultural assimilation. Finally, different aspects associated with the process of construction of *Indigenous Law* are studied within the Colombian Constitutional Court decisions. Specially, the appropriation of different materials that come from the *State Law*, and the continuous interchange between *Indigenous Law* and *State Law*.

### Key words

Cultural Diversity, reindigenization, Cultural assimilation, legal pluralism, Constitutional Jurisprudence, *Indigenous Law*, *State Law*.

<sup>1</sup> Este artículo es resultado del proyecto de investigación "Derechos Fundamentales y Diversidad Cultural: una mirada desde la filosofía política y la jurisprudencia constitucional", financiado por la Universidad Eafit en 2007, inscrito en el Grupo de Estudios Penales y en el Grupo Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de Eafit.

\* Abogada de la Universidad de Antioquia y Doctora en Derecho de la Universidad de Castilla La Mancha. Actualmente realiza la Maestría en Antropología de la Universidad de Antioquia. Profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT. Miembro del Grupo de Estudios Penales y coordinadora de la línea en derechos fundamentales y diversidad cultural.

\*\* Abogado de la Universidad de los Andes, realiza una Maestría en Derecho en la Universidad de Cornell (Estados Unidos). Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. Miembro del Grupo de Derecho y Poder de esta institución.

El presente trabajo tiene como finalidad lograr una aproximación a la manera en que se ha configurado en el país la llamada jurisdicción especial indígena, teniendo en cuenta diversos fenómenos que no pueden ser soslayados en dicho análisis y que servirán como hilo conductor de esta reflexión: primero, el tránsito de una concepción unitaria de nación al proyecto de construcción de una nación pluriétnica y multicultural y las repercusiones que dicha transformación ha tenido en lo que respecta a las estrategias de integración de las comunidades indígenas y al reconocimiento de su normatividad interna. Segundo, el hecho de que el fortalecimiento de la jurisdicción propia ha avanzado de manera paralela a la reconstrucción de la identidad indígena por parte de comunidades que, como resultado de políticas de asimilación, habían perdido los signos más visibles e importantes de dicha identidad. Finalmente, será necesario considerar las diversas dinámicas asociadas a los procesos de fortalecimiento del derecho propio, algunas de las cuales incluyen la apropiación de materiales jurídicos procedentes del derecho estatal, así como el trasiego continuo entre ambas jurisdicciones, lo que impide establecer fronteras claramente discernibles entre las jurisdicciones indígena y estatal. El examen de algunas prácticas sancionadoras actualmente puestas en práctica por las comunidades indígenas permitirá ilustrar el carácter dúctil y difuso de dichas fronteras.

## **I. De la nación unitaria a la nación pluriétnica**

En el capítulo cuarto de su obra “Comunidades imaginadas”, Benedict Anderson se refiere la manera cómo se construye la idea de nación en los nacientes estados latinoamericanos surgidos a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. Destaca este autor que las luchas de independencia y el discurso nacionalista fueron impulsados en este continente no por los sectores más oprimidos de la población sino por las élites criollas, esto es, por el estamento social conformado por los descendientes directos de los colonizadores que tenían a su cargo el ejercicio del poder político y económico, así como un acceso privilegiado a la educación y otros bienes culturales. Lo que llevó a este sector social a desarrollar el sentido de pertenecer a una misma comunidad, de compartir un mismo destino, no fue sólo el tener una lengua y una religión comunes o el trabajar al servicio de una misma metrópoli. A juicio de Anderson, un factor decisivo para alimentar este sentimiento de comunidad fue el compartir la “fatalidad del nacimiento trasatlántico” pues, como explica este autor, el accidente del nacimiento en las Américas condenaba a las élites criollas a la subordinación,

al vedarles el acceso a cargos en la metrópoli y negarles la identidad de españoles auténticos, pese a exhibir rasgos que los hacían indistinguibles de los españoles peninsulares. Exclusión que era alentada por los prejuicios raciales propios de las doctrinas sobre contaminación biológica que acompañaron la expansión de los europeos a partir del siglo XVI, al igual que por la amenaza que, para el poder del imperio, representaba un estamento social que contaba con los medios políticos, culturales y militares necesarios para hacerse valer por sí mismos<sup>2</sup>. En tal contexto, los criollos “constituían a la vez una comunidad colonial y una clase privilegiada” (Anderson, 1993:77ss, 93); doble condición que es expresada por Bolívar en la Carta de Jamaica, cuando escribe que los americanos:

No somos indios ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles; en suma siendo nosotros americanos por nacimiento y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar éstos a los del país y que mantenernos en él contra la invasión de los invasores. (citada por Sánchez, 2001:14)

Así pues, su exclusión del mundo europeo alentó en las élites criollas la conformación de un sentimiento nacional que, pese a tener raíces similares, no daría lugar al surgimiento de una comunidad latinoamericana, sino que terminaría por fragmentarse en las divisiones políticas más o menos arbitrarias trazadas desde la colonia y que a la postre conformarían las fronteras de los nacientes “estados nacionales”. Pero estas nuevas comunidades imaginadas, inicialmente pensadas por los excluidos de la metrópoli, reprodujeron, a su vez, al interior de las sociedades en las que florecieron, otras prácticas de exclusión.

En efecto, bajo el influjo del modelo del estado-nación moderno, según el cual cada estado es la expresión política y jurídica de una nación y ésta, a su vez, se concibe en términos de comunidad étnica, el desarrollo de nuestras instituciones políticas post-

<sup>2</sup> La tesis de Anderson sobre la importancia política, cultural y militar de las élites criollas coincide con la descripción que propone Fernán González del proceso de construcción del Estado en Colombia, caracterizado desde sus orígenes coloniales por un dominio indirecto de España, a través de la estructura de poderes locales y regionales, que además de contar con el poder político y económico, disponían también de poder militar, si se tiene en cuenta que no existió un ejército colonial propiamente dicho, sino que el poder militar era ejercido por milicias ciudadanas, por lo general al mando de los notables locales (González, 1998:167).

coloniales estuvo acompañado por la construcción de una identidad nacional<sup>3</sup>. Identidad que se fraguó en torno a unos rasgos pretendidamente unitarios, que aspiraban a dar cuenta del “ser colombiano”, pero que, no obstante, y como era de esperarse, apenas si coincidían con las señas de identidad de las élites. Así, ser colombiano significaba hablar una lengua (el español), profesar una religión (la católica), ser sujeto de un cierto derecho (el producido por las instituciones políticas oficiales), poseer ciertos rasgos fenotípicos que, dado el innegable mestizaje, no era posible definir de manera positiva, mas si por vía negativa, esto es, no ser negro ni indio, pero que en cualquier caso eran mejor valorados cuanto más se aproximaran a las características propias de los descendientes directos de los europeos (González y Bolívar, 2002:334ss).

Poco importaba si esta imagen unitaria coincidía con la abigarrada geografía humana. La pretensión no era recoger la realidad tal y como era, sino tratar de modelarla de acuerdo a unas pautas culturales hegemónicas: lo que no se acomodara a dicha ortopedia era excluido, asumía la condición de “subalterno” (Beverley, 1999). Los indígenas formaban parte de estos sectores “subalternos” por cuanto ni sus lenguas, religiones, instituciones jurídicas y políticas, prácticas culturales de diverso tipo, ni sus rasgos fenotípicos correspondían al patrón hegemónico y, por tanto, no eran reconocidos como parte de esa imaginada identidad nacional. Estas manifestaciones del ser indígena eran invisibilizadas, cuando no reprimidas, bien a través de esa sutil violencia de la discriminación y el prejuicio, o mediante el ejercicio directo de la fuerza y el exterminio físico (Arocha, 1998:206; Sánchez, 2001:17).

Diversas razones contribuyen a explicar la crisis de la narrativa nacional de unidad (Gros, 1997:23ss;

<sup>3</sup> A la distinción entre la nación entendida como comunidad étnica y como comunidad política, así como a la tardía penetración del componente étnico en el concepto moderno de nación, se refieren González y Bolívar, 2002:328ss.

Santos, 1998; Sánchez, 2001:19ss). En el orden interno cabe destacar, siguiendo a Fernán González, el creciente agotamiento del modelo de construcción del estado en Colombia, caracterizado por un dominio indirecto sobre la sociedad –a través de poderes privados y partidistas locales y regionales– y su casi total ausencia en vastas zonas del territorio nacional, lo cual generó una gran dificultad para integrar, tanto en el orden material como en el simbólico, estas microsociedades locales que se desarrollan en las regiones de colonización y al margen del sistema bipartidista, con la sociedad mayor y el Estado. Como señala este autor, buena parte de las violencias que soporta el país tienen que ver con esa tendencial exclusión del otro, del diferente, que se ve alentada por la manera en que se conformaron nuestras instituciones estatales e identidades políticas (González, 1998:177). Exclusión violenta que también ha tenido una importante dimensión étnica y socioracial, por lo general ignorada en los sucesivos diagnósticos realizados sobre la violencia en Colombia, como lo pone de manifiesto Jaime Arocha (Arocha, 1998:213ss).

Pero las explicaciones domésticas están estrechamente vinculadas a las importantes transformaciones que, en el orden externo, contribuyen a la crisis de la idea unitaria de nación y a la re-invenición de comunidades políticas capaces de pensarse a sí mismas desde la diferencia étnica y cultural. Transformaciones que, en general, tienen que ver con la llamada crisis de la modernidad y, con ella, de la ecuación entre nación –estado– derecho, en torno de la cual fueron construidas las formas políticas y jurídicas que sirvieron para albergar los principales proyectos políticos de esa modernidad. También tienen que ver con la crisis ambiental, la cual ha llevado a la comunidad internacional a poner la mirada en los pueblos indígenas, percibidos como los “guardianes verdes” de la selva húmeda tropical, y a convertir la protección de estos pueblos y de sus modos de producción tradicionales en un asunto de interés planetario, como se advierte en la expedición del Convenio 169 OIT y en la más reciente Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Sánchez, 2001:23). En esta revaloración de las identidades amerindias juega además un papel importante la irrupción de la llamada “política del reconocimiento”, desde la cual se plantea que muchas de las injusticias del presente no obedecen tanto (o sólo) a problemas de redistribución o reparto equitativo de la riqueza, sino también (y, para algunos, especialmente) a problemas de falta de reconocimiento de las

identidades diversas. Desde esta perspectiva se propugna por “un mundo abierto a la diferencia, en el cual la asimilación a una mayoría o a normas culturalmente predominantes ya no es el precio que debe pagarse para obtener igual respeto” (Fraser, 1997a:9)<sup>4</sup>.

En el caso colombiano, esta re-imaginación de la comunidad se plasmará normativamente en la Constitución de 1991, la cual postula en su artículo 7° el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. El cambio de la imagen unitaria a la idea pluriétnica de la nación traerá consigo importantes repercusiones en lo que respecta a las estrategias de inclusión adoptadas por los pueblos indígenas y al reconocimiento de los sistemas de control social que existen al interior de dichas comunidades.

## II. De la asimilación a la “re-etnización”

Para finales del siglo XIX tanto liberales como conservadores compartían la idea de la formación de nación implicaba el “blanqueamiento” de la población y la disolución de las culturas indígenas, aunque diferían en el modo en que ésta debía llevarse a cabo. Así, para los liberales, ésta implicaba de manera prioritaria el mestizaje acelerado y la disolución de los resguardos, lo que permitiría la apropiación privada de estas tierras, su incorporación a la producción capitalista y la incorporación plena de los indígenas a la modernidad; los conservadores, en cambio, optaban por asimilar a los indígenas no a través del mestizaje sino de la evangelización y de la unificación lingüística en torno al castellano, para lo cual resultaba funcional la preservación de los resguardos (Gros, 1995:39; Sánchez, 2001:16). La victoria conservadora trajo consigo la adopción de la segunda estrategia, que se oficializa en la Ley 89 de 1890 la cual, tras clasificar a los indígenas como “salvajes”, “semisalvajes” y “civilizados”, sustrajo de la aplicación de la legislación

<sup>4</sup>Esta autora señala cómo el discurso de la justicia social, antes centrado en la distribución, se divide entre exigencias de distribución y reconocimiento, advirtiéndose la tendencia al predominio del último. La caída del comunismo, el impulso de la ideología del libre mercado, el surgimiento de la “política de la identidad” han contribuido a que las demandas de redistribución pierdan primacía en los discursos sobre justicia social. Sin embargo, en contra de la tendencia de algunas teorías postsocialistas a desplazar las demandas de redistribución por las de reconocimiento, Fraser sostiene que “hoy en día, la justicia requiere *tanto* redistribución *como* reconocimiento, pues ninguno de los dos es por sí mismo suficiente” (Ibid.: 10). Para una exposición más amplia, ver: Fraser, 1997b.

nacional a los “salvajes que se redujeran a la vida civilizada por medio de misiones” y delegó en el gobierno y en las autoridades eclesiásticas la determinación del modo en que “esas incipientes sociedades (debían) ser gobernadas” (art. 1º); igualmente en la Ley 72 de 1892, donde se faculta al gobierno para reglamentar el desarrollo de las misiones y para delegar a los misioneros el ejercicio de la autoridad civil, penal y judicial sobre los indígenas a su cargo, hasta tanto estos salgan del estado “salvaje” y estén en condiciones de someterse a las leyes nacionales (art. 2º). Dicha normatividad alentaba la idea de que la aplicación de la ley nacional era un derecho que sólo se alcanzaba mediante la conversión al cristianismo, lo que permitía inferir, en consecuencia, que para acceder a la ciudadanía era preciso renunciar a la propia identidad (Gómez, 2000:93).

Si el paradigma de nación unitaria determinaba la negación de lo diverso, una de las principales estrategias adoptadas por los indígenas como respuesta a dicha exclusión fue la asimilación al patrón cultural hegemónico que definía la identidad nacional. Asimilación que en buena medida les vino impuesta, pero que en muchos casos también fue interiorizada por los propios indígenas en su intento por ser reconocidos como parte de la imaginada comunidad nacional<sup>5</sup>. Un ejemplo de tal estrategia lo ofrece Christian Gros, quien cita un estudio sobre el pueblo kankuamo realizado hace más de cuarenta años por Gerardo y Alicia Reichel-Dolmatoff donde se advierte que:

En esta población definida por los autores como ‘mestiza’ y dividida en dos partes –un alto ‘indígena’ y un bajo ‘civilizado’– la parte ‘indígena’ parecía entonces desplegar toda su energía y sus recursos para ser aceptada como parte del grupo ‘civilizado’. Ser respetado significaba en esa época ‘ser aceptado como persona civilizada y atribuirse dignidad pese al color de piel y la pobreza’. Hasta el punto que: ‘Todos los problemas

<sup>5</sup> Debe destacarse que no todos los grupos indígenas del país optaron por la asimilación. Se trató de una estrategia utilizada en su mayoría por los grupos que habitaban regiones, como la andina, que hacían inevitable la permanente interacción con los mestizos. Aún dentro de estas regiones algunas comunidades combinaron elementos de asimilación cultural (para acceder a bienes básicos como trabajo y educación y no ser tratados como “indios”), con el uso de las herramientas ofrecidas por la ley 89 de 1890, basadas en la conservación de los resguardos y la figura de los cabildos, las cuales les permitían sustentar sus reivindicaciones territoriales.

internos, toda la tensión psicológica, aún el proceso entero de la vida individual se desarrolla en esta dimensión, entre la aspiración a ser respetado y el miedo, siempre presente, de ser tomado por un indio atrasado y pobre [...]. Convertidos al cristianismo desde hacía varias generaciones, los descendientes de los kankuamo se habían cortado el cabello, habían abandonado la manta y el poporo, y olvidado su lengua”. (Gros, 1995:60).

Pero los días de la asimilación más o menos forzada llegarían a su fin. La narrativa de la nación unitaria sería reemplazada por la de una nación pluriétnica y pluricultural y la situación de esos “otros” que son los indígenas experimentará una importante transformación, al menos en lo que respecta al plano de las representaciones y los discursos, con el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Tal declaración se acompaña de la atribución de una serie de derechos a las comunidades indígenas orientados a la protección de sus territorios (así ocurre con los derechos a la propiedad colectiva, inenajenable, inembargable e imprescriptible sobre el territorio ancestral, o a la consulta previa a la adopción de medidas que impliquen la explotación de los recursos naturales que se encuentren en territorio indígena); de su autonomía política y jurídica (reconocimiento de la jurisdicción especial indígena) y a la protección de su identidad cultural, mediante la garantía de ciertos derechos culturalmente diferenciados (Botero, 2003:6; Bonilla, 2006). Al margen de la pregunta por la eficacia real y no meramente simbólica de la atribución de esta serie de derechos a las comunidades indígenas, se ha afirmado con razón que tal reconocimiento, dada la cantidad e importancia de los derechos en juego, ha situado a las comunidades indígenas en una situación de “hipervisibilidad” que contrasta con la invisibilidad a la que hasta entonces estaban sometidas (Sánchez, 2001:11).

Esta revalorización de las diferencias étnicas y el otorgamiento de prerrogativas como las mencionadas alentó el fortalecimiento de las señas de identidad, reivindicaciones territoriales y políticas de las comunidades indígenas tradicionalmente reconocidas (como los Ika o los Nasa) y, de modo paralelo, procesos de “re-etnización” por parte de comunidades que habían abandonado, olvidado e incluso rechazado su identidad étnica (Gros, 1995:59ss). Es preciso destacar, sin embargo, que si bien el cambio constitucional de 1991 representó un estímulo importante para el fortalecimiento de las identidades amerindias, ya existían de tiempo atrás algunos factores que alentaban dicha recuperación. La propia Ley 89 de 1890, en virtud de la cual se constituyen los cabildos y resguardos indígenas, al establecer que cuando no pueda averiguarse cuáles son los indígenas o

sus descendientes que tienen derecho al resguardo, sus tierras pasarían a ser de dominio público (art. 14), vinculó los derechos territoriales de las comunidades indígenas a la preservación de su identidad. Dicha normatividad, que fue reapropiada por las comunidades indígenas en clave emancipatoria, como la principal herramienta jurídica del movimiento de recuperación de tierras y constitución de resguardos que se fortalecerá especialmente a finales de la década de los 60 del siglo XX, hizo de la identidad indígena un asunto de vital importancia. Como lo ha señalado Beatriz Sánchez, en la medida en que los indígenas lograran distinguirse de los campesinos tendrían mayores oportunidades de conservar sus tierras y, de hecho, uno de los principales argumentos para justificar la disolución de los resguardos se basó en cuestionar la identidad indígena de las comunidades que los habitaban (Sánchez, 2001:17).

Pero estos procesos de “re-etnización” han trascendido las reivindicaciones puramente territoriales, para incorporar, además de la recuperación del territorio ancestral, el rescate de prácticas culturales tradicionales y de sistemas propios de control social (Morales, 2000:24). Un ejemplo de estas dinámicas de reconstrucción de identidad étnica se advierte en el caso de los Kankuamo, quienes emprendieron la recuperación de su lengua, sus costumbres, su historia, sus manifestaciones artísticas, su medicina tradicional y su territorio, acompañado del anuncio oficial, en 1994, de su re-nacimiento como la cuarta etnia de la Sierra Nevada (Morales, 2000:23ss). Una estrategia similar se aprecia en el caso de un grupo de indígenas habitantes del Macizo Colombiano, quienes desde 1989 emprendieron la unificación de sus resguardos bajo la bandera de la unidad del Pueblo Yanacona y la reconstrucción de una identidad con la que afianzar sus reivindicaciones étnicas y territoriales. Su actual territorio se asienta en una parcela de las que fueron en tiempos precolombinos las provincias de *Papallacta* y *Guachicono*, de cuyos pobladores primitivos subsisten algunos vestigios arqueológicos, fenotipos, toponimias, giros lingüísticos, apellidos y leyendas, hoy rescatados por los Yanacona como sustento de su indianidad (Zambrano, 1995:127).

Sin embargo, en el caso del pueblo Yanacona, éste no ha construido su identidad étnica exclusivamente en torno a ese agregado de elementos prehispánicos que los vinculan con quienes antaño habitaron sus territorios. Y no lo han hecho, en primer lugar, porque muchos de estos elementos han desaparecido. Así, por ejemplo: (i) esta comunidad ha perdido su lengua ancestral –el quechua– y en la actualidad todos son hispanohablantes (Fabre, 2005:2); (ii) tampoco recordaba ni tenía referencias de su denominación

original, razón por la cual sólo se reconocía como indígena sin especificar su etnónimo, pero desde hace cerca de veinte años, cuando emprenden el proceso de re-indigenización, deciden nombrarse a sí mismos como Yanaconas; (iii) han sustituido los vestidos de lana por trajes industriales, aunque a la vez conservan el arte de tejer y, finalmente, (iv) en algunos de sus territorios no se mantiene la propiedad colectiva sino que se han adoptado formas privadas de tenencia de la tierra (Zambrano, 1995:131).

En segundo lugar, los Yanacona tampoco han cifrado su identidad étnica en la evocación del pasado prehispánico, porque reconocen que aquella igualmente se ha forjado con elementos procedentes de otras culturas con las que ha mantenido contacto a lo largo de estos siglos, en particular con la lengua, la religión y las instituciones políticas impuestas desde la colonia, de los cuales se han apropiado para construir la identidad que hoy tienen y les interesa reivindicar porque es la que les permite concebirse como un pueblo.

Procesos de “re-indigenización” como los mencionados abren múltiples interrogantes. Cabría en este punto señalar dos: El primero tiene que ver con la instrumentalización de la etnicidad que parece animarlos. El segundo, con la pregunta por el fundamento de la etnicidad en el caso de pueblos que, como los Yanacona, han perdido los rasgos más visibles de su cultura ancestral.

En relación con lo primero, sin duda los procesos de “re-etnización” o “re-indigenización” involucran una instrumentalización de la identidad étnica para obtener beneficios y derechos que históricamente habían sido negados a colectivos que, como ya se dijo, han estado relegados a la condición de “subalternos”, tanto en el plano de las representaciones identitarias como en su correlato más tangible del reparto de los bienes sociales. El proyecto de nación multiétnica ha abierto para estos grupos una pequeña y estrecha puerta para ser incluidos, en calidad de “sujetos de especial protección” a cambio, ya no de asimilarse, sino de permanecer como diferentes. Y la “re-indigenización” representa un intento de re-construir y fortalecer estas diferencias, no sólo con el fin de lograr el reconocimiento de imaginarios, formas de vida y prácticas culturales alternativas a las de la sociedad mayor y hasta ahora desconocidas o subestimadas, sino también para obtener ventajas en razón de la diferencia cultural.

Llamar la atención sobre el uso instrumental de la identidad étnica no equivale, sin embargo, a descalificar dicha utilización. Antes bien, tiene razón Nancy Fraser cuando invita a despojar de todo componente esencialista las luchas por el reconocimiento de la identidad para en su

lugar concebirlas, de un modo más pragmático, pero no por ello menos legítimo, como luchas por el poder social (Fraser, 1997:26). En ese orden de ideas, si las comunidades indígenas apelan a la recuperación de sus señas de identidad tradicionales para mejorar su situación en el reparto de bienes sociales, en relación con otros grupos subalternos, como el campesinado pobre, que no cuentan a su favor con la posibilidad de “re-inventarse” como indígenas, lo hacen precisamente porque la diferencia étnica ha sido erigida por la sociedad mayoritaria en criterio relevante para la atribución de derechos, bienes y cuotas de poder social y político. Así las cosas, el uso instrumental de la identidad por parte de los indígenas representa una estrategia no sólo plenamente racional, sino además legítima, para revertir una situación de discriminación histórica en contra de estas comunidades. Lo que cabría cuestionar es, más bien, la manera en que la diferencia étnica ha sido empleada por el estado como criterio relevante para la asignación de ventajas sociales, en un contexto en el que las promesas del estado social no se han hecho efectivas, y en el que amplios sectores de la población no tienen resuelto el problema de la subsistencia<sup>6</sup>.

Por otra parte, pasando a la pregunta por el fundamento de la etnicidad en el caso de pueblos que han emprendido un proceso de “re-indigenización” tras haber perdido buena parte de los rasgos de su cultura ancestral, resultan esclarecedoras las reflexiones que al respecto desarrolla Carlos Vladimir Zambrano. Este autor propone romper la ecuación entre etnicidad y elementos culturales autóctonos para, en su lugar, sostener como hipótesis que la etnicidad no depende de la conservación de los elementos culturales que se asocian a un grupo, razón por la cual los cambios culturales que experimente dicho grupo no conducen a la desaparición de su identidad étnica (Zambrano, 1995:128).

En apoyo de su afirmación, este autor retoma la definición de Néstor García Canclini, quien entiende

<sup>6</sup> Cabría pensar que la creciente importancia que adquiere la identificación de sectores de “población vulnerable” o la construcción de “sujetos de especial protección constitucional” es respuesta a la tensión entre dos elementos antagónicos del modelo en la constitución de 1991: 1) la implementación de políticas de ajuste estructural neoliberales, la reducción significativa de prestaciones sociales y la puesta en cuestión de su universalidad, y 2) la constitucionalización del modelo de estado social, que en contexto neoliberal sólo puede llevarse a cabo fragmentariamente a través de políticas dirigidas a “población vulnerable”. Así, cobran relevancia los criterios para adscribir dichas identidades y la lucha por hacerse a una de ellas, pues la presentación como simple “ciudadano” que reclama derechos, como “pobre” o “necesitado”, difícilmente permitirá acceder a los retales de estado que se distribuyen a través de programas especiales, en los que se invierte parte considerable del presupuesto de inversión social.

por cultura “la producción de fenómenos que contribuyen mediante la representación o elaboración simbólica de las estructuras materiales a comprender, reproducir o transformar el sistema social, es decir, todas las prácticas e instituciones dedicadas a la administración, renovación y reestructuración del sentido” (citado por Zambrano, 1995:131). Sobre esta base, afirma que la cultura es el resultado de un proceso permanente de apropiación, pérdida y conservación de prácticas, elementos simbólicos y materiales; igualmente sostiene que los rasgos culturales no ostentan un valor en sí mismos sino en tanto se articulan a los procesos de lucha por la identidad, reconocimiento y desarrollo de un pueblo (Zambrano, 1995:139).

Asimismo, el autor entiende la etnicidad como una estrategia de los pueblos para transformar su realidad social que aparece ligada a la construcción y defensa de una identidad, la cual permite a un grupo humano concebirse como pueblo y, a partir de ella, emprender la lucha por su reconocimiento. Dicha identidad no se fundamenta en la permanencia de valores culturales tradicionales como remanentes de un pasado que se quiere inmodificable, sino más bien en la capacidad que tienen los pueblos para transformar aquellos valores y elementos culturales y utilizarlos en pro de la consecución de sus objetivos colectivos (Zambrano, 1995:132, 138ss).

Estas consideraciones dan cabida, por tanto, a la posibilidad de que incluso pueblos que habían perdido u “olvidado” sus rasgos ancestrales, puedan reconstruir una identidad étnica con elementos culturales de procedencia muy diversa, siempre que estos puedan ser reapropiados e integrados en una construcción nueva y distinta capaz de contribuir a que un grupo humano se mantenga “como una unidad social continuamente en reproducción y culturalmente viable” (Gros, 1999:168).

Si, como ya se expresó, uno de los ejes sobre los que gravita este proceso de “re-etnización” es el fortalecimiento de los sistemas propios de control social, surge la cuestión de cómo se configura el llamado “derecho propio” en el caso de aquellas comunidades que, como resultado de décadas de asimilación a los patrones culturales y jurídicos dominantes, han perdido gran parte de su juridicidad propia. Ello conduce a la tercera de las transformaciones planteadas al comienzo de esta reflexión.

### **III. De la invisibilidad al reconocimiento de la jurisdicción especial indígena**

Otra de las consecuencias de adoptar el paradigma clásico del estado-nación como modelo para diseñar nuestras instituciones políticas fue el

asumir un fuerte compromiso con una concepción monista del derecho. Según este modo de concebir lo jurídico, dentro del estado sólo existe un soberano indivisible, lo que lleva a reconocer sólo a un individuo o grupo de individuos como fuente única del poder político y de normas jurídicas, que garanticen la cohesión y la unidad nacional; normas que además de tener un carácter general y abstracto han de formar un sistema claramente estratificado y coherente (Ariza y Bonilla, 2007:21ss). Esta concepción lleva a aplicar el sintagma “derecho” sólo al producido por las instituciones estatales o por quien tenga competencia para crearlo en virtud de la habilitación otorgada por normas emanadas de aquellas instituciones. Monismo jurídico que igualmente se ajusta a la imagen de la nación colombiana como un conjunto homogéneo, sin diferencias culturales que reconocer, sino a lo sumo asimilar, y por ello susceptible de ser gobernada por un único conjunto normativo con pretensiones de universalidad (Ocampo, 1997:12).

Pero como ha señalado Boaventura de Sousa Santos, una de las principales manifestaciones de la crisis de la modernidad y de la ecuación que ella establece entre estado-nación-derecho, es que el primero deja de ser visto como la instancia predominante por donde circula el poder político y la producción jurídica. El poder del estado es disputado hacia arriba, por instancias transnacionales y supraestatales de toma de decisiones políticas y jurídicas, pero también hacia abajo, por la presencia, de tiempo atrás existente pero no reconocida por las representaciones hegemónicas, de diversos contextos infraestatales de producción jurídica. La constatación de tal pluralidad transforma de manera importante la percepción que se tiene del tercero de los términos de aquella ecuación, el derecho, para admitir que las sociedades modernas no están regidas por un único ordenamiento jurídico, sino por una pluralidad de juridicidades que se relacionan entre sí y se distribuyen por la sociedad de diversas maneras (Santos, 1998:23).

Una de esas “constelaciones jurídicas” que comienza a ser visibilizada es la conformada por el derecho propio de las comunidades indígenas. Ya desde la Ley 89 de 1890 el derecho estatal hacía un reconocimiento precario de dicha normatividad, al conferir competencia a los cabildos para ejercer, en lo relativo al manejo económico de sus comunidades, “todas las facultades que les hayan transmitido sus *usos y estatutos particulares*, con tal que no se opongan a los que previenen las leyes, ni violen las garantías de que disfrutaban los miembros de la parcialidad en su calidad de ciudadanos” (art. 4º). Con ello se abría, en el plano del discurso jurídico oficial, un minúsculo espacio para otra fuente de normatividad, limitada a un aspecto específico (el

gobierno económico de los resguardos) y siempre subordinada al derecho estatal, conforme al paradigma monista dominante. Sin embargo, como lo destaca Herinaldy Gómez, el espacio para la aplicación de formas de justicia indígena siempre fue, en la práctica, mucho mayor del que abría esta pequeña ventana de la legalidad oficial, pues la invisibilidad a la que estuvo sometida la normatividad de los pueblos aborígenes se tradujo, al mismo tiempo, en una ausencia de control estatal sobre las formas de resolución de conflictos empleadas por estos pueblos (Gómez, 2000:93, 98ss). La persistencia de esta juridicidad paralela, aunque no reconocida oficialmente en toda su dimensión, permite a este autor afirmar que, en la actualidad, “la justicia étnica (es) una realidad existente y no por construir” (Gómez, 2000:86).

La novedad que representa el artículo 246 de la constitución de 1991 es que, además de la importancia simbólica que se deriva del reconocimiento constitucional de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, ésta se consagra en unos términos considerablemente más amplios que los establecidos en la normatividad precedente, al señalar 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 contrarias a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Como advierte Gloria Isabel Ocampo, la interpretación de este enunciado constitucional suscita diversas inquietudes, entre ellas: i) la definición del titular y alcance de la autonomía jurisdiccional; ii) cómo coordinar esta jurisdicción con el sistema judicial nacional; iii) qué entender por “ámbito territorial” y por iv) “normas y procedimientos propios” de las comunidades indígenas (Ocampo, 1997:14ss). En esta ocasión interesa ocuparse del último de los problemas señalados, con el fin de concluir la presente reflexión planteando algunos interrogantes que se abren al aproximarse al estudio de los derechos indígenas, en particular del derecho propio de aquellas comunidades que han emprendido un proceso de “re-indigenización”.

La primera cautela que se impone a quien, equipado con una formación jurídica “clásica”, se aproxima al estudio del derecho indígena, es estar atento a la falta de univocidad en el significado de los conceptos que se utilizan para aprehender la realidad de ese fenómeno al que llamamos “derecho”. En tal dirección se inscribe el llamado que efectúan Dover y Ocampo para dejar de concebir las categorías teóricas como “entidades únicas y

coherentes” y, más bien entender que a ellas se asocian una pluralidad de significados, que cada uno de los actores sociales se apropia de un mismo término y lo re-significa para dar cuenta de la manera en que, desde su perspectiva, se percibe el fenómeno jurídico. Ello explica, a juicio de estos autores, la dificultad para establecer puentes de comunicación entre los intérpretes académicos de la realidad colombiana y esa “otredad jurídica, social y política” de la cual los primeros pretenden dar cuenta en sus teorías (Dover y Ocampo, 2003:18).

Así, desde una perspectiva jurídica “clásica”, el derecho es entendido como un subconjunto de la normatividad que guía los comportamientos de los miembros de una sociedad, es decir, como una parcela autónoma y distinta de la moral, la religión, los usos sociales, etc.; integrado por los preceptos emanados de los órganos (personas e instituciones) a quienes se atribuye autoridad para expedir normas jurídicas, ya sea en virtud de otras normas o de una práctica de reconocimiento social. En cambio, desde la perspectiva de algunas comunidades indígenas, no existen aquellas fronteras y el derecho se concibe como un conjunto amplio en el que se funde la normatividad expedida por las autoridades políticas, preceptos morales, usos sociales y, en general, normas culturales de diverso tipo. Por esta razón, el derecho indígena no se manifiesta sólo a través de los canales y procedimientos institucionales, sino que tal fenómeno jurídico está integrado por una realidad más amplia: el papel de los sueños, los ritos, los mitos, los consejos, el arreglo directo entre las partes, el ejemplo, la conciliación, las mediaciones chamánicas son, entre otros, elementos de la experiencia jurídica indígena que quedan invisibilizados cuando aquella se contempla desde las categorías con las que los individuos se han habituado a mirar el derecho estatal (Gómez, 2000:15).

Pero aún entendiendo que, desde la perspectiva indígena, hablar de “derecho” no es referirse sólo al derecho positivo, es decir, al producido por las autoridades y de acuerdo a los procedimientos establecidos por la comunidad, sino a un conjunto de fenómenos normativos mucho más amplio y diverso, al indagar por el sentido de la expresión “derecho propio” es preciso abordar una segunda cuestión, relativa a cómo entender el calificativo de “propio”. A continuación se pretende explorar dos modos posibles de entender la cuestión:

### **1. “Derecho propio” como derecho ancestral**

En una primera aproximación, cabría identificar el “derecho propio” con la *normatividad ancestral*, con las reglas que de tiempo atrás una

comunidad utiliza para dirimir sus conflictos. Tal comprensión se expresa en el criterio establecido por la Corte Constitucional en la sentencia del caso *El Tambo* (T-254/94)<sup>7</sup>, donde señala que la autonomía reconocida a los grupos indígenas en el ejercicio de su potestad jurisdiccional es directamente proporcional al mantenimiento de sus usos y costumbres tradicionales por parte de dicha comunidad. “A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía”, es la regla que fija la Corte en esta decisión, al considerar que las leyes de la mayoría deben colmar todos aquellos espacios dejados por la desaparición de los usos y costumbres de los grupos aborígenes, a fin de evitar situaciones de inestabilidad social e inseguridad jurídica.

Este modo de identificar las normas que integran el derecho propio de una comunidad tiene un sentido claramente conservador, al hacer depender la autonomía reconocida a las comunidades del grado en que sus normas perpetúen la tradición. Igualmente, al postular esta regla, la Corte parece entender que, cuando en una comunidad desaparece la normatividad ancestral, sólo queda el vacío, y que en tales circunstancias es legítimo colmar este vacío con el derecho estatal. Tal comprensión es criticable por cuanto, admitido el carácter dinámico de las culturas, queda sin sustento la pretensión de ‘fijar el derecho indígena’ y el cierre a la creación normativa actual que resulta de entender como derecho propio sólo al derecho ancestral de una comunidad (Dover y Ocampo, 2003:14). Por otra parte, ella limita considerablemente el espacio para la autonomía jurisdiccional de las comunidades que, en el marco de procesos de “re-indigenización”, se han dado a la tarea de reconstruir su juridicidad perdida.

## **2. “Derecho propio” como derecho autónomo**

También es posible entender por “derecho propio” la normatividad surgida en el seno de una comunidad

<sup>7</sup> En esta decisión la Corte examinó la constitucionalidad de la sanción de expulsión del grupo y la pérdida de sus propiedades, impuesta por las autoridades del cabildo de El Tambo (Tolima) a uno de sus miembros acusado de robo, sanción que la comunidad hizo extensiva además a la familia del infractor.

para ordenar su vida social, por oposición a la que se impone desde fuera. Tal entendimiento, más cercano al significado habitual de lo “propio”, plantea sin duda menos problemas que el anterior y resulta un mejor candidato para dotar de sentido a la expresión analizada. Sin embargo, de acoger esta interpretación, queda abierta la cuestión de si sólo se entienden como propias las normas y procedimientos que son creación *ex novo* por la comunidad, o si el derecho propio puede construirse con materiales venidos de fuera.

La primera alternativa se descarta tras reconocer que el dinamismo de las culturas es también el resultado de su interacción recíproca. Éstas, se ha dicho con razón, tienen casi todas una base multicultural, por cuanto lo que identificamos como “cultura” no es exclusivamente el logro de la comunidad en la que se gesta o a la cual se adscribe, sino que se forja con elementos procedentes de otros grupos humanos (Parekh, 2005:247). Parece forzoso admitir, en consecuencia, que así como una identidad étnica puede fraguarse con elementos tomados de culturas diversas, también el derecho de las comunidades indígenas admite ser construido con materiales provenientes no sólo del derecho estatal sino de otras tradiciones jurídicas diversas.

Por lo demás, tal ha sido el modo en que se han conformado muchas de las instituciones que hoy se reconocen como propias del derecho indígena: cabildos y resguardos son herencias del derecho colonial adoptadas desde finales del siglo XIX por el derecho estatal para normar a los pueblos indígenas, pero a su vez apropiadas por estos últimos hasta convertirlas en aspectos importantes de su organización social y política, así como en herramientas de su lucha por la autonomía territorial y política (Gómez, 2000:94). Penas corporales como el fuste y cepo, hoy reivindicadas como castigos propios del derecho indígena, también encuentran su origen en prácticas punitivas ejercidas durante la colonia contra los mismos indígenas que hoy reconocen en ellas su modo de castigar. Incluso instituciones como la “Constituyente Embera” podrían ser entendidas como parte de este proceso de apropiación del derecho estatal para reconstruir la normatividad (OIA, 2001; Sánchez Botero, 2004:51).

Para comprender de qué manera el “derecho propio” de las comunidades indígenas es el resultado de la interacción entre una pluralidad de ordenamientos jurídicos resultan de utilidad algunas de las perspectivas de análisis y de las categorías conceptuales desarrolladas en el seno del denominado nuevo pluralismo jurídico, por oposición al clásico o tradicional (Merry, 1988). El denominador común de tal enfoque es dejar de asumir

que las fronteras entre los sistemas jurídicos que conviven en una situación de pluralismo jurídico pueden delimitarse con claridad y que las relaciones entre ellos circulan en una sola dirección, como imposición del sistema jurídico hegemónico sobre los subordinados, los cuales sólo reaccionarían en términos de adaptación y resistencia. En su lugar, se destaca el carácter difuso de las fronteras entre las distintas jurisdicciones que comparten un mismo espacio social, entre los cuales se dan relaciones de constitución recíproca, sin que ello implique negar el papel hegemónico del derecho estatal en la construcción de las legalidades no estatales (Sierra y Chenaut, 2002:157). Para el caso que nos ocupa, tal perspectiva sugiere abandonar la pretensión de fijar de antemano dónde termina el dominio del derecho estatal y comienza el de la normatividad indígena, ya que entre dichos órdenes se tejen relaciones en virtud de las cuales “la jurisdicción se comparte, se ejerce, se impone o se delega de acuerdo con la situación y las relaciones de poder en cada momento” (Dover y Ocampo, 2003:35).

Tal modo de aproximarse al derecho indígena resulta de especial utilidad cuando se trata de entender la manera en que se conforma el derecho propio en el caso de aquellas comunidades que asisten a fenómenos de “re-indigenización”. Pero también facilita la comprensión del modo en que interactúan el derecho indígena y el estatal en el caso de comunidades que lograron resistir los embates de la asimilación y mantener viva su propia normatividad.

#### **IV. Examen de casos**

A continuación se presentan algunos casos extraídos de la jurisprudencia constitucional que ponen de manifiesto el carácter difuso de las fronteras entre derecho indígena y estatal debido a: (4.1.) la existencia de relaciones jurídicas entre los miembros de las comunidades indígenas cuya ambigüedad no deja claro si deben ser reguladas por el derecho indígena o por el derecho estatal; (4.2.) la apropiación de herramientas del derecho estatal por parte de los miembros de las comunidades indígenas para hacerlas valer frente a decisiones de sus autoridades tradicionales; (4.3.) la apropiación de herramientas del derecho estatal por parte de las autoridades indígenas con el fin de suplir las falencias y vacíos de la jurisdicción indígena.

##### **1.**

En el caso Laguna De Siberia (Sentencia T-009 de 2007) se decidió la acción de tutela interpuesta por el Gobernador y Representante del Cabildo

Indígena de la Laguna de Siberia (Municipio de Caldone, Cauca), quien consideraba que se le habían vulnerado a la comunidad sus derechos al debido proceso, a la integridad étnica, cultural y social, a la autonomía indígena y el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan con la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao de reconocer sumas de dinero por acreencias laborales, tales como cesantías, primas, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria a un miembro de la comunidad que trabajó como camionero entre 1998 y 2001. En su decisión, la Corte Constitucional consideró que se reunían todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia que hacen procedente el ejercicio de la jurisdicción especial indígena<sup>8</sup>. La Corte se apoya, de manera particular, en los conceptos formulados por los antropólogos Esther Sánchez y Herinaldy Gómez quienes explicaron el sentido y el procedimiento de solución de controversias entre la Comunidad y sus miembros en este tipo de casos. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera equivocadas las decisiones de los jueces de instancia que negaron la competencia para conocer el caso a las autoridades de la comunidad<sup>9</sup>, por lo tanto, decidió dejar sin efectos las decisiones de los jueces dentro del proceso ordinario promovido por el comunero Vitelmo Velasco Campo y, en consecuencia, ordenó que se remitiera el caso a las autoridades tradicionales del resguardo de la Laguna de Siberia para que asumieran competencia sobre el asunto.

## 2.

Un ejemplo de apropiación de herramientas del derecho estatal por parte de un indígena para oponer a las decisiones de sus autoridades tradicionales lo podemos encontrar en el Caso Pioyá (Sentencia T-1294 de 2005). En este caso, la Corte conoció la acción

<sup>8</sup> La Corte recuerda que “La noción de fuero indígena comporta dos elementos: i) uno personal (el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres); ii) geográfico (cada comunidad puede juzgar los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas). Los anteriores criterios son los que determinan la competencia de jurisdicción indígena. Sin embargo, para que proceda la aplicación de la jurisdicción indígena no es suficiente la constatación de estos dos criterios ya que también se requiere que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia del caso y, la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley en lo que respecta a los límites mínimos señalados en la sentencia T-349 de 1996 reiterada por esta”. Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007.

<sup>9</sup> Los argumentos de los jueces accionados para negar la competencia de la Corte son resumidos así por la propia Corte: “i) la inexistencia de tribunales especiales para dirimir controversias laborales; ii) inexistencia de órganos autónomos y con independencia para resolver el conflicto; iii) el trabajo dependiente y remunerado no hace parte de la tradición indígena de la comunidad y se distingue del trabajo comunitario o de las mingas; iv) la actividad comercial de transporte no compagina con la conservación de la cultura ancestral; y v) los derechos fundamentales del

de tutela promovida por un indígena de la comunidad de Pioyá (Departamento del Cauca) quien había sido condenado por sus propias autoridades a 40 años de prisión por el delito de homicidio. El tutelante consideraba que se le había violado su derecho a una pena justa y razonable al no imponérsele una pena que se encontrara dentro de los límites de la legislación colombiana (13 a 25 años). Para decidir, la Corte reiteró el principio de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones de acuerdo con lo establecido en la sentencia T-349 de 1996 y precisó que los límites señalados por la jurisprudencia a la jurisdicción indígena, comprenden los derechos intangibles a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura así como el derecho al debido proceso que se concreta en la legalidad en el procedimiento conforme a las normas internas previsibles de cada comunidad y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas. En aplicación de la anterior regla, la Corte consideró que la pena impuesta por el Cabildo indígena de Pioyá no había vulnerado derecho fundamental alguno del tutelante y que su actuación se encontraba ajustada a los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena al igual que a los usos y costumbres de la comunidad. Adicionalmente, la Corte consideró que no le asistía razón al demandante al señalar que la pena máxima para el homicidio en Colombia es de 25 años. Según la propia Corte, la pena de 40 años para el homicidio agravado no es contraria a lo dispuesto por la ley penal ordinaria, pues el Código Penal Colombiano, consagra para el homicidio agravado una pena máxima de la misma cuantía (artículo 104).

demandante en el proceso ordinario tales como el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y la protección al trabajo tiene prelación y se debe garantizar en toda actuación. El Juzgado concluye que “cuando la conducta solo es reprochable por el derecho estatal, en principio las autoridades judiciales son las llamadas a resolver el conflicto”.

No obstante lo anterior, la Corte eliminó la última parte de la decisión del Cabildo relativa a la inexistencia de beneficios durante la condena. Ello, por cuanto tal determinación sí resultaba ser contraria a las leyes ordinarias colombianas y porque dentro de los usos y costumbres de la comunidad Paez también

está contemplado el uso de rebaja de penas y concesión de libertad antes del cumplimiento de la sanción.

### 3.

Un ejemplo ilustrativo de la apropiación de herramientas del derecho estatal por parte de las autoridades indígenas lo ofrece el caso decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-549 de 2007, donde se resuelve la tutela interpuesta por un indígena Nasa condenado por las autoridades de los resguardos de Caldon y Pioyá a una sanción disciplinaria y a purgar una pena de 12 años de prisión, al ser declarado responsable por el delito de acceso carnal violento. Acusadas por el accionante de vulnerar el debido proceso, las autoridades indígenas sustentan la legitimidad de su proceder señalando que éste, no obstante omitir algunas garantías de juzgamiento contempladas en la legislación ordinaria, se ajustó a las normas y procedimientos propios de la comunidad. Pero al tiempo que las autoridades indígenas justificaron la no aplicación de ciertas garantías penales al amparo de su autonomía jurisdiccional, determinaron que la privación de libertad impuesta debía cumplirse en un establecimiento penitenciario estatal, invocando para ello la colaboración de la jurisdicción ordinaria, ante la incapacidad de asumir la ejecución de este tipo de sanciones en establecimientos propios. Este caso muestra de manera clara la fluidez de las fronteras entre jurisdicción indígena y ordinaria y la apropiación de elementos de esta última por parte de la primera.

## V. Conclusión

Para entender la manera en que se ha desarrollado la jurisdicción especial indígena en nuestro país y sus relaciones con el derecho estatal es preciso contemplar este fenómeno en un contexto más amplio que tenga en cuenta, por un lado, el tránsito de un modelo unitario a una concepción multicultural de la nación y, por otro, los procesos de fortalecimiento de la identidad indígena que intentan revertir las dinámicas de asimilación al campesinado asociadas a la concepción unitaria de nación.

Vistos en perspectiva, los procesos de construcción del “derecho propio” de las comunidades indígenas dejan ver las trazas de esas dinámicas contrapuestas de “asimilación” y de “reindigenización”. Lo primero se advierte en la importante presencia de elementos tomados del derecho estatal, como también en la tendencia a sacar algunos conflictos de la jurisdicción propia para ventilarlos ante la jurisdicción ordinaria, que se

aprecia en los tres casos antes examinados. Lo segundo, lo encontramos en el esfuerzo de las comunidades por reconstruir su derecho propio e impedir que sus conflictos sean llevados fuera de su jurisdicción, como se aprecia en igualmente en los casos examinados.

En los casos 4.1. y 4.2. se ponen de manifiesto relaciones jurídicas entre los miembros de las comunidades indígenas cuya ambigüedad no deja claro si deben ser reguladas por el derecho indígena o por el derecho estatal, al igual que la apropiación de herramientas del derecho estatal por parte de los miembros de las comunidades indígenas para oponerlas frente a decisiones de sus autoridades tradicionales. Tales casos pueden ser comprendidos a la luz de la noción de “interlegalidad”, propuesta por Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2001a:133). La noción de “interlegalidad” permite explicar de qué manera las situaciones de pluralidad de órdenes jurídicos repercuten sobre las conciencias y las acciones individuales, posibilitando no sólo que los individuos hagan un uso estratégico de estas diversas normatividades, sino que éstas se entrecrucen en las mentes y en las acciones de los individuos, hasta formar complejas mezclas y combinaciones de sentido.

A su vez, la apropiación de elementos del derecho estatal por parte que se aprecia en los casos 4.2. y 4.3., puede ser entendida a través de la noción de “hibridación”. Ésta permite analizar el modo en que los sistemas jurídicos que coexisten en un mismo espacio social se constituyen recíprocamente, a través de préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y coercitivos, dando lugar a mezclas, apropiaciones y a nuevas combinaciones de sentido, en los que se combinan elementos del orden local (derechos indígenas), nacional (derecho estatal) y global (derecho internacional) (Santos, 2001a:133; Sierra y Chenaut, 2002:157). Hablar de hibridación o constitución mutua no implica, sin embargo, desconocer las diferencias de poder entre los sistemas jurídicos en presencia y cómo tal situación otorga al derecho estatal una mayor capacidad para penetrar e incidir sobre los derechos indígenas; más bien propone no reducir el fenómeno a un simple trasplante o asimilación pasiva de los elementos del primero por parte de los segundos, y estar atento a las complejas dinámicas que pueden hallarse detrás de estas apropiaciones.

Empero, ¿cuáles son los límites de dicha apropiación? Aún no se dispone de una respuesta clara a esta cuestión, pero se considera que una buena guía para construirla sea indagar en qué medida el préstamo de dichos materiales contribuye a fortalecer los procesos de construcción identitaria de las comunidades indígenas o, por el contrario, a generar dependencia respecto

de otras instancias de creación normativa (Sánchez Botero, 2004:50). Probablemente se dará lo primero en la medida en que las propias comunidades participen en la construcción de las normas que configuran su orden social, así en dicha construcción tomen prestados materiales de diversa procedencia. En cambio, tenderá a darse lo segundo cuando estas normas se impongan desde fuera<sup>10</sup> o cuando las propias comunidades deleguen en “otros” las decisiones relativas a la construcción de su propia normatividad 

<sup>10</sup> Como ocurre, por ejemplo, con la figura de las “Asociaciones de Cabildos”, en cuya creación no participaron las comunidades indígenas sino que fue creada “desde arriba” por un decreto presidencial (D. 1088 de 1993).

## Bibliografía

- Anderson, Benedict (1993) *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Ariza Libardo y Daniel Bonilla (2007) “Estudio preliminar”. En: S. Engle Merry, J. Griffiths y B. Tamanaha. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá, Siglo del Hombre.
- Arocha, Jaime (1998) “Etnia y guerra: relación ausente en los estudios sobre las violencias colombianas”. En: J. Arocha, F. Cubides y M. Jimeno (comps.) *Las violencias: inclusión creciente*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Beverley, John (1999) *Subalternidad y representación: debates en teoría cultural*. trad. M. Beiza y S. Villalobos-Ruminott (versión española sin publicar).
- Bonilla, Daniel (2006) *La constitución multicultural*. Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes.
- Botero, Catalina (2003) “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En: *Precedente*, s.d.
- Ceballos, Nicolás (2007) “El caso Coca Nasa: algunas reflexiones sobre el carácter dinámico de las culturas y sobre el alcance de las decisiones de las autoridades indígenas en Colombia”. Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Popayán, Universidad del Cauca, octubre 18.
- Dover, Roberth V.H (2005) “Some notes on the nature of indigenous participation in the Colombian State: After the Constitutional Reforms of 1991”. In: *Sephis e-magazine* 1, 3.
- Dover, Roberth V.H. y Gloria Isabel Ocampo (2003) “Líneas de transgresión”. En *Boletín de Antropología* 17(34).
- Fabre, Alain (2005) Voz “Yanacona”, en: *Diccionario etnolingüístico y guía bibliográfica de los pueblos indígenas sudamericanos*. En: <http://butler.cc.tut.fi/~fabre/BookInternetVersio/Dic=Yanacona.pdf> (diciembre 4 de 2007).
- Fraser, Nancy (1997a) *La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. Bogotá, Cijus - Estudios Ocasionales.
- \_\_\_\_\_ (1997b) “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época ‘postsocialista’”. En: *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición ‘postsocialista’*. Bogotá, Siglo del Hombre.
- García Canclini, Nestor (1990) *Culturas híbridas: estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México, Grijalbo.
- Gómez, Herinaldy (2000) *De la justicia y el poder indígena*. Popayán, Universidad del Cauca.
- González, Fernán (1998) “La violencia política y las dificultades de construcción de lo público en Colombia: una mirada de larga duración”. En: J. Arocha, F. Cubides

y M. Jimeno (comps.) *Las violencias: inclusión creciente*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

González, Fernan e Ingrid Bolívar (2002) Voz “Nación”, en: M. Serje de la Ossa, R. Pineda Camacho y M. C. Suaza. *Palabras para Desarmar: Una aproximación crítica al vocabulario del reconocimiento cultural en Colombia*. Bogotá, Ministerio de la Cultura - ICANH.

Gros, Christian (1995) “Identidades indígenas, identidades nuevas’. Algunas reflexiones a partir del caso colombiano”. En: *Políticas de la etnicidad: identidad, Estado y modernidad*. Bogotá, ICANH, 2000.

\_\_\_\_\_ (1999) “Fundamentalismo protestante y poblaciones indígenas-campesinas: algunas hipótesis”. En: *Políticas de la etnicidad: identidad, Estado y modernidad*. Bogotá, ICANH, 2000.

Lopera, Gloria Patricia (2006) “*Derechos fundamentales y diversidad cultural: escenarios de conflicto en ejercicio de la potestad sancionadora de las comunidades indígenas*”. Ponencia en Jornadas “Constitucionalismo y garantismo: retos actuales”. Medellín, Universidad Eafit, septiembre.

Merry, Sally Engle (1988) “Pluralismo jurídico”. Trad.: C. Morales, L. Ariza y D. Bonilla. En: S. Merry, J. Griffiths y B. Tamanaha (2007) *Pluralismo jurídico*. Bogotá, Siglo del Hombre.

Morales T., Patrick (2000) “El Corpus Christi en Atánquez: identidades diversas en un contexto de reetnización”. En: *Revista Colombiana de Antropología* 36.

Ocampo, Gloria I. (1997) “Diversidad étnica y jurisdicción indígena en Colombia”. En: *Boletín de Antropología* 11(27).

Organización Indígena de Antioquia (2001) *Control social y justicia Embera. Compartiendo experiencias, Cristianía - Polines*. Medellín.

Parekh, Bhikhu (2005) *Repensando el multiculturalismo*. Madrid, Istmo.

Sánchez, Beatriz E. (2001) “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”. En: B. de Sousa Santos y M. García Villegas (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, II. Bogotá, Siglo del Hombre.

Sánchez B., Esther (2004) *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación.

Santos, Boaventura de S. (1998) *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, UNAL - ILSA.

\_\_\_\_\_ (2001a) “Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas”. En: B. de S. Santos y M. García V. (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, I. Bogotá, Siglo del Hombre.

\_\_\_\_\_ (2001b) “El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena”. En: B. de Sousa Santos y M. García V. (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, II. Bogotá, Siglo del Hombre.

Sierra, María T. y Chenaut, Victoria (2002) “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas”. En: E. Krotz (ed.) *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. México, Anthropos - UAM.

Sotomayor, Juan O. (1996) “La responsabilidad penal del indígena en Colombia: entre el mundo real y el mundo posible”. En: *Jueces para la Democracia* 26.

Zambrano, Carlos V. (1995) “Etnicidad y cambio cultural entre los Yanaconas del Macizo Colombiano”. En: *Revista Colombiana de Antropología* 32.