

# **Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI**

Fernando García, coordinador

María Eugenia Choque  
Esther Sánchez Botero  
Auki Tituaña  
Sinesio López

FLACSO - ECUADOR  
IBIS DINAMARCA

**©2000 FLACSO, Sede Ecuador**  
Páez N19-26 y Patria, Quito – Ecuador  
Telf.: (593-2-) 232030  
Fax: (593-2) 566139

ISBN: 9978-67-055-6  
Coordinador: Fernando García  
Coordinación editorial: Alicia Torres  
Gestión editorial: Cecilia Ortiz  
Diseño de portada y diagramación: Antonio Mena  
Impresión: Editora Argudo Hermanos

Quito, Ecuador, 2000

# Índice

<b>Introducción</b>	
Fernando García . . . . .	5
 Primera parte	
Reconstitución de pueblos y nacionalidades indígenas . . . . .	11
<b>La reconstitución del <i>ayllu</i> y los derechos de los pueblos indígenas</b>	
María Eugenia Choque . . . . .	13
<b>Aportes a la discusión</b> . . . . .	31
Blanca Chancoso . . . . .	33
Marcelino Chumpi . . . . .	39
Faustino Jahuirá . . . . .	45
 Segunda parte	
Justicia indígena . . . . .	55
<b>Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica</b>	
Esther Sánchez Botero . . . . .	57
<b>Aportes a la discusión</b> . . . . .	85
Ariruma Kowii . . . . .	87
Fernando García . . . . .	93
Lucila Lema . . . . .	99
 Tercera parte	
Autonomía y poderes locales . . . . .	105
<b>Autonomía y poderes locales: el caso de Cotacachi, Ecuador</b>	
Auki Tituaña . . . . .	107

<b>Aportes a la discusión</b> .....	119
Victor Hugo Sanga .....	121
Diego Iturralde .....	125
Manuel Lema Cando .....	133
 Cuarta parte	
Democracia y participación indígena .....	135
 <b>Democracia y participación indígena: el caso peruano</b>	
Sinesio López .....	137
 <b>Aportes a la discusión</b> .....	179
Felipe Burbano de Lara .....	181
Guery Chuquimia .....	191

Segunda parte  
**Justicia indígena**

# Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica

Esther Sánchez Botero\*

## Introducción

Cuando nos aproximamos a los procesos de adaptación de los habitantes de América antes del Descubrimiento, cualquiera sea el campo para observar, podemos concluir que proyectaron sin afán los acontecimientos que prospectivamente veían como viables, realizables y dignos de alcanzar. Llama la atención que hoy se nos invite a reflexionar para construir un futuro en el ámbito de la justicia, lejos de toda improvisación. Quiero contribuir a este importante espacio trayendo los más dignos y edificantes avances que se registran en Colombia, resultado de un serio diálogo intercultural que parte de la existencia variable de sistemas de Derecho en el marco de la nación.

## La Constitución de 1991, el comienzo de un gran cambio

En los últimos años se ha adoptado la nueva Constitución Política de Colombia que consagra el principio de diversidad étnica y cultural de la nación<sup>1</sup>. Esta no es una declaración puramente retórica sino que constituye una proyección en el plano jurídico del carácter democrático, participativo y pluralista de la República<sup>2</sup> y obedece a la “aceptación de la alteridad ligada a la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, diferentes de los de la cultura occidental”<sup>3</sup>. Los derechos propios que regulan la vida social de los pueblos indígenas de Colom-

---

\* Antropóloga colombiana, especialista en Antropología Jurídica.

1 Artículos 1 y 7 de la Carta Política.

2 ST - 188/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST - 342/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); SU - 039/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

3 ST - 380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC /95 (MP. Hernando Herrera Vergara).

bia, se pueden diferenciar por las normas, procedimientos y autoridades, así como por el tipo de casos o situaciones de que tratan. Las normas diversamente distintas, son manifestaciones de carácter social, religioso o mágico que guían el comportamiento del grupo y cumplen con la función de restringir y reprimir las desviaciones de lo que está previsto como deseable para el conglomerado social. Estas normas que deben estar garantizadas, son consideradas jurídicas por la coacción que pueden realizar los individuos o grupos socialmente reconocidos para ello.

La perspectiva teórica que nos permite hablar de la existencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico y no meramente de costumbres, es la del 'pluralismo legal' (Yrigoyen 1998). Esta teoría es el resultado de una empresa intelectual que tenía como propósito cuestionar las marcaciones de lo hegemónico y sus constricciones como un sistema en el discurso, y de comprender cómo operan los derechos alternativos, pensados por quienes los hacen vivir.

La manera en que el Estado nacional colombiano enfrenta la necesidad de favorecer progresivamente este nuevo orden social, a través de una ruptura con sus orientaciones monoculturales anteriores, implica que ha cedido de forma significativa a las demandas de los pueblos indígenas, pero ante todo que ha venido reconociéndolos y tratándolos como 'sujeto colectivo de derecho', es decir, diferente del 'sujeto individual de derecho' el cual era el único existente hasta la Constitución de 1991. Este nuevo sujeto tiene también derechos fundamentales a la vida y la integridad, no solo desde el punto de vista biológico, sino en cuanto a la cultura alterna que ellos representan. Concuera igualmente con una nueva manera en que los pueblos y sus organizaciones participan de la construcción de un nuevo discurso legítimo que busca pensar y realizar la multiétnicidad y la pluriculturalidad como construcciones políticas legitimadas.

El cambio de perspectiva que significa una ruptura simbólica trascendente, desde el Derecho estatal respecto del pasado, destinado a regular la aplicación coherente de ese reconocimiento de la diversidad, se refleja en la magnitud con la que en pocos años se han multiplicado los dispositivos legales institucionales, para reconocer y valorar a estos pueblos y sus particulares derechos propios. No solo las altas Cortes han definido mediante jurisprudencia, orientaciones edificantes para la nueva sociedad, sino que también instituciones públicas del campo de la salud, la educación y la protección a la familia se han embarcado en la promoción y realización de las adecuaciones necesarias para hacer efectivos los derechos propios de los pueblos, y regular normativamente aspectos que van más allá de la administración de justicia.

Para acercarnos a la realidad del fenómeno de la justicia indígena y de la jurisdicción especial, manifestación de diversidad y de su valoración en términos de interés general de la nación, quiero presentar los elementos de análisis de una hermosa y trascendental jurisprudencia de las autoridades indígenas paeces, del Resguardo de Jambalo, uno de los pueblos indígenas del Cauca, en Colombia. Con ba-

se en esta jurisprudencia<sup>4</sup>, y como telón de fondo, trataré de examinar el tema de la jurisdicción especial, lo cual desde su punto de partida manifiesta cómo se trata de una realidad viva que está ya funcionando.

CABILDO INDÍGENA RESGUARDO  
JAMBALO CAUCA  
COLOMBIA

---

*Delitos: Complicidad y Ofensa a la autoridad*

*Implicados: Comunidad Vereda el Tablón, Juan Medina, Abraham Medina.*

---

RESOLUCIÓN No 003 Marzo 6 de 1999

**ANTECEDENTES**

*El día 3 de abril a eso de las 9 de la noche en la Vereda El Tablón, ocurrió el homicidio contra el señor Eugenio Casamachín y la destrucción de dos viviendas e hirieron con armas de fuego al señor Luis Carlos Casamachín. Parentesco: padre e hijo. El Cabildo asume la investigación de acuerdo a la Jurisdicción propia y procede a detener seis sospechosos con los nombres de: Jorge Enrique Taquinas, Mariano Taquinas, Rodrigo Taquinas, Gustavo Taquinas, Roberto Taquinas, y Álvaro Taquinas; estas personas fueron trasladadas al Despacho del Cabildo para ser indagadas lo que dio cumplimiento a través de la Comisión Jurídica.*

*El día 29 de abril el Cabildo se trasladó hasta la Vereda El Tablón con el fin de realizar la Asamblea, la que se realizó y se presentaron las conclusiones de las indagaciones hechas a los implicados, afectados e investigados en el momento de tomar la decisión final sobre la sanción y castigo que se debía aplicar; los comuneros de la Vereda El Tablón manifestaron que ya se habían reunido para decidir el castigo; que solo se les aplicarán como castigo 5 fuetazos a cada uno y la reconstrucción de la casa como acción, argumentando que ellos eran personas que han colaborado con la comunidad; que la familia Casamachín eran personas que estaban realizando males a la comunidad, a las familias, que como consecuencia de esos males han muerto niños. Con esos argumentos la comunidad justificó la muerte de Eugenio Casamachín, demostrando con esa actitud que eran parte y arte del homicidio y atentando contra la familia de Eugenio Casamachín.*

---

<sup>4</sup> Extendiendo este concepto a la declaración en derecho, pública y oficial que marca un nuevo derrotero dentro del sistema de derecho propio, en este caso del pueblo paez.

*Ante este hecho el Cabildo en cabeza del Gobernador Marco Antonio Cuetia tomó la decisión de castigar a los autores materiales e intelectuales con 5 minutos de cepto y 48 fuetazos cada uno y como sanción la reconstrucción de la casa, lo que fue aprobado por la mayoría de los presentes. En la Asamblea se procedió a dar cumplimiento al castigo a cada uno de los implicados; en esos momentos hubo más resistencia por la comunidad del Tablón y en especial por unos comuneros en cabeza del profesor Juan Medina, diciendo que lo bajaran cabildos huevones, ya no le dije que él había sido...ofendiendo a la Autoridad e interrumpió la norma que nadie's puede hacer bulla, ni reírse cuando se está castigando a una persona, delito que se castiga de la misma forma que se está castigando al implicado u otro, según decisión del Cabildo.*

## CONCLUSIONES

1. *La comunidad de la Vereda el Tablón era conocedora del problema entre la familia Casamachín y la familia Taquinas y los acuerdos que hicieron nunca lo informaron al Cabildo.*
2. *Todas las muertes ocurridas en la Vereda el Tablón han sido motivadas por la competencia y el mal uso de la Medicina Tradicional entre comuneros que como consecuencia a traído venganzas, muertes de adultos y niños con complicidad de la comunidad.*
3. *No es aceptable que la comunidad dé, el visto bueno ante un homicidio con el solo argumento de que era brujo, porque se viola el derecho a la vida y los derechos humanos.*
4. *EL comunero Juan Medina Rivera en calidad de profesor ofendió al Cabildo y violó la norma que nadie puede hacer bulla, ni reírse, cuando se está corrigiendo a un comunero, porque este acto es sagrado e inviolable que se castiga de la misma forma como se está castigando al comunero o según decisión del Cabildo.*
5. *Ninguna comunidad puede tomarse la Autoridad de hacer justicia o pasarse por encima de la Autoridad máxima, porque todos son parte del Resguardo regidos por la legislación indígena de 1890 y Artículo 246 de la Constitución colombiana.*
6. *Que para la comunidad del Tablón era preferible ver muerto las personas que castigarlos con el cepto o fuate.*

*Ante este hecho de complicidad y ofensa contra la Autoridad máxima del Cabildo, el Cabildo Indígena, Resguardo de Jambalo en uso de sus Facultades Jurisdiccionales que confiere la ley 89 de 1890 y el Artículo 246 de la Constitución Colombiana, el fallo de por la Corte Constitucional No T 523/97.*

**RESUELVE**

*ARTÍCULO PRIMERO: Sancionar a la comunidad del Tablón a partir de la fecha, suspender al promotor de salud, Hogar de Bienestar FAMI y el Apoyo en Proyectos de la Alcaldía, Cabildo y entidades del Estado y otros durante tres (3) años, y dependiendo del comportamiento se apoyará nuevamente.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: Suspensión de los derechos como indígena al señor JUAN MEDINA, identificado con cédula de ciudadanía número 76.002.799 de Jambalo Cauca, por haber incurrido en el delito de OFENSA A LA AUTORIDAD MÁXIMA VIOLACIÓN DEL RITO DE SANCIÓN A UN COMUNERO, durante tres (3) años a partir de la fecha.*

*ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese a las autoridades: Asociación Cabildos del Norte, Alcaldía Municipal, Consejo Regional indígena del Cauca (CRIC), Entidades Departamentales y Nacionales, la sanción decidida.*

*ARTÍCULO CUARTO: El Cabildo seguirá ejerciendo el control Jurisdiccional en la Vereda a través del Cabildo, sin ninguna interrupción y en caso de represalias con el Cabildo veredal o de la Directiva General se iniciará un proceso Jurídico a los comuneros implicados.*

*ARTÍCULO QUINTO: Durante el tiempo de sanción si la comunidad se comporta bien y contribuye a corregir los errores, el Cabildo cancelará la decisión o de lo contrario ampliará la sanción.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

*Gobernador Marco A. Cuetia Gersain Cuetia Dagua Alcalde Mayor del Cabildo  
(Otras firmas de autoridades)*

## **Los derechos diferenciados de grupo Jurisdicción indígena y competencia**

La Ley 89 de 1890 establecía que los gobernadores del Cabildo podían sancionar las fallas contra la moral hasta con cinco días de arresto, lo que fue interpretado como si se debiese aplicar sólo para los ‘casos menores’. Históricamente, este hecho cambia desde el punto de vista formal con el reconocimiento de la jurisdicción especial en la sociedad multicultural. Las autoridades con competencia no solamente pueden juzgar y sancionar todos los asuntos dentro de su territorio como única limitación, sino que se los trata preferencialmente, para optar de manera temporal, o no, a este derecho. Así, mientras en el caso de la jurisdicción indígena, la Cons-

titución usa el verbo “*podrán* ejercer funciones jurisdiccionales”, lo que implica el conceder una facultad, en las demás instituciones con jurisdicción se utilizan verbos en la forma imperativa o en el presente simple: ‘es’, ‘son’, ‘cumplirá’. Esta diferencia se deriva de que la jurisdicción como función soberana del Estado no necesita ser reconocida constitucionalmente, sino reglamentada constitucionalmente. En el caso de los pueblos indígenas que no son Estados independientes, la posibilidad de administrar justicia sí necesita de un reconocimiento expreso. En la Constitución colombiana este reconocimiento no pretendía atribuir una función sino un derecho a los pueblos indígenas (Sánchez y Jaramillo 2000).

La afirmación “*podrán* ejercer...” expresa que se concede a las autoridades indígenas la posibilidad de disponer o no de ese derecho, precisamente en reconocimiento de la capacidad que sus ejecutorias pueden traer internamente, como también del hecho real que los pueblos indígenas no son homogéneos con relación a la forma en que están vinculados con la sociedad mayoritaria. Podemos afirmar que unos más que otros, resistieron históricamente la obligatoriedad de sacar sus casos a la jurisdicción nacional, siguieron fielmente las determinaciones hegemónicas y alteraron muchas de sus instituciones, por lo que en estos pueblos de manera particular estas instancias se encuentran debilitadas y continúan sacando los casos al sistema nacional. Otros en cambio, resistieron y continuaron aplicando justicia y abriéndose ocasionalmente al sistema nacional para algunos asuntos.

Es importante definir porqué estos indígenas han sido sujetos de un derecho particular, de una discriminación positiva, a diferencia de otras minorías también reconocidas en la Constitución. Las preguntas de fondo que plantean estas discusiones son: ¿quiénes son sujetos de derecho? y ¿qué derechos tienen los sujetos de derecho? ¿Deben ser estos derechos diferentes de acuerdo con el tipo de sujetos de derecho a que se refiere? Así, de las preguntas anteriores que son jurídicas, se pasa a las preguntas políticas: ¿Quiénes deben ser considerados sujetos de derecho? ¿Qué derechos deben tener los sujetos de derecho, si se tienen en cuenta las particularidades de la realidad constituida como sujetos de derecho? (Ibid.).

En el desarrollo de estos planteamientos se ha concluido que efectivamente, como lo expresa la argumentación de la sentencia que nos sirve de ejemplo, son sujetos de derecho las personas distintas y como tales, requieren un trato discriminatorio positivo, puesto que el reconocimiento de la igualdad formal debe trascender al de la igualdad real. Uno de los derechos reconocidos por su calidad de distintos es el derecho a la ‘autodisposición’. Implica que el grupo, como lo demuestran los paeces, pueda organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y sus deseos. Éste incluye por lo tanto, el derecho del pueblo indígena a regirse por sus ‘propias normas’<sup>5</sup>, lo que a su vez incluye la posibilidad de crear normas y aplicarlas.

5 Más adelante reflexionaremos sobre el significado profundo de lo propio.

A la luz de estas consideraciones sobre los elementos a partir de los cuales se construyen los derechos de los pueblos indígenas y sobre todo, teniendo en cuenta que lo que estos grupos reclaman es la posibilidad de mantener prácticas culturales diversas a las de la mayoría de la población del Estado del que hacen parte; y, desde el punto de vista étnico, de arreglar asuntos internamente, este derecho de aplicar normas cobra toda su importancia.

La Corte Constitucional ha fortalecido el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos de derechos colectivos fundamentales y no como meras realidades fácticas y legales. En efecto, la singularidad propia de estas comunidades, en las cuales se reproducen y se manifiestan formas diferentes de vida social plenamente aceptadas por el texto constitucional, que son asumidas como vivencias colectivas y no se encuentran mediadas por los miembros individuales del grupo, los cuales a su vez, no conciben una existencia separada de la comunidad, es el presupuesto básico del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural<sup>6</sup>.

La permanencia de un grupo como diverso depende de su éxito en la transmisión de los valores culturales. Este proceso a su vez, depende en primer lugar, de la efectividad de las estrategias de socialización primaria y en segundo, de la efectividad del control social. El momento de la socialización primaria corresponde a los primeros años de vida del individuo. En nuestras sociedades ocurre principalmente en el entorno de la familia y la escuela, de ahí que las comunidades reivindiquen la posibilidad de educar a sus miembros según sus propias costumbres. El control social, por otra parte, requiere tanto de la posibilidad de establecer normas que desarrollen los valores culturales generales, como de la de aplicar estas normas para corregir las desviaciones (Sánchez y Jaramillo 2000). La reflexión que hace la autoridad, volviendo al caso de la jurisprudencia, manifiesta una adaptación eficiente del sistema de Derecho propio, a la nueva realidad que vive la nación como la producción creativa de nuevas leyes para la convivencia armónica.

Entre nosotros, el principal mecanismo de control social constituye el conjunto de normas que llamamos 'jurídicas', el 'Derecho', que distinguimos de las normas morales y de los usos sociales; y asignamos aplicación de estas normas a un aparato especializado y bien identificado que integra el 'sistema judicial'. El desarrollo de nuestras prácticas sociales nos ha llevado también a establecer reglas específicas sobre quiénes pueden crear normas jurídicas y cómo pueden hacerlo, y a definir quiénes aplican las reglas jurídicas<sup>7</sup>.

6 ST - 380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC - 05894 (MP. Alejandro Martínez Caballero); SC - 139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST - 349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

7 Max Weber es uno de los sociólogos que con mayor lucidez ha presentado esta evolución. Usando los tipos ideales del Derecho irracional material, irracional formal, racional material y racional formal, muestra cómo a través de la historia de Occidente, el Derecho ha asumido la forma de Derecho racional formal. El Derecho racional formal se caracteriza por contar con reglas claras y con normas sobre la creación, cambio y aplicación del Derecho mismo. Véase: Max Weber, *Economía y Sociedad*, especialmente el capítulo titulado "Economía y Derecho". Como mostraremos más adelante, uno de los más influyentes teóricos del Derecho contemporáneo, H.L.A Hart, recoge estas impresiones de la Sociología al explicar que nuestros sistemas jurídicos se ca-

Los pueblos indígenas no necesariamente identifican un sistema de normas como 'jurídico' para distinguirlo de otros. Tampoco todos reclaman tener un 'sistema judicial'. Pero para mantenerse como grupos han contado con métodos de control social. El reconocimiento y la protección de estas prácticas es vital para que puedan seguir existiendo como grupos diversos. Este reconocimiento y protección se dan a través del derecho de los pueblos indígenas para administrar justicia según sus propios usos y costumbres.

### La jurisprudencia de las autoridades de Jambalo

El reconocimiento de la Carta Política de 1991, como lo manifiesta esta edificante jurisprudencia, permite a cada uno de los individuos de este pueblo paez vivir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales<sup>8</sup>. Con base en este marco de valoración de la cultura propia, los miembros del pueblo paez comparten por ejemplo, la existencia de brujos, por lo que se diferencian de otros colombianos pertenecientes a una cultura mayoritaria que creen en la existencia del hijo de dios, un ser humano que -nació de una virgen- fue crucificado, muerto y sepultado, subió al cielo y (...), elementos de otra cultura, la cual forma parte también de un complejo cuadro de creencias. Realidades como las enunciadas, pueden ser concebidas formalmente como 'mundos posibles', los cuales son 'mundos reales' para aquellos que los comparten. Estos 'mundos posibles' que no necesariamente pueden ser probados positivamente y que sin embargo existen, son reales, delimitan los ámbitos de lo cultural y guían a las personas para que sus comportamientos tengan sentido, lo cual es básico para la interpretación intercultural substantiva, porque permite establecer los núcleos fundamentales de lo diverso para ser reconocidos, trascienden la extensión de una única visión del mundo conducente a una única explicación. Cada individuo es concebido entonces, como portador de características específicas, como ser único y singular con capacidad para hacer efectivo su propio proyecto de vida, todo lo cual lo autoriza a reivindicar para sí su propia conciencia ética<sup>9</sup>.

La sentencia de las autoridades de Jambalo, uno de los pueblos indígenas de Colombia, es la manifestación histórica de la existencia de otras culturas, de otros sistemas de Derecho propio, es decir en este caso, de una sociedad semiabierta cu-

---

racterizan por contar con reglas secundarias que especifican la manera en la que se determinan cuáles normas son jurídicas y se establecen procedimientos para la creación, cambio y aplicación de normas jurídicas. Véase: H.L.A Hart, *El concepto del Derecho*.

8 ST - 496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

9 ST - 523/97 (MP. Carlos Gaviria Díaz)

yos miembros comparten y han internalizado lo tradicional, es decir, la experiencia aprendida por generaciones, sobre la base de líneas al pensamiento que obligan a la realización de unos usos y costumbres muy específicos y determinados.

## Las huellas del pasado

Si se realizara una estratigrafía, a la manera de un corte arqueológico, para conocer las huellas respecto de la organización política y jurídica de este pueblo, posiblemente se podrían deducir elementos que ellos definieron en tiempos prehispánicos, otros, de los que se apropiaron en el contacto con otras sociedades indígenas y que adaptaron con mayor coherencia a su sistema, y aquellos que les fueron impuestos desde la sociedad hegemónica tanto en el ámbito nacional como internacional, y que de tanto ser obligados a usarlos se volvieron costumbre. Esos elementos llenos de contenido en esta sentencia como: ‘Cabildo’, ‘Resolución’, ‘Asamblea’, ‘Cepo’, ‘Derechos Humanos’, ‘Fuede’, ‘Fallo de la Corte Constitucional No. T523/97’(...), son elementos internalizados como propios y en este proceso de apropiación se comparten entre los miembros indígenas de esta sociedad.

## Las características del ser indígena

Los imaginarios sobre lo indígena impiden a muchos miembros de la sociedad mayoritaria pensar la existencia de pueblos o individuos indígenas. Se duda de su existencia y no se da valoración y respeto a sistemas jurídicos diferenciales al derecho positivo nacional, puesto que quienes lo conocen y lo utilizan para vivir un horizonte de bienestar y armonía, no son identificados como indígenas. Han sido pensados erróneamente como seres cuya identidad ontológica está definida por nacimiento, criterios de ‘raza’ o por determinadas características de un pasado ya inexistente.

Aunque un católico sigue siéndolo hoy, a pesar de haber modificado formas o usos y costumbres del pasado, los indígenas no son pensados ni tratados como seres en devenir, es decir como sociedades que comparten una identidad no inmanente ni estática, sino que son invención permanente de identidad.

Los paeces y con ellos todos los pueblos indígenas, como todas las sociedades, incorporan conocimientos, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo, producto de relaciones sociales con diferentes grupos. Este orden está configurado ampliamente por las redefiniciones de la cultura, la cual se ha modificado históricamente, y puede concluirse que una cultura está siempre en devenir y que, como marco, sirve de guía para los comportamientos que otorgan significaciones compartidas.

Algunos jueces se preguntan cómo estar seguros de que pese a las pérdidas culturales -porque muchos ya no tienen su ropa o su lengua-, a las imposiciones

e incorporaciones como un nuevo sistema religioso o una economía de mercado, en una sentencia como la de Jambalo lo ‘conceptuado’ y ‘reconocido’ como indígena siga siendo hoy ese pueblo, ese sistema cultural, ese mismo indígena. Se preguntan ¿cómo registran los indígenas los cambios, y a partir de qué realidades o modificaciones, representan la desaparición de su existencia cultural y de su identidad como pueblo? Se cree, muy erróneamente, que un sistema muere y cambia, porque cualquier modificación de su ‘tradición’, ya sea por creación interna, incorporación, apropiación o imposición de fenómenos es pérdida y ‘descaracterización’.

La condición indígena tampoco puede ser el conjunto de fenómenos relacionados con base en una visión evolucionista según la cual a mayor implantación de fenómenos de otras sociedades, menor es la identidad o la cultura (Sánchez 1996). Se ha fijado, y con efectos muy problemáticos en Colombia, la regla por la cual la protección que la Constitución Política otorga a la identidad e integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas y a sus usos y costumbres tradicionales, tiende a ser mucho más intensa en cuanto mayor sea la preservación de la identidad, los usos y costumbres ‘tradicionales’ de la comunidad indígena de que se trate. Por contraste, en este sentido, entre mayor sea el grado de aculturación, menor será el de protección que la Carta dispense a su integridad étnica y cultural. ¿Será que un indígena que vive en un núcleo urbano a kilómetros de distancia del lugar donde nació y creció, cambia necesariamente de cultura e identidad en un proceso de transfiguración? ¿Será que el número de horas, días, años, compartidos con otra cultura, podrán ser indicadores positivos de pérdida de identidad?<sup>10</sup>. Esta ‘visión’ aplicada en concreto, define que un indígena que alcance niveles de educación fuera de su pueblo, se vista como un campesino o como universitario urbano, no hable su lengua o desconozca elementos de su cultura que no están homogéneamente repartidos en todas las sociedades<sup>11</sup>, ha dejado de ser indígena o está en proceso de pérdida de identidad. Con este criterio se establece la prestación o no del servicio militar obligatorio (C.P., Artículo 216), que exime a los indígenas, bajo el principio de discriminación positiva<sup>12</sup>. La interiorización de elementos socioculturales y de cultura material pertenecientes a otras sociedades<sup>13</sup> y culturas que supuestamente acaban con la identidad, en muchos casos es condición necesaria para poder exis-

10 La introducción que hace el profesor Gerardo Reichel Dolmatoff, con reconocimiento de Claude Levi Strauss en el libro ‘Desana’ es un extraordinario contraste de nuestras tesis en el sentido de que la separación física, incorporar oportunidades de otras culturas y el tiempo de convivencia en otras sociedades no son de ninguna manera, razones para ‘descaracterizar’ étnica ni culturalmente a un pueblo o individuo como es el caso de Antonio Guzmán, el informante de este trabajo.

11 El conocimiento de mitos, de la botánica, de la culinaria, como componentes culturales, no necesariamente se reparten por igual en una sociedad. Probar que un individuo no habla su lengua, olvidó o nunca conoció de medicina tradicional, no puede ser razón para descartarlo como indígena.

12 SC - 058/94 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

13 ¿Quién dudaría del beneficio de las vacunas, o del bilingüismo?

tir<sup>14</sup>. La singularidad propia de estas comunidades en las cuales se reproducen y se manifiestan formas diferentes de vida social, son los sentimientos y las vivencias colectivas<sup>15</sup> que siempre son cambiantes y siempre se recrean con el tiempo. No se trata de estructuras petrificadas o ‘camisas de fuerza’ que no se modifican temporal o definitivamente.

El significado de la ‘tradicición de los usos y de las costumbres’

El artículo 246 de la Constitución Política, define que:

...las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales de acuerdo a sus usos y costumbres, siempre que no contravengan la Constitución y las leyes.

¿Cómo hace un pueblo para ejercer un derecho que le ha sido concedido, si no tiene ‘usos y costumbres’?, ¿son usos y costumbres tradicionales las formas adaptadas que provienen de la sociedad mayoritaria? Los paeces han realizado un proceso de construcción y reconstrucción de la tradición que se mira externamente como problema. Es necesario examinar esta realidad a la luz de la conservación y la autonomía. La Corte Constitucional define el principio: “a mayor conservación de la tradición mayor autonomía”. Pero veamos dos de las implicaciones que trae este principio.

- La opción de la reconstrucción de la tradición para hacer justicia, es valiosa y debe ser protegida; sin embargo, hay un peligro cuando se presenta esa opción como la única viable, cuando se le exige a un pueblo ser tradicional, cuando se le exige reconstruir. Muchas veces esa reconstrucción lleva a fundamentalismos, a que se quieran adoptar prácticas que el mismo pueblo hace tiempo descartó porque eran atentatorias contra la vida, como el caso de los ingas del bajo Putumayo que volvieron al cepo ya abolido, para tener ‘usos y costumbres’ reviviendo ‘formas propias’ que históricamente han desechado, han reconsiderado y abandonado para dar cumplimiento al requisito de la Corte sobre formas conservadas, ya que se puede buscar volver a lo clasificado hoy como ‘tradición’, que en el caso del fuate y el cepo fueron impuestos a ‘cepo y fuate’ en el siglo XVIII por los españoles.
- Este es un problema esencial en los procesos de reconocimiento porque pocos pueblos pudieron resistir eficientemente el imperialismo jurídico, es decir, la intervención forzada del de fuera. Entonces, la mayoría de ellos no tienen ‘uso

14 ¿Cuántos sujetos por ejemplo, viajan para estudiar en otro país y por ello no pierden el reconocimiento social y el sentido de identidad como colombianos?

ST - 188/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

15 S T - 188 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

y costumbre’, no tienen nada que sea previsible o concretamente identificable. Lo que aplican algunos, y no todos, son decisiones que en la mayoría de los casos, no son estrictamente ‘tradicionales’.

- Algunos usos y costumbres podrían ser tratados como antijurídicos. Otro aspecto para analizar es que la aplicación de los ‘usos y costumbres tradicionales’ que se exaltan como expresión de autonomía está condicionada a que se respeten los mínimos jurídicos impuestos para todo colombiano, sin distinción de etnia, raza o cultura, lo cual puede entrar en conflicto cultural y normativo con la conservación. Lo ‘tradicional’ es erradicar al brujo, y hacerlo, es contrario al derecho a la vida como fundamental, por lo tanto no es coherente este principio y no puede ser aplicado. Este precepto se genera cuando una comunidad muy ‘aculturada’ tiene que ceder al respeto individualizado de un comunero frente al sujeto colectivo, con base en la mayor internalización de éste como sujeto de derecho que el del pueblo como colectivo.

Resulta inadmisibles también, para los agentes del sistema externo, aceptar como propias, las formas del sistema de Derecho positivo nacional ‘apropiadas’ y hoy en uso, y pensadas como tradicionales dentro de estos pueblos. Estos hechos vuelven necesario aclarar cómo la internalización de otros fenómenos de cultura, en este caso de formas jurídicas, no son menos cultura que la ‘propia cultura’; si se toma en cuenta que ésta es un producto contemporáneo resultado de la mezcla adaptada desde varios orígenes. Por lo tanto, el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural implica aceptar que la existencia de costumbres distintas en algunos pueblos es la combinación de culturas, y que pese a no tener ‘cultura propia’, étnicamente se reservan el derecho de decidir sobre asuntos que se consideran de su competencia.

Se puede concluir que las formalidades del debido proceso, dentro de la sentencia objeto de este análisis, como es la búsqueda de pruebas diferentes a la lectura de ‘señales’ realizadas por un T’Wala, la organización del Cabildo y el reconocimiento de sus autoridades, son ‘tradición’ como en estricto sentido afirma el diccionario: “la tradición es comunicación o transmisión de noticias, doctrinas, ritos, costumbres [...] hechas de padres a hijos al correr los tiempos y sucederse las generaciones”.

### **El uso discrecional de hacer justicia**

Los paeces como algunos otros pueblos, resistieron internamente con la contraposición de formas propias y con base en un movimiento de revitalización de lo indígena, elemento que nunca se perdió. Tienen internamente una organización formal que permite juzgar y sancionar a quienes, como en este caso, se tomaron la potestad de hacer justicia por mano propia, la cual nunca ha sido avalada como debida.

Contrario a esta actuación, si las autoridades enfrentan situaciones de difícil resolución con las herramientas internas, pueden demandar solución en el mundo externo, lo cual está constitucionalmente considerado.

Las adecuaciones necesarias frente a la nueva situación, implican problemáticas no previstas frente a las cuales existen aún muchos interrogantes. Con base en el principio de autonomía del pueblo, la autoridad define por ejemplo: “como no puedo controlar el caso lo envío fuera”. El mecanismo externo de acomodación es: “como yo lo respeto tanto, se lo devuelvo”. Las autoridades embera chami y embera catio de Antioquia, han recibido para actuar en reconocimiento de su jurisdicción, casos que ellos remitieron a la jurisdicción nacional. Es el caso de dos indígenas asesinos de un tercero, también indígena. Reiniciado el proceso son enviados por la Fiscalía para ser juzgados y castigados de acuerdo con el Derecho propio y por las autoridades que constitucionalmente tienen la competencia. La salida radica en que los juzgados son remitidos por peligrosos a la cárcel local.

Los paeces, pese a estas dos vías alternas, una interna y otra externa, no paran la búsqueda para volverse a apropiarse de formas ya en desuso, abolidas o reprimidas, como también a construir nuevas salidas propias, tomando elementos del sistema externo.

### ¿Jueces para casos menores?

Los paeces registran históricamente que hubo un tiempo en el cual los asesinos de brujos eran trasladados fuera de su pueblo, pasaban a la jurisdicción nacional para ser encarcelados y usurpaban el derecho de las autoridades y de la comunidad para reconocer en el sujeto asesino un benefactor de la comunidad. También está en su memoria la presencia de expertos antropólogos que demostraban mediante peritajes cómo los asesinos estaban culturalmente condicionados para erradicar la fuente de un mal, y de ninguna manera eran inmaduros o insanos psicológicamente para cometer esta acción. La costumbre tradicional que era llevada a cabo en estos casos, tuvo que modificarse con el tiempo, pues resultaba complicado sortear las consecuencias que podía traer la aplicación de sus propias formas de juzgar y sancionar, reprimidas por la sociedad hegemónica. Los paeces siempre hicieron uso de los espacios libres que podían ser utilizados y actuaron de manera autónoma frente a las situaciones, cada vez que lo pudieron hacer. Por ello, no perdieron el conocimiento previsible de cómo hacerlo, pues mientras les fue negado ese derecho, lo abordaron como parte de su memoria, la cual se enseñaba a los jóvenes en el contexto de la tradición oral.

## Las formas jurídicas predeterminadas

Se registra, como ya se ha mencionado, una variada tipología de formas resultantes de procesos de resistencia, revitalización y de construcción de identidad, que deben clasificarse como ‘copiadas’, ‘apropiadas’ o ‘impuestas’ por un sistema externo, en el que no podrían estar codificadas realmente como ‘tradicionales’, pero que son las que el mismo pueblo, internamente, autónomamente, considera como las formas propias de su jurisdicción interna. La adaptación es resultado de una dialéctica muy compleja de ‘encerramiento’, y de ‘apertura’ porque de estar totalmente encerrados no hubiesen sobrevivido pero, tampoco hubiesen podido existir, de abrirse totalmente.

Este hecho es contrario a la visión que parte de que las autoridades se limiten a descubrir y aplicar una ley, como también a definir la responsabilidad en términos diferentes en comparación con el sistema hegemónico como referente. Esta perspectiva, objeto de discusión, parte de que el sistema de derecho propio es estático y funciona como una caja cerrada que ya ha definido todas las respuestas para dar solución a todas las problemáticas históricamente posibles. En contraste con esta visión las autoridades paeces crean Derecho, como lo demuestra el caso.

## Las dificultades para caracterizar los derechos propios: correspondencias y equivalencias

Con base en las presiones del sistema externo para que los pueblos definan y demuestren la preexistencia de estas cajas llenas de normas, los jueces del sistema judicial nacional toda vez que el caso sale al sistema externo, se preguntan dónde se halla la norma aplicable. Algunos pueblos empiezan entonces a escribir sus sistemas y tipifican a la manera del Derecho positivo, tanto los delitos como las sanciones; extienden con ayuda de sus asesores no indígenas, la visión de un único sistema de Derecho. Esta búsqueda forma parte de un movimiento un tanto globalizado, en el que participan intelectuales indígenas y no indígenas del cual me diferencio (Sánchez Botero 1997). Contrasta esta opción con la búsqueda de autoridades que recrean y crean nuevas formas de organización para tener un nuevo equilibrio que históricamente fue desestructurado. Son procesos alimentados por la revitalización y recuperación de identidad que están alentados por el respeto y reconocimiento que las culturas indígenas empiezan a tener.

Aunque choquen por ‘exóticas’, ‘fuertes’ o ‘débiles’ las sanciones impuestas por las autoridades indígenas, aunque las ‘señales’ sean desdibujadas para los jueces externos cuando conozcan de ellas, tendrán que evaluarlas como manifestación de la diversidad y podrán hacerlo solamente en la medida que entren a comprenderlas desde el contexto cultural desde donde se emitan. Exigir un modelo similar es continuar el proceso de imperialismo jurídico reconocido hasta hoy. La Corte Consti-

tucional frente a la noción del debido proceso, definió que “éste debe ser interpretado en forma amplia, ya que exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a la nuestra, permitiría una completa distorsión del pluralismo como principio básico de la Carta”.

### Las sociedades indígenas introyectan los mínimos jurídicos

La sentencia que estamos analizando es un extraordinario ejemplo que tipifica los cambios que se han dado entre los pueblos indígenas. Los *paeces* concretaban ‘la acción fatal’<sup>16</sup> para eliminar a los brujos, porque estaban ‘condicionados culturalmente’ tanto para reconocer en unos seres la capacidad humana de causar daño, como el interés general por defender, aunque en su sociedad existiera la prohibición de matar. Hoy, la jurisprudencia *paez* amonesta mediante sentencia, la obligatoriedad de los comuneros para demandar de la autoridad castigo distinto de la pena de muerte usada hasta ahora, siempre que detectaren la existencia de un brujo. Aparece como ‘apropiada’ la demanda impuesta por la Constitución del respeto a la vida como mínimo jurídico para todo colombiano, sin distinción de etnia raza o cultura y continúa, por así decirlo, centralizada en la autoridad Indígena competente, la potestad para determinar a quién y cómo castigar.

En un estadio preconstitucional o de principios de siglo, lo diferente simplemente se estigmatizaba y se pretendía su transformación para adecuarlo a la vida civilizada. Esta famosa Ley de 1890 sobre los salvajes que deben ser llevados a la vida civilizada, es una negación de cualquier posibilidad de expresión de control social y de absoluto desconocimiento de estos universos; refleja negación, estigmatización y ánimo transformador o, por así llamarlo, redentor. Se pasa a una situación en la que se reconocen estos derechos de grupo y se imponen unos límites, que no se pueden subestimar.

El cambio es muy significativo. Algunos dirán: ‘pero, ¿por qué imponer cuatro mínimos?’. Y aunque esto se podría ver desde la sospecha, ha habido una cesión de poder, ganada por los grupos indígenas, entregada por mera debilidad estatal o por lo que fuere. Pero se registra una verdadera cesión de poder que está en tensión política. Los pueblos indígenas han entregado algo que los hace someterse y es que, por lo menos hasta el momento, no han manifestado su deseo de ser Estados independientes. Puesto que no lo son, tiene que haber alguna articulación con el Estado nacional; su autonomía no puede ser completa y cuando solamente se ponen cuatro derechos como mínimo, ese es un punto ideal, que merece un inmenso respeto.

---

16 Una acción se considera ‘fatal’ cuando no había otra posibilidad para actuar como la que se dio. La comunidad o el individuo tienen que actuar bajo condiciones similares o de idéntica manera. Ver: “II Clasificación de acciones: Fatalidad y contingencia”. (Sánchez Botero 1992).

Reducir a cuatro mínimos es efectivamente esencial para trabajar un punto de equilibrio de poder que pocos Estados aceptarían tener. Ese equilibrio de poder tiene sentido en un marco que incluso es transnacional. Al suscribir acuerdos internacionales, el Estado nacional tiene que participar globalmente en la construcción de una sociedad que tenga unos mínimos; es decir, se acepta ‘vulnerar’ ciertos derechos fundamentales definidos por la ideología liberal como ‘propios de los individuos’, pero autónomamente, dice el Estado colombiano, se considera que en Colombia éstos deben ser reinterpretados a la luz de los derechos del sujeto colectivo reconocido constitucionalmente, porque si se les impusieran derechos iguales, se estaría vulnerando la diversidad étnica y cultural del país. O sea que no es una imposición de poder para seguir en un Estado imperialista y autoritario. Se han destituido buena cantidad de prejuicios e imposiciones y se mantienen o se plantean unos mínimos como forma de construir nación y no Estados nacionales al interior de la nación (Sánchez Botero y Jaramillo 2000).

### **El uso debido y el uso indebido de la doble jurisdicción por la condición de colombianos e indígenas**

Los derechos propios tienen manifestaciones importantes que los diferencian de otros sistemas. Una expresión de ello es el debido proceso internalizado en cada pueblo como la capacidad de prever lo que puede suceder en caso de infringir una norma de convivencia obligatoria. Algunos casos salen al sistema externo, a la jurisdicción nacional, por la decisión autónoma de la autoridad que prevé que cualquiera sea su decisión traerá venganzas y muertes al interior del pueblo, o por la actitud asumida por algunos indígenas que hacen uso indebido del derecho que los asiste como colombianos, al solicitar ser juzgados por el sistema nacional para eludir la acción de la jurisdicción indígena. En ambos casos, la Corte Constitucional ha protegido la decisión que fortalece la autonomía del pueblo, al juzgar el caso delegado por la autoridad indígena<sup>17</sup> y negar a un paez la acción de protección al debido proceso para eludir la autoridad propia. La Corte manifiesta que este indígena se debe someter a su autoridad indígena tradicional<sup>18</sup>.

### **¿Quiénes son autoridades con competencia?**

Extender a miembros de la comunidad que ‘supuestamente’ no tienen funciones jurisdiccionales la potestad para regir un orden y sancionar las desviaciones, resul-

---

17 Ver sentencia.

18 Ver Sentencia de tutela.

ta muy complejo de comprender y valorar como expresión de lo diverso. Cuando un sujeto se enferma, los paeces lo hacen evaluar por un médico tradicional, en el marco de la disfunción armónica social que el paciente representa, pues al enfermo se lo ve relacionado con la condición de transgresor, dado que la fisiología del cuerpo sano no se enferma si a usted no se lo enferma por el daño causado por otro, o por su propia desviación. El especialista, la autoridad competente, capaz de leer señales que permiten definir si se trata de un transgresor es él medico o *t'wala*.

Las autoridades con potestad jurisdiccional tienen facultades para tomar iniciativas cuando conocen, por diferentes fuentes, de las transgresiones al sistema ya sea de un sujeto o de varios. Conocer, no necesariamente significa que es de 'de oídas', o por haber visto un hecho, sino también se conoce por sueños, o por mensajes de seres superiores que revelan las desviaciones de un sujeto o de un grupo con respecto a los horizontes de vida armónica deseables. Algunos pueblos utilizan coca y tabaco, *yaje* y estados de trance para ver situaciones. Para valorar y aceptar estas modalidades en los procedimientos, se precisa introducir un concepto esencial: 'hay formas diferentes de conocer'.

También se definen como transgresores cuando se establece entre un sujeto, la comunidad y la naturaleza una situación irregular, de manera que toda alteración, como una sequía excesiva, un nacimiento monstruoso, acontecimientos insólitos que sin constituir necesariamente por fuerza una desgracia concreta en sí mismos son indicadores de un desarreglo en gestación, una amenaza o un suceso más grave.

Como sujeto colectivo, un pueblo ha estado sometido a un proceso de socialización en el cual precisamente, las pautas de comportamiento en beneficio de una colectividad están sumamente vigiladas. El Derecho propio -sustentado en lo que está normado- que de ser transgredido acarrea una sanción, está ligado a un sistema de control social muy fuerte, para que el sujeto no se desvíe.

Antropológicamente sabemos que existen unidades estructurales de poder, que pueden ser relativas y que no están definidas positivamente como lo quisiera el sistema hegemónico. Un varón de un clan wayu ubicado en una determinada posición en el cuadro de parentesco, puede asumir una función jurisdiccional diferente del 'palabrero', que es la autoridad reconocida formalmente como mediadora. Estos elementos de control social, como por ejemplo el saber que existen brujos que pueden 'brujear' y el funcionamiento de un orden social que conlleva funciones jurisdiccionales, son elementos del Derecho propio que no pueden reconocerse por extensión de este derecho<sup>19</sup>.

---

19 Ir a *mingar* forma parte de una costumbre cultural que aunque podría clasificarse como institución económica para el intercambio de mano de obra, es obligatoria porque de transgredirse, vulnera un orden colectivo y acarrea una sanción. Estos pueblos han sobrevivido como pueblos distintos porque tienen formas de control social y esos mecanismos son los que se reconocen.

En el proceso de acomodación por la existencia de la jurisdicción especial indígena puede provocarse desprecio por esas autoridades un tanto vagas, comparadas con los especialistas ubicados en aparatos muy específicos del Estado. Exigir un prototipo determinado de autoridad, necesariamente conlleva la reproducción del imperialismo: “nosotros necesitamos saber quiénes son las autoridades, nombren a una persona, tengan un Cabildo”<sup>20</sup> y definan cómo se elige la autoridad. Porque: ¿cómo saber que ‘X’ persona es la autoridad?

En estos pueblos también se dan contradicciones, problemas, envidias y corrupción. Algunos están en un proceso de ‘tanteo’ que hasta ahora les ha producido resultados, porque resguardo que se crea, resguardo que tiene transferencias gracias a la demanda de sus nuevas autoridades. Pero, frente a la multiplicación de estas situaciones que se juzgan como irregulares, ¿hasta dónde es imperialista que el sistema externo les diga: “ustedes no pueden multiplicarse como autoridades, porque nosotros hemos definido que las formas propias de ustedes son así y eso es estático y es lo que podemos esperar, y cualquier manifestación por fuera de lo previsible no la validamos”?

Esta es una imposición extrema porque lo que se quiere es que el sistema indígena se transforme para satisfacer las necesidades del sistema nacional, es decir, que el sistema nacional inventa la jurisdicción y después obliga al sistema indígena a cambiarse para tener jueces bien especificados, normas definidas y las sanciones correspondientes, lo cual constituye una exigencia imperialista. El otro extremo sería: “hagan lo que quieran”, lo cual resulta una visión excluyente que obedece al modelo de sociedad anterior.

Es necesario poner atención cuando una ONG es reconocida como ‘autoridad tradicional competente’ con jurisdicción, como sucedió ya dos veces: cuando el Consejo de la Judicatura le reconoció jurisdicción a la Organización Indígena del Valle y el Ministerio del Interior le otorgó reconocimiento al Consejo Regional Indígena del Cauca. Podría, en ambas ocasiones, vulnerarse a las autoridades tradicionales que deben relegarse, para dar cabida a una nueva autoridad; pero es posible también, considerar estas salidas como nuevas manifestaciones autónomas de estos pueblos<sup>21</sup>. El problema consiste en que no es necesario multiplicar autoridades para los tratamientos con el mundo externo: la multiplicación de las autoridades es una forma de adaptación institucional interna, para poder funcionar con el sistema externo.

20 La División de Asuntos Indígenas en Colombia promovió en 1997, la conformación de Cabildos, como medio de interlocución con el Estado. Entre los wayu esta propuesta fue duramente cuestionada. Resulta innegable que en este proceso, en general, entre los pueblos se han creado especialistas que deben conocer tantos asuntos, leyes, espacios de representación, reuniones nacionales e internacionales que han terminado por excluir a los hombres tradicionales.

21 Esta segunda interpretación proviene de estudiantes de Derecho de la Universidad de los Andes, conocedores de la situación para ser analizada.

## La sociedad multicultural y las adecuaciones en todos los sistemas de Derecho

### *Costumbres contrarias al Derecho positivo*

Se podría detectar algún uso o costumbre que se halle en contradicción con el sistema nacional. Esta situación plantearía dos problemas: uno interno y otro externo. Por ejemplo, el caso de los nómadas nukak maku que ‘tradicionalmente’ dejaban los niños huérfanos o con defectos físicos, para que se los ‘comiera el tigre’, y hoy como medida de protección, los dejan ‘abandonados donde alguien se los pueda encontrar’, implica un cambio interno, un procedimiento para permitir que los niños sobrevivan.

En el encuentro con otra sociedad sedentaria con despensas de comida y con una medicina que funciona para unos asuntos frente a la suya, incapaz de operar un recto deforme o tratar una grave epilepsia, asumen un cambio cultural y ético al mismo tiempo. Pero algunos nukak quisieran que los niños estuvieran donde pudiesen ser visitados, algo así como en una ‘familia institución’, mas no una ‘familia familia’. Para el sistema mayoritario representa una contradicción normativa muy seria: no pueden ser reintegrados a su pueblo porque morirían y tampoco pueden ser dados en adopción. Uno tendría que preguntarse: ¿hasta dónde tiene que cambiar el sistema nacional, la jurisdicción nacional, que tiene como alternativa entregar en adopción a un niño que se encuentre en peligro, para satisfacer la exigencia de solidaridad desde el sistema indígena? ¿Cómo se traslada esa situación a la jurisdicción en materia penal? El caso de la devolución de asesinos a las autoridades indígenas, como manifestación de respeto a su jurisdicción y de éstas a las autoridades nacionales para prevenir derramamiento de sangre plantea varios interrogantes. ¿Qué tanto le pueden exigir la autoridades indígenas al sistema nacional?:

- ¿Que lo tengan en la cárcel, porque en el pueblo es peligroso?;
- ¿Que lo tengan las autoridades nacionales, pero que lo pongan a realizar un trabajo comunitario?.

Si un indígena formulara estas exigencias, ¿qué respondería el sistema nacional?: “¡Bueno, yo cambio mi código y lo pongo a realizar trabajo comunitario y caso por caso, me sigo acomodando a lo que ustedes me sigan pidiendo, para que ustedes puedan ejercer su derecho!” Lo anterior sería como una doble acomodación, pero, en esa solidaridad, ¿qué tanto le puede pedir el sistema indígena al sistema nacional?

El caso de los nukak manifiesta esta relación de complementariedad o solidaridad entre dos sociedades cultural y normativamente distintas. Los nukak maku, como nómadas, evidencian la necesidad de entregar niños defectuosos y huérfanos

a la sociedad sedentaria. Entonces, la solidaridad del sistema nacional frente a los niños se da con respecto a ellos, les otorga el derecho a una familia, pero también representa una solidaridad frente al grupo, ante su incapacidad cultural de proteger niños con defectos físicos y de valorar las medidas que, de acuerdo con sus sistemas de Derecho y protección, definen para tener que sacarlos al otro sistema. Lo que valora el pueblo es el reconocimiento de la capacidad externa de darle una salida que internamente no garantizaría la vida ni de los niños ni del pueblo, puesto que vulneraría su existencia cultural como pueblo.

La cultura guambiana tiene fortalezas internas muy interesantes para dar solución a situaciones de control en beneficio de su colectivo y de las relaciones con el mundo de 'fuera', y usa con claridad el mundo externo, toda vez que le es necesario, aunque tenga salidas propias para casos semejantes. En el momento en que una autoridad dice al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: 'estos niños guambianos necesitan familia nacional', toma una decisión libre, autónoma, segura, porque internamente no pueden ser asumidos. Esa misma autoridad, con respecto a niños que salieron al sistema nacional, pero que pertenecen al pueblo, dice: "déjenme los niños, internamente les encontraremos una familia indígena, y su reintegro no lo vamos a hacer acorde con su sistema, es decir, con abogado, Registro Civil o Código del Menor; lo vamos a hacer de acuerdo con nuestros usos y costumbres, lo que representa una costumbre legal". Esta es una manifestación de autonomía: la capacidad de un pueblo de optar por una decisión para ser realizada interna o externamente, según favorezca a su pueblo para seguir teniendo una existencia cultural alterna.

### *¿Un problema de subordinación?*

Cuando se toma una decisión como juez indígena y sólo afecta intereses, territorio y personas indígenas, no hay ningún problema; pero cuando, como juez indígena, se toma decisión al darle, por ejemplo, una orden al ICBF, puede haber una adaptación, pero el ICBF no es un subordinado del juez indígena; éste tiene que regirse, en principio, por las normas nacionales. ¿Qué hace el ICBF con esta decisión del juez indígena, si el juez indígena no tuvo en cuenta que su decisión entraría al sistema nacional? Es decir, ¿qué tanto tiene que acomodarse este sistema para que esa alternativa exista? O, ¿tiene que haber un ajuste recíproco? Porque uno se pregunta: ¿hasta dónde va el otro? y uno podría decir: "Mire, cedamos de parte y parte para que haya acomodación". Entonces, el ICBF debería - para seguir con este ejemplo de protección a niños indígenas- flexibilizar el trámite o inventar una nueva figura que entienda que el modelo de 'hogar amigo' en un pueblo indígena, para albergar temporalmente niños en dificultad, puede ser un hogar con otras características. Es decir, busca interpretaciones y aplicaciones edificantes y técnicas, como una adaptación que invita a que el otro también se acomode.

Entonces, ¿cuánto se le puede exigir a un sistema en lo relativo a su transformación?, porque se tiene que valorar la diferencia de opciones cultural y étnicamente asumidas. Por ejemplo, a través de compartir 'formas' como un acta de resolución de partes que incluye los puntos fundamentales que el Derecho positivo piensa para formalizar situaciones de protección, ya que son justificaciones para regular una relación y construir entendimiento intercultural, o un espíritu de legalidad que involucre a los dos sistemas y además una parte de formalidad que permita definir formas previsible de hacer las cosas. Es como un trato distinto para cada caso distinto, una tercera forma de hacer las cosas, pues cada jurisdicción tiene la propia.

### Controles formales y jurisdicción especial

Desde el sistema nacional, se les impone a los pueblos indígenas el uso de las formas propias de registro, contabilidad o control, cuentas bancarias, ahorros etc., y la imposición de entes u organizaciones que respondan, además de perfiles humanos para actuar en proyectos, con la creación de autoridades paralelas que a veces vulneran a la autoridad tradicional.

Otros asuntos que son muy típicos de este sistema, desde el punto de vista de las nuevas formas que asumen las instituciones públicas, tienen que ver con la parte administrativa y de control. ¿Qué competencia tienen entes como la Procuraduría para fiscalizar o sancionar malos manejos de recursos estatales? Hay casos de indígenas que roban la plata del Estado. Frente al manejo de los recursos públicos, ¿qué competencia tiene una autoridad nacional frente a la autoridad indígena local?

Se constata entonces que ninguna sociedad es estática, es decir, que aparecen múltiples y diversas influencias. Tanto los individuos como los grupos y las autoridades mismas son sensibles a cambios sociales, políticos y económicos que inciden en los sistemas mismos. No obstante, la búsqueda de precedentes 'tradicionales' suele ser muy relevante en la visión que los tribunales externos tienen de las actuaciones de estas instancias. Resultan difíciles de comprender los razonamientos, pruebas y conclusiones que definen un caso por parte de una autoridad y que al estar definidos y/o clasificados como no tradicionales, se consideran vulnerables para ser aceptados como 'precedentes' del derecho característico de un pueblo.

Se presentan situaciones de excepción y tratamientos distintos muy valiosos a los marcos establecidos en las comunidades, en función de adaptar estructuras que respondan de manera eficiente a la conservación armónica de una comunidad.

Las autoridades de un pueblo registran la irresponsabilidad de padres indígenas que se engancharon como trabajadores asalariados por fuera de las comunidades y que no entregan recursos para la alimentación de los niños. Como estos ni-

ños están registrados de acuerdo a los usos y costumbres por línea materna, y estos padres no son parientes de los niños en el sistema de parentesco wayu, las autoridades indígenas han certificado el reconocimiento social de éstos como padres que siempre asumieron sus responsabilidades, hasta el momento de salir, argumento que ha sido validado por la Defensora de Menores<sup>22</sup>.

Al definir las líneas al pensamiento, ubicadas en cada miembro de una sociedad indígena mediante un proceso de socialización, no siempre sirven de base para la resolución de un conflicto de manera automática. Hoy la diversidad de situaciones conlleva ambigüedades que dificultan la resolución lineal de situaciones problemáticas y/o transgresoras de los principios sociales establecidos como de cumplimiento obligatorio por sus miembros.

### La integridad de la jurisdicción especial

Si bien la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la posibilidad de las comunidades indígenas de administrar justicia conforme a sus propias normas y procedimientos se encuentra fundamentada en las disposiciones del artículo 246 de la Constitución Política y los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT o la ley 21 de 199, y, que el ejercicio de la mencionada jurisdicción no se encuentra supeditado a la expedición de ninguna clase de norma previa legal o reglamentaria, en razón de que se encuentra directamente autorizado por el estatuto superior, algunos jueces de la jurisdicción nacional no tienen clara tal potestad. ¿A cuáles funciones jurisdiccionales se refiere este artículo? La Corte responde a este interrogante con base en el principio de maximación de la autonomía. Ha señalado que no puede tratarse de equiparar con todas las normas constitucionales y legales porque de lo contrario el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La efectividad de este nuevo principio y la preservación de la identidad cultural y de la cohesión social de los pueblos indígenas determinaba que los límites que era posible fijar a la autonomía jurisdiccional de esas comunidades eran aquellos que se encontraban referidos a los que verdaderamente resultan intolerables por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

Hay un rango de esferas de regulación por el Derecho indígena que varía de acuerdo a cada comunidad, que cubre las uniones matrimoniales, las relaciones familiares, la sucesión de bienes materiales y espirituales, la definición de los hechos dañinos, así como lo que corresponde a las maneras de distinguir o elegir miembros de la comunidad para distintos cargos o servicios.

---

22 Caso de protección a niños y niñas indígenas wayu. Encuentro ICBF. Proyecto de protección a niños y niñas indígenas de Colombia.

## La utilización positiva de las dos jurisdicciones

Los pueblos indígenas manejaban la incorporación de derechos ‘otorgados’ por el sistema hegemónico, así tomaran forma particular. Los han hecho suyos como ‘derechos externos’ porque valoran y protegen los ‘derechos internos’. Cada uno ofrece ventajas por las que se refuerzan. El sistema interno no dispone siempre de la capacidad para moverse en el sistema externo con relación a algunos aspectos como la ley que protege la circunscripción electoral o el derecho colectivo a la tierra como propiedad privada, excepcionalmente tratada como derecho fundamental por la Corte Constitucional para los pueblos indígenas<sup>23</sup>. Saben que tienen que moverse con los principios y reglas que ese sistema externo exige para estos casos<sup>24</sup> con base en principios, reglas y procedimientos diferenciales y orientados a satisfacer otras necesidades.

La jurisprudencia deja huella de la utilización del refuerzo de este marco de protección a los pueblos como sujetos colectivos y a indígenas particulares, cuyos casos fueron atendidos por la jurisdicción nacional en singulares y amplios campos.

Los derechos universales y/o fundamentales en cambio, participan con importantes confrontaciones o paralelismos con las nociones y vivencias del Derecho propio, totalmente enraizadas en la cultura. Estos sistemas no se fusionan, no los ‘tocan’, porque operan para finalidades distintas y protegen derechos en tensión. Los derechos que directamente protegen al sujeto individual pueden entrar en conflicto tanto respecto de la autonomía del pueblo como de éste en calidad de sujeto colectivo.

De proteger los derechos a la educación y el desarrollo de la libre personalidad de una joven que no desea regresar a su comunidad y que es solicitada por su tío materno para contraer matrimonio prescrito y ser intercambiada por bienes provenientes de otro clan, se vulneraría el derecho del pueblo para hacer respetar los deberes de los sujetos individuales que lo configuran<sup>25</sup>.

## Resonancias por este nuevo orden

Este nuevo orden del pluralismo jurídico tiene efectos que modifican el modo en que se hacían las cosas, porque se han transformado los principios que las sustentaban.

23 ST - 188/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST - 380/93 (MP. Hernando Herrera Vergara); SC - 139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

24 El Consejo de Estado no aceptó romper la regla según la cual para posesionarse como senador de la República se requería tener 30 años y un Senador Indígena electo, no los tenía.

25 ST - 349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST - 523/97 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

- Inexequibilidad

Se demandó ante la Corte Constitucional, la Ley 153 de 1887, cuyo artículo 13 reza: “La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a la falta de legislación positiva”. Al respecto, la sentencia de la corte discurre sobre la relación entre el derecho y la moral, su universalidad o relatividad, el sentido de la expresión ‘moral cristiana’ en la Ley 153 de 1887, y la situación de la moral cristiana en el ámbito de la nueva Constitución. La Corte declaró exequible la norma, ya que según su concepto, la Constitución de 1991 no es contraria a la moral cristiana.

- Constitucionalidad de normas, medidas e intervenciones concretas en las sociedades indígenas que de ser vulneradas en una u otra forma afectan la integridad étnica y cultural. No se puede penalizar ni a las autoridades, ni a las comunidades o a los miembros de pueblos indígenas que actúan de acuerdo a su propio derecho y cultura. Se ha señalado que es inconstitucional la norma legal que fije o limite el tipo de sanciones que una comunidad indígena debe imponer para algún tipo de conducta y la autoridad indígena para llevar a cabo el juzgamiento respectivo<sup>26</sup>.

La Corte Constitucional indicó que no se “podía ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades” y

...para determinar lo previsible deberá consultarse la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte<sup>27</sup>.

- El respeto por la diversidad en materia de derechos no puede extenderse a todas las normas constitucionales y legales, de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. Básicamente dejan de ser ‘delitos’ las prácticas que son legítimas dentro del Derecho y la cultura propios de un pueblo particular, aunque dentro del Derecho nacional

26 SC - 139/96 (MP Carlos Gaviria Díaz).

27 ST - 349/96 (MP Carlos Gaviria Díaz); ST - 532/97 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

hubieran estado tipificadas como delitos y por lo mismo penalizadas. Este argumento tiene como excepción que no se vulneren los mínimos jurídicos establecidos.

- Se valoran los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos internos. Son válidos y oficializados los registros de nacimiento y muerte, los matrimonios, contratos, adopciones, como actos jurídicos los cuales han de ser tenidos en cuenta<sup>28</sup>.
- Tienen validez legal las decisiones que resuelvan conflictos en los pueblos indígenas y éstos no podrán ser juzgados nuevamente en el sistema nacional.
- No se otorgan facultades a las autoridades estatales para la revisión de las decisiones indígenas; solo en caso de violación al debido proceso.

De lo que se trata es de ubicar las características y estructuras propias del sistema particular de cada pueblo para no extender nuestro propio mundo para encontrarlo allá<sup>29</sup>.

## Síntesis

- Lo que hemos discutido a lo largo de este trabajo puede resumirse en las siguientes afirmaciones:
- El artículo 246 de la Constitución Política establece la jurisdicción especial indígena.
- La posibilidad de administrar justicia debe entenderse como un derecho de los pueblos indígenas, relacionado directamente con su derecho de autodisposición.
- El derecho de administrar justicia de los pueblos indígenas es vital para su existencia como pueblos distintos y para mantener esa situación en el tiempo.
- Que se entienda la jurisdicción especial como un derecho de los pueblos indígenas tiene dos consecuencias jurídicas:

28 En el Departamento del Cauca los defensores de Familia del ICBF aceptan 'los cuadernos de registro' que llevan las autoridades guambianas, así como la formalización mediante actas de la entrega de niños indígenas para ser protegidos en uno u otro sistema.

29 La metodología en el modelo, dice Perafán, "consiste en aplicarle a cada caso, un marco universal, con el propósito de clasificar la data de acuerdo a los parámetros establecidos en él, dividiendo las normas de comportamiento en civiles, penales, y administrativas; detectando los procedimientos y las autoridades en el marco de los sistemas definidos en la tipología, para caracterizar el derecho interno de cada caso estudiado". Esta producción, sobre la base de este fundamento teórico y metodológico asumido en el África, fue duramente cuestionada en su aplicación local por lo que implica hacer inferiores a aquellos grupos a quienes se aplica, y quizás deformarlos como en este caso, por vía del enfoque profesional que desde el Derecho y no desde la Antropología, busca la extensión del Derecho Positivo occidental a todos los pueblos.

- Cuando el Derecho es ejercido, las decisiones tienen, frente al Estado colombiano, un valor jurídico igual al de aquellas tomadas por los jueces ordinarios.
- Cuando el Derecho no se ejerce, no puede entenderse que ha ocurrido una denegación de justicia.
- La jurisdicción especial indígena debe ser entendida dentro de la especificidad cultural de cada pueblo indígena. El Derecho de administrar justicia de cada pueblo indígena está acompañado del reconocimiento de las normas y procedimientos de cada pueblo indígena.
- La jurisdicción está limitada por el territorio y la pertenencia étnica.
- Las autoridades de cada pueblo indígena pueden conocer los hechos ocurridos dentro del resguardo de su pueblo y dentro del territorio habitualmente ocupado por su pueblo: factor de pertenencia étnica. Supone tener en cuenta la pertenencia étnica de los individuos involucrados en el conflicto y los intereses en juego. Si todos los individuos y todos los intereses en juego son los de un pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio de ese pueblo, la jurisdicción radica en las autoridades del pueblo indígena en cuestión.
- La atribución de decidir un caso está también limitada. En todas las situaciones, el límite lo constituyen los mínimos jurídicos: el derecho a la vida, a la integridad del cuerpo y a un debido proceso (Sánchez y Jaramillo 2000).

## Bibliografía

- Barth, Fredrik  
1976 *La Organización Social de las Diferencias Culturales*. En: *Los Grupos Étnicos y sus fronteras*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bartolomé, Miguel Alberto  
1994 *El derecho a la existencia cultural alterna*. En: *Derechos indígenas en la actualidad*. México: UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E, N°. 59)
- Batenson, Gregory  
1991 *Pasos hacia una ecología de la mente. Una revolucionaria teoría hacia la autocomprensión del hombre*. Argentina: Planeta, Carlos Lohle.
- Cortina, Adela  
1994 *Presupuestos morales del Estado Social de Derecho*. En Cristina Motta (compiladora) *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática*. Bogotá: Tercer Mundo Editores-Ediciones Uniandes.
- Durán, Rosalba  
1995 *El individualismo metodológico y perspectivas de un proyecto democrático*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Facio, Alda  
1991 *El principio de igualdad ante la ley*. *El Otro Derecho* 8. Bogotá: ILSA.

- Gluckman, Max  
 1956 *Política, Derecho y Ritual en la Sociedad Tribal*. Madrid: Akal.  
 1995 *The judicial Process among the Barptse of northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press.
- Gros, Chistian  
 1993 *Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia. Análisis Político* 19.
- Hoekema Andre  
 1967 *Imágenes de Autonomía*. Amsterdam: Universidad de Amsterdam.
- Palacio Castañeda, Germa  
 1994 *Los derechos propios y el pluralismo jurídico*. En: *Programa para la Construcción de entendimiento intercultural*, Bogotá: ICBF (mimeo.)
- Restrepo Saldarriaga, Esteban  
 1997 *Jurisprudencia Indígena de la Corte Constitucional*. Bogotá (impreso).
- Ribeiro, Darcy  
 1971 *Fronteras indígenas de la civilización*. México: Siglo XXI.
- Sánchez Botero, Esther  
 1987 *Costumbre, Cultura y Ley Nacional*. En: *Grupos Étnicos. Derecho y Cultura. Cuadernos del Jaguar*. Bogotá: Editorial Presencia.  
 1991 *Melicio Cayapú Dagua, está preso mi Sargento. Estado de normas, Estado de rupturas*. En: Esther Sánchez (editora-compiladora) *Antropología Jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*. Bogotá: Sociedad Antropológica de Colombia. Desarrollo de los Pueblos.  
 1992 *Peritazgo Antropológico. Una forma de conocimiento. El otro Derecho. Sociología Jurídica y Ciencias Políticas* 2.  
 1994 *Construcciones epistemológicas para el análisis de los derechos propios*. Quito-México: Congreso de Americanistas. (En prensa).  
 1996 *Semilleros temáticos para la construcción de entendimiento intercultural*. Bogotá: ICBF.  
 1997 *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. UNIJUS.  
 2000 *Protección a Niños Indígenas de Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Informes e Impresores.
- y Miguel Vásquez  
 1992 *Manual para la Construcción de Entendimiento intercultural*. Bogotá: ICBF.
- e Isabel Cristina Jaramillo Sierra  
 2000 *Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Procuraduría para Minorías étnicas.
- Santos, Boaventura de Souza  
 1991 *Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá: ILSA.  
 1992 *Toward a new common Sense*. N. Y. London.
- Shannon, Claude  
 1948 *The mathematical theory of communication*. Bell Technical. *Journal*.

Sierra, María Teresa

1997 *Autonomía y Pluralismo Jurídico*. Quito: Congreso de Americanistas.

Tylor, Charles

1993 *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica

Yrigoyen Fajardo, Raquel

1998 *El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala*. Amsterdam: CEDLA.