

*Paulo Ilich Bacca Benavides**

Las contra narrativas constitucionales en el seguimiento jurisprudencial de la jurisdicción especial indígena**

RESUMEN

Este ensayo se propone delimitar algunos ejes temáticos que dan cuenta del etnocentrismo que caracteriza a nuestros jueces constitucionales, partiendo de una revisión somera de algunos pronunciamientos de la máxima instancia constitucional. Busca resaltar la distancia entre las categorías utilizadas por la Corte Constitucional para abordar problemas del denominado derecho indígena y la otredad de las prácticas comunitarias en que se desenvuelven los pilares de la justicia amerindia, espacio que desborda con creces la "naturalización" conceptual que, reivindicando inclusión jurídica, fortalece la exclusión de los saberes ancestrales en que se manifiestan las prácticas cotidianas de la indianidad.

Palabras clave: Etnocentrismo, Jurisprudencia Constitucional, Derecho Indígena, Justicia Amerindia, Saberes Ancestrales, Indianidad.

ABSTRACT

This essay aims to delimit some thematic points that underline the ethnocentrism that characterizes our constitutional judges, beginning with a brief revision of some of the pronouncements made by the highest Colombian constitutional authority. It seeks to highlight the distance between the categories used by the Constitutional Court to address the problems of the so-called indigenous law and the otherness of the community practices in which the pillars of Amerindian justice are enacted, a space that goes beyond the conceptual "naturalization" that while vindicating juridical inclusion, strengthens the exclusion of ancestral knowledges in which daily practices of indigeneity are manifested.

Keywords: Ethnocentrism, Constitutional Jurisprudence, Indigenous Law, Amerindian Justice, Ancestral Knowledges, Indigeneity.

* Investigador del Colectivo de Estudios Poscoloniales en América Latina "COPAL" y docente auxiliar de la Universidad Nacional de Colombia.

** Agradezco los sugerentes comentarios realizados a este primer avance de mi tesis por parte de los profesores Rodrigo Uprimny, Roberto Vidal, Adriana Leño y Elkin Toro.

No resultan movimientos acompasados o ni siquiera paralelos la superación de discriminaciones que ha podido venir por igualación e integración, este progreso interior, y una desaparición de exclusiones que debe hacerlo por consideración y reconocimiento, esta igualdad exterior.

La alternativa primera extendida al caso segundo lesiona y aun destruye culturas, afectando así igual de negativamente a individuos, lo que nos importa. Incluso llega a tomarse el logro de lo uno como carga de razón que agrava el malogro de lo otro, y esto, insisto, es cosa que afecta neurálgicamente a los propios humanos y sus derechos por hacerlo a sus comunidades y culturas, a unas culturas que, como socializan, individualizan. El individuo no es definitivamente natural, sino cultural. Salvo por determinación propia, no puede abstraerse de su cultura sin desgarrar. Es asunto clave que se buscará inútilmente en las concepciones usuales y exposiciones convencionales del derecho constitucional o del derecho civil. Por verlo aunque sólo sea identificándolo, habría que ir a una antropología, y tampoco a la convencional o menos a la tradicional.

(Bartolomé Clavero, 1997)

1. ESBOZO METODOLÓGICO

El presente ensayo constituye una suerte de avance investigativo de uno de los capítulos del trabajo de tesis que vengo adelantando dentro del programa de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, adelanto que atañe a algunas reflexiones liminares sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en referencia a la Jurisdicción Especial Indígena. Me propongo delimitar algunos ejes temáticos que den cuenta del etnocentrismo que caracteriza a nuestros jueces, partiendo de una revisión somera de algunos pronunciamientos de la máxima instancia constitucional. Mi boceto busca resaltar la distancia entre las categorías utilizadas por la Corte Constitucional para abordar problemas del denominado derecho indígena, y la otredad de las prácticas comunitarias en que se desenvuelven los pilares de la justicia amerindia, espacio que desborda con creces la “naturalización” conceptual que reivindicando inclusión jurídica, fortalece la exclusión de

los saberes ancestrales en que se manifiestan las prácticas cotidianas de la indianidad.

El propósito de este esbozo metodológico es brindar algunos parámetros que permitan articular, desde el punto de vista teórico, el análisis jurisprudencial que presentaré en el escrito. El estudio se inscribe dentro de una perspectiva crítica, que busca dar cuenta de la construcción de la humanidad indígena a partir de los fallos emitidos por la Corte Constitucional. Mi interés no radica en presentar la vigencia del precedente constitucional, sino en demostrar que dichos pronunciamientos construyen la imagen de un sujeto y delimitan los contornos del mundo en que éste se desenvuelve. En efecto, el discernimiento que realizan los jueces acerca del mundo amerindio, suele encontrarse mediado –en la mayoría de los casos– por la preeminencia que éstos le brindan a la Constitución y a la ley. En mi opinión, dicha preferencia está lejos de ser un “simple” y “desnudo” test constitucional. Por el contrario, percibo a este tipo de constitucionalismo inscrito en los contornos de un modelo de ciencia social, que desde la alteridad filosófica podría denominarse dominante y civilizatoria.

Analizar al derecho como práctica social impide reducir sus dilemas al análisis de la esfera normativa, la jurisprudencia; al construir saber jurídico edifica a la vez saber social. Si el derecho construye realidad, sus postulados se inscriben en una vertiente de filosofía política y éstos definen “formas y sustancias” de comprender el mundo de lo jurídico, por tanto, detallan el ordenamiento epistemológico del derecho a decir el derecho. La o las filosofía(s) constitucional(es) que emergen de las prácticas jurídicas, en tratándose de dilemas que se entrecruzan con el fenómeno colonial, suelen apropiarse los contornos de la humanidad indígena desde el lenguaje jurídico. Al ser los jueces constitucionales los que delimitan la competencia de la jurisdicción indígena, definen al tiempo las “voces” de aquello que se debe entender por derecho. El diálogo se construye desde la teoría constitucional y son sus términos los que definen los rasgos de las filosofías autóctonas de indoamérica.

Si es el diálogo el llamado a construir el discurso constitucional, verificar si los jueces constitucionales acuden a las autoridades indígenas para resolver disyuntivas interpretativas resulta preeminente. Dentro de los fenómenos coloniales no puede predicarse diálogo entre parlantes de una misma lengua; acercarse al otro supone un esfuerzo traductivo, es decir, un arrojo que permita tender puentes entre racionalidades y mundos diferentes. El afuera de la empresa colonial suele ser más espacioso que el modelo imperial, el colonialismo no es sólo una forma de organización social, sino también la construcción del espacio y el tiempo del otro: la arquitectura del lenguaje, de los imaginarios y de la memoria. El colonialismo y la imposición de formas

jurídicas en América, *da inicio al largo proceso que culminará en los siglos XVIII y XIX en el cual, por primera vez, se organiza la totalidad del espacio y del tiempo—todas las culturas, pueblos y territorios del planeta, presentes y pasados— en una gran narrativa universal* (Lander: 2005, 16).

La voz del juez constitucional dista enormemente de las frecuencias que he podido encontrar en las voces del mundo amerindio. Es por eso que aquí, las voces de los comuneros de los pueblos indígenas han de poner en entredicho la interpretación monolingüe de los jueces constitucionales. Dichas voces mostrarán los desfases argumentativos de intérpretes que no pueden más que pensar en su propia lengua¹. Los comuneros, al sentirse aludidos por la justicia constitucional, dejan de ser meros observadores de los fenómenos que se gestan en el seno de la misma, pero no por ello se convierten en participantes a secas de su lógica. Coparticipes acaso de dos saberes y tiempos diferentes, sin embargo, singularmente identificados con el punto de vista de su justicia propia. Justicia con historia y fuentes delimitadas, por tanto, portadora de “estructuras sociales” consolidadas en el devenir de tiempos inmemoriales, que a la par gozan de un entendimiento de los derechos particular y específico, entendimiento mediado por textos y contextos igualmente irrepetibles que ponen en entredicho la pluralidad cultural pregonada desde el texto constitucional:

(e)sta tensión es derivada de las diferencias existentes entre el fundamento ontológico de la “persona jurídica”, inherente a las interpretaciones jurisprudenciales y a la Constitución, y las concepciones culturales sobre el ser, sujeto y objeto de derechos, propias de cada “pueblo indígena”. En esta situación el “pluralismo cultural” de que se habla entra en crisis (Barona y Rojas: 2008, 27).

El seguimiento jurisprudencial que pretendo realizar se preocupa por analizar los argumentos circunscritos entre lo que enuncia la jurisprudencia constitucional y la ruptura que crea con la justicia tradicional de la costumbre amerindia. Se trataría entonces de circundar un espacio donde se visibilice la privación de voz que, mediante el lenguaje de los pronunciamientos constitucionales, acalla el devenir de la justicia propia en beneficio de la lógica constitucional:

Europa históricamente se extiende cuestionándose ella misma la propia justicia de sus aventuras coloniales y portando en todo caso consigo a las latitudes donde arriba y se establece su propio sentido y ejercicio

¹ El monolingüismo del otro sería en primer lugar esa soberanía, esa ley llegada de otra parte, sin duda, pero también y en principio la lengua misma de la ley. Y la ley como lengua. Derrida, 1997, 58

del derecho, sus propias ideas y prácticas de justicia [...]. Hoy no es raro todavía que se destaquen con empeño facetas desigualitarias de sociedades indígenas a fin de descalificarse, mediante argumentos de ecuación constitucional, aspiraciones y prácticas de autogobierno, mientras que, de hecho, al no asumir estas mismas expectativas y experiencias de autonomía, resulta que el propio constitucionalismo establecido puede estar produciendo y no sólo reproduciendo desigualdad (Clavero: 2002, 63-72).

Bajo el influjo de estas acotaciones, el problema jurídico que me interesa trabajar no se organiza dándole preeminencia a la correlación entre los pronunciamientos judiciales y otros materiales normativos (López: 2006, 147), no asumo la cuestión en estricta lógica constitucional –por el contrario–, me interesa indagar por las incidencias de los fallos de la Corte Constitucional a la hora de fortalecer o quebrantar los pilares de la justicia propia de la tradición amerindia. Siendo así, el problema jurídico que esbozaré quiere articular los dilemas hermenéuticos del Tribunal Constitucional, con el impacto que los mismos ocasionan al interior de las comunidades indígenas y con la perspectiva de las autoridades tradicionales de dichos pueblos². En el momento en que la Corte Constitucional abre la posibilidad de control judicial para las decisiones tomadas por los cabildos indígenas, agrieta el saber propio de dichos pueblos a favor del conoci(miento) constitucional. Los dilemas que se derivan de esta cuestión no sólo son innumerables sino de una complejidad considerable, y pretender resolverlos en estas cortas páginas aparte de resultar desmedido sería pretencioso. Siendo así, me concentraré de forma particular en aquel asunto que el Tribunal Constitucional ha evaluado a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, planteando casos de violación a dichos preceptos por parte de autoridades tradicionales indígenas.

El patrón fáctico o escenario constitucional en que situaré mi disertación es el de la vigencia de los derechos fundamentales dentro del principio de diversidad étnica y cultural. Para decirlo en términos de la sentencia de la que retomo el mencionado patrón: la *tensión entre el reconocimiento*

² Varios pronunciamientos de la Corte Constitucional han protegido los derechos de los pueblos indígenas. La acción de tutela cuando ha garantizado la consulta previa como requisito de concesión de la licencia ambiental ha mostrado sus bondades. Desde una perspectiva pragmática acojo y festejo dichos beneficios, y, sin embargo, considero como un factor de primer orden discutir los efectos perjudiciales de la generalización de conceptos por parte de la Corte en dichos casos. Los u'was, en el conocidísimo caso contra la sociedad "Occidental de Colombia Inc", pese a verse favorecidos por la decisión de la Corte, le plantearon el siguiente interrogante al Alto Tribunal por intermedio de su cabildo mayor: *Por qué en vez de entrar en largas consideraciones que ellos no comprendieron del todo, los jueces no se habían limitado a prohibir la entrada de la petrolera a su territorio. Eran conscientes de que el fallo los favorecía, pero no era lo que ellos estaban esperando. Definitivamente no solucionaba su problema. La crítica de los indígenas es válida. La Corte se limitó a elaborar un fallo aplicable a cualquier comunidad indígena, no a los U'wa en particular* (Sánchez: 2001, 97).

constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales (Sentencia T-254/94). En una primera aproximación me adentraré en el mencionado escenario a través de tres pronunciamientos de la Corte Constitucional. El avance investigativo podría haber tomado una ruta contraria a la propuesta. En efecto, se habría podido optar por analizar los significativos progresos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en defensa de los derechos humanos de los pueblos originarios. Dicho enfoque, además de ser plausible, resulta de una utilidad preeminente en el marco de la realidad política del país, signada por la violación constante de dichas prerrogativas. Sin embargo, el objetivo que nos hemos trazado busca poner en evidencia los desfases argumentativos del Alto Tribunal, incluso en aquellos casos en que la defensa de los derechos de los pueblos indígenas no esta en cuestión, pero cuando las motivaciones de los pronunciamientos cincelan una imagen que reproduce la lógica del discurso colonial. Entonces, como lo anotaba el profesor Clavero hace un momento, el constitucionalismo podría estar reproduciendo desigualdad³ de hecho y de derecho.

Dentro del escrito se critica la dicotomía teoría/praxis “fabricada” en el discurso de las ciencias humanas, bifurcación que en el caso de la tradición constitucional ha hecho amplia carrera, protegiendo el discurso propio –por tanto práctico– de aquellos puntos de vista que toman distancia frente al status quo académico –por tanto abstractos y teóricos–. Los fundamentos de la praxis constitucional descansan en su teoría, y pensar que esta última es neutral sería tan ingenuo como sostener que los fundamentos del constitucionalismo nacieron al calor del hedonismo. No se puede perder de vista que al ser los derechos humanos la piedra de toque de los pronunciamientos que pondremos en cuestión, son a la vez las ciencias humanas el soporte práctico de la teoría constitucional:

las taxonomías elaboradas por las ciencias sociales no se limitaban, entonces, a la elaboración de un sistema abstracto de reglas llamado “ciencia” –como ideológicamente pensaban los padres fundadores de la sociología–, sino que tenían consecuencias prácticas en la medida

³ La desigualdad producida desde los discursos que pregonan la igualdad es un fenómeno de vieja data en el mundo de las ideas políticas, en nuestro continente “la conciencia criolla” es un caso paradigmático dentro de la filosofía política constitucional: *La negación de Europa no fue, ni en la América hispana ni en la anglo-sajona, la negación de “Europeidad” puesto que ambos casos, y en todo el impulso de la conciencia criolla blanca, se trataba de ser americanos sin dejar de ser europeos; de ser americanos pero distintos a los amerindios y a la población afro-americana [...] Jefferson negaba a Europa, no la Europeidad. Los revolucionarios haitianos, Toussaint l’Ouverture y Jean-Jacques Dessalines, en cambio, negaron Europa y la Europeidad. Directa o indirectamente fue la diáspora africana y no el hemisferio occidental lo que alimentó el imaginario de los revolucionarios haitianos. En cambio, la vehemencia con que se planteaban en Jefferson y Bolívar la separación con Europa era, al mismo tiempo, motivada por el saberse y sentirse, en última instancia, europeos en las márgenes, europeos que no eran pero que en el fondo querían serlo.* Mignolo, 2005, 69-70.

en que eran capaces de legitimar las políticas regulativas del Estado (Castro-Gómez: 2005, 148).

Debemos aclarar que nuestro escrito no pretende ser una crítica desmedida a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, sino más bien la apertura a la lengua de los directamente aludidos. Quizá en ese horizonte los trazos de la interculturalidad sean más hospitalarios y menos ambiguos, pues ya no es la lengua de la Constitución la que habla del otro en jerga constitucional como si se tratara de un intento de glotofagia jurídica, sino la lengua de la Constitución acogiendo lo singular de otro idioma, por tanto de otro tiempo y otra justicia. En síntesis, podemos decir que si la gran mayoría de las investigaciones han retomado la voz de la Constitución traducida en la doctrina de su guardiana, el presente trabajo volverá sobre el lenguaje en mención pero para “aproximarlo” a la lengua de los actores indígenas. Hasta cierto punto los enfoques se complementan, el problema radica en el privilegio que se le otorga al primero sobre el segundo. Aquí, el segundo compele a la privación de voz a que ha sido sometido exigiéndole respeto y tolerancia, aquí, más que del privilegio de una voz se trata de poner al descubierto las voces que han sido acorraladas y por tanto silenciadas, aquí, sin desconocer el potencial crítico del constitucionalismo se cuestiona a la vez su permisible lógica esencialista cuando de los infinitos contornos de la alteridad se trata⁴. Como puede verse, el análisis jurisprudencial por el que propenderé ya no sólo es asunto de ciencia sino sobre todo de conciencia⁵. La teoría del precedente judicial se articula alrededor del derecho a la igualdad y a la coherencia del sistema jurídico. Tratándose del derecho a la diversidad étnica y cultural nos es lícito exigirle además el derecho a la diferencia:

Un sistema jurídico que contempla como central la seguridad jurídica y que al mismo tiempo necesita garantizar la igualdad ante la ley, acaba generando un principio de justicia altamente formal: lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual (Ravina: 2005, 39-40).

⁴ En vigencia de la Constitución de 1886 existió un maridaje permanente entre el gobierno de excepción y la exclusión de la población indígena. La Constitución de 1991 avanzó notablemente en los dos flancos. Sin embargo, el segundo frente ha logrado mutar hacia niveles jurídicos, políticos y sociales insospechados: [...] *no obstante la Constitución del 91, los operadores judiciales, algunos de ellos, la gran mayoría, junto con un gran conjunto del resto de los nacionales, mantienen vigentes las formas, las representaciones teratológicas sobre la alteridad de los “pueblos indígenas” para juzgar a sus integrantes y aun, si es del caso, para cuestionar la validez política y jurídica de la Jurisdicción Especial Indígena. Esto significa, en otras palabras, que a pesar de la Constitución del 91 en muchas de las decisiones judiciales y aun de las jurisprudenciales de las altas Cortes todavía se manifiestan encubiertos, con todo su poder y elocuencia, los criterios ontológicos en relación con los cuales se constituyó la Constitución de 1886, los convenios de misiones y las leyes reglamentarias sobre “indígenas”, entre ellas la ley 89 de 1890* (Barona y Rojas: 2008, 23-24).

⁵ En su reciente visita al país el antropólogo y etnomusicólogo brasileiro José Jorge de Carvalho, líder del avance en acciones afirmativas en el medio universitario de su país, afirmaba que hablar de la diferencia cultural no sólo es una cuestión de ciencia sino sobre todo de conciencia.

2. SEGUIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Buena parte de los argumentos hilados por la Corte Constitucional en los pronunciamientos que presento a continuación, giran alrededor de las implicaciones de una teoría de los derechos fundamentales dentro de la fórmula política de un Estado Social de Derecho y en el reconocimiento de la autonomía e independencia de los cabildos indígenas en medio de un régimen unitario como lo es el del Estado Colombiano. Se solicita al lector que en consonancia con los planteamientos que se han venido sosteniendo hasta este momento, lea el seguimiento jurisprudencial a partir del siguiente fundamento epistemológico, que dicho sea de paso se constituye en uno de los pilares de la investigación que vengo desarrollando dentro del programa de la Maestría en Derecho: no es posible entender el fenómeno del pluralismo cultural y jurídico si el análisis de la cultura se separa de los referentes tempororo-espaciales en que ésta se territorializa⁶. En el momento en que la jurisprudencia deja de lado los mencionados referentes, soslaya el alcance del pluralismo cultural en beneficio de un monolingüismo que absorbe la otredad desde las estrechas márgenes del discurso dominante –*lo mismo*–. Los profesores Guido Barona y Tulio Rojas captan con especial acierto la dificultad apuntada, una vez se refirieron al pronunciamiento de la Corte Constitucional que tuteló el derecho de los u'was cuando se otorgó la licencia ambiental a la sociedad “Occidental de Colombia Inc” para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, sin que se hubiera agotado el proceso de consulta a la comunidad indígena, anotando la “doble conciencia” que caracteriza a la parte motiva de la sentencia SU-039 del 97: de un lado se expone con claridad la percepción del pueblo u'wa sobre el mundo físico, mientras del otro, se desconocen los efectos que dicha apreciación tiene en su cotidianidad. Analicemos este punto brevemente.

La Corte Constitucional avanza a la hora de garantizar el proceso de consulta previa para que el pueblo u'wa sustente según sus usos y costumbres la conveniencia o inconveniencia de la búsqueda y explotación de petróleo en su territorio. Sin embargo, despoja a la garantía de la cláusula de pluralismo cultural que la sustenta, cuando, desconociendo las concepciones culturales del petróleo para los u'was, traza un tipo de argumentación que compara desde la lógica de la pérdida y el beneficio la explotación del recurso, subordinando la comparación al canon de la sociedad occidental. Tal como lo anotan Barona y Rojas,

[c]on estas consideraciones fácilmente se establece que la Corte no incluyó al petróleo en la concepción de la “integridad étnica, social,

⁶ [...] el alcance del “pluralismo” cultural se limita ostensiblemente al escindir de la integralidad de la cultura el mundo físico en que ésta se territorializa (Barona y Rojas: 2008, 29).

económica y cultural de las comunidades de indígenas” y que la subsistencia como grupo social se enmarcó, sin decirlo explícitamente, en el horizonte circumscriptor ideológico de este tribunal y de sus asesores en cuanto a la consideración de las posibilidades técnicas y económicas de los u’was para explotar y conservar sustentablemente los “recursos naturales renovables” (Barona y Rojas: 2008, 30)

Al aplicar este tipo de sustentos epistemológicos, la Corte reivindica una de las separaciones dicotómicas más problemática de las ciencias sociales y quizá la que más costos a nivel del etnocentrismo le ha representado al positivismo social; se trata nada más y nada menos que de la escisión entre “naturaleza” y cultura, rompimiento que presenta como una de sus consecuencias más dicientes un horizonte monocultural para relacionarse con el entorno natural. El proyecto de modernidad del mundo occidental parte de un *ethos* en el que las leyes naturales son descifradas por obra y gracia de las leyes racionales, de forma tal que las primeras deben estar al servicio del hombre y las determinaciones filosóficas que las sustentan al servicio del ideal moderno.

Esta rehabilitación del hombre viene de la mano con la idea del dominio sobre la naturaleza mediante la ciencia y la técnica, cuyo verdadero profeta fue Bacon. De hecho, la naturaleza es presentada por Bacon como el gran “adversario” del hombre, como el enemigo al que hay que vencer para domesticar las contingencias de la vida y establecer el Regnum hominis sobre la tierra (Castro-Gómez: 2005, 146).

Cuando la Corte Constitucional separa los horizontes de la naturaleza de los de la cultura en el caso de las comunidades indígenas, hace el equivalente de aquello que Max Weber le adjudicó a la racionalización occidental: el proceso de “desencantamiento” del mundo. Las consecuencias prácticas del asunto en cuestión son innumerables. Para el análisis jurisprudencial que realizaremos vale la pena destacar de entrada la siguiente: tal como *[el] nacimiento de las ciencias sociales no es un fenómeno aditivo a los marcos de organización política definidos por el Estado-nación, sino constitutivo de los mismos* (Castro-Gómez: 2005, 147), las interpretaciones jurisprudenciales no son el fruto a secas del material jurídico nacional e internacional sobre poblaciones indígenas, sino el producto *de discursos filosóficos, ideológicos, psicológicos, médicos y antropológicos, pertenecientes a tradiciones académicas e intelectuales del llamado mundo occidental* (Barona y Rojas: 2008, 31).

La separación entre la naturaleza y la cultura como uno de los argumentos que logra un extensísimo eco en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es un magnífico ejemplo para ilustrar el tránsito del pluralismo cultural al *monojurismo* constitucional. Al ser el Tribunal Constitucional el ente competente para circunscribir los márgenes de la pluralidad, puede ocurrir que sus linderos extiendan al constitucionalismo –con sus grandes virtudes

y perspectivas contrahegemónicas— más allá de la competencia de sus programas, inmiscuyéndose y hurtando la voz de culturas con justicias propias. En las actuales circunstancias sociales la separación en mención —y esto se extiende a casos que desbordan el ejemplo de los u'was—, no sólo representa dos modelos culturales con fuentes jurídicas singulares sino dos proyectos de economía política comprometidos con visiones de desarrollo igualmente particulares⁷. En efecto, se trata de la defensa de la vida sobre la tierra —del derecho a la vida en la connotación más amplia del término— y de macro-proyectos que defienden la extinción de la vida sobre el planeta. En momentos en que el premio nobel de paz se otorgó a un destacado grupo de ambientalistas que pusieron en evidencia las debacles que está trayendo la destrucción de la capa de ozono, y en que los estudios más recientes indican que en nuestro país muere un nacimiento de agua cada cuatro días y que en cuarenta años dejaremos de tener nevados, parecería no sólo cínico sino carente de toda plausibilidad científica que se anote que enfoques como el nuestro no pasan de la crítica. Aquello que se juega de los bordes al centro de la investigación que vengo adelantando es el derecho a la vida y es sobre esos contornos que deben leerse las ideas que presento a continuación. Vamos entonces desmadejando el ovillo a través de los hechos y que sean ellos los que nos vayan soltando el hilo para adentrarnos en los rompimientos de la(s) justicia(s) india(s), *vía* el enfoque de la(s) filosofía(s) constitucional(es).

2.1. Privando humanidades

En el año de 1994 Ananías Narváez interpuso acción de tutela⁸ contra la directiva del cabildo de la comunidad indígena de El Tambo, municipio de Cayaima (Tolima), porque dicha comunidad decidió expulsarlo de su parcela junto con su familia por la supuesta comisión del delito de hurto, despojándolo además de sus cultivos. El desterrado, por intermedio de su abogado, expuso que la decisión del cabildo *vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra y el buen nombre y a la vida, desconociendo la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación*.

Los argumentos esgrimidos por el desterrado dentro de la declaración que rindió ante el Tribunal, son muestra fehaciente del papel desarticulador que puede cumplir la justicia constitucional frente a los usos y costumbres de las comunidades indígenas. Para cualquier persona que haya tenido una

⁷ En el caso de los u'was esto es evidente: *Para el Estado colombiano así como para la mayoría de la población mundial el petróleo, a pesar de ser un "recurso no renovable" en el tiempo humano más no en el tiempo de los procesos "naturales", se explota y se administra en el marco de un sistema económico internacional y en relación con los niveles de demanda establecidos por un mercado globalizado. La conservación de este recurso es, en esta perspectiva, una función subordinada a la demanda y a los niveles de precios en los mercados* (Barona y Rojas: 2008, 30).

⁸ Puede verse la sentencia T-254/94 M. Eduardo Cifuentes Muñoz.

pequeña aproximación a la organización social de un pueblo indígena y de su cabildo, las explicaciones brindadas por el accionante no son del todo claras, o al menos abren una brecha de dudas al confrontarlas con las costumbres y tradiciones del mundo andino. Sin una indagación directa en el cabildo de El Tambo es difícil lanzar afirmaciones contundentes. A primera vista tengo la impresión de que muchas de las afirmaciones del señor Narváez se inscriben dentro del marco constitucional del que eventualmente se podría beneficiar y a partir del cual sería conducente desconocer a las autoridades tradicionales de su comunidad. Los ejemplos son múltiples. Detengámonos brevemente en algunos:

Afirma el desterrado que *con la determinación de expulsarlo y de quitarle la tierra se le negó el derecho a trabajar y el reconocimiento del valor de las mejoras producidas en el predio*. Lo que se entiende por trabajo en el mundo amerindio dista enormemente de la conceptualización que del mismo se realiza en el derecho laboral. Lo que parecería hacer el señor Ananías Narváez es apropiar la condición socio-semiótica del derecho occidental y presentar su caso con el poder de nominación y universalización de la lógica del derecho constitucional, donde el laborar se relaciona con ocupación retribuida: Ananías vive de su trabajo, nos dice la Corte Constitucional circunscrita en los márgenes de su lógica, y, sin embargo, no realiza ningún esfuerzo por preguntar aquello que el pueblo del inculcado entiende por la acción de trabajar. La Corte explica en jerga constitucional y en idioma castellano, un concepto que desde la lengua nativa de la comunidad de El Tambo tiene horizonte, historia y etimología diferente. Vale la pena entonces escuchar la cuidadosa traducción que un integrante de una comunidad andina nativa realiza sobre los referentes conceptuales del término que venimos analizando. Abrámosle así paso al *saber otro*, a aquel que pese a las rupturas de la tradición amerindia sigue vivo en los pueblos andinos, algunos de ellos visitados en las riberas del cabildo de El Tambo:

En el Tawantinsuyu el trabajo era felicidad. Como hoy en el Ayllu era comunicación con nuestra madre y con nuestros hermanos. Trabajar era aprender a crecer, a confundirse con la reproducción fascinante de la vida. En ninguno de nuestros idiomas trabajo es objeto, sustantivo, no dijimos “voy a hacer un trabajo”, “tengo un trabajo”. Fue acción orgánica como respirar o caminar⁹.

Han pasado cinco siglos desde el encuentro de los dos pueblos y el indio no ha alcanzado todavía a comprender y asimilar, por entero, el concepto occidental de la propiedad y del trabajo¹⁰.

⁹ La tradición Kheswaymara en la voz de: Reynaga, 1989: 24-25.

¹⁰ La tradición Quechua en la voz de: Arguedas, 1981: 25.

El lenguaje constitucional es una herramienta altamente funcional para confrontar los usos y costumbres de los cabildos indígenas. En ese sentido, aquello que debería ser discutido según la palabra del pueblo y sus autoridades tradicionales, se empieza a contender desde la voz del derecho occidental. Para decirlo en pocas palabras, la alocución de la Constitución, al servir de estrategia jurídica a un miembro de una comunidad indígena, promueve desde adentro la pérdida de las costumbres propias en beneficio del monolingüismo que llega de afuera. Ananías Narváez sostendrá que *su expulsión de la comunidad se realizó sin fundamento probatorio y sin que las directivas del cabildo indígena hubieran adelantado investigación alguna en relación con los hechos imputados*.

No se trata de negar la posibilidad de diálogo entre la tradición de la justicia amerindia y del derecho occidental. En las circunstancias actuales dicha confluencia no es sólo fructífera sino necesaria, siempre y cuando su horizonte de entendimiento tienda a enriquecer constructivamente la tradición histórica de la comunidad, esto es, cuando los espacios de reapropiación de lo ajeno tengan canales de fortalecimiento en lo propio. Considero que el diálogo es exiguo cuando instituciones encerradas en su lenguaje y en su lógica empiezan a decidir sobre cuestiones que atañen a historias y pensamientos diferentes; se levantan muros de sospecha cuando desde las políticas de la mismidad se reivindica la apertura hacia la diferencia¹¹.

Las circunstancias no son nuevas y se dejan entrever con mucho tiempo de antelación en la literatura comparada. El optimismo de algunos autores que sienten un irrefrenable apego a la Constitución de 1991 y que se sirven de su lenguaje para hablar de tradiciones mucho más antiguas que el constitucionalismo¹², nos vuelven a mostrar que desde *saberes extraños* al devenir cultural de los pueblos nativos del continente, se perpetúan

¹¹ La afirmación no proviene de un trabajo comprometido con la base de las comunidades indígenas, "cualquier" atisbo de espíritu crítico deja entrever la filosofía que sustenta a este tipo de políticas públicas: *(Las políticas de vuelta a una mayor responsabilidad comunitaria, cuando las sostiene el Estado, suenan a estrategia de poder. Al ser él mismo quien establece las reglas de juego de estas comunidades, asegura una reproducción de su imagen que, al cabo, tiende hacia una puesta en tela de juicio de la hasta entonces clara distinción entre lo que dependía de una regulación estatal y lo que no pertenecía a ella. El derecho estatal, en efecto, puede a la vez, comprometerse menos y estar más presente* (Arnaud: 2000, 183).

¹² Tendré la posibilidad de recavar en ello en la tesis. Por ahora, me basta con señalar *que la visión eurocéntrica indica como punto de partida de la "Modernidad" fenómenos intra-europeos, y el desarrollo posterior no necesita más que Europa para explicar el proceso [...]. El eurocentrismo de la modernidad es exactamente el haber confundido la universalidad abstracta con la mundialidad concreta hegemonizada por Europa como "centro" [...]. El ego cogito moderno fue antecedido en más de un siglo por el ego conquiro (yo conquisto) práctico del hispano lusitano que impulsó su voluntad (la primera "voluntad- de- poder" moderna) al indio americano [...]. La modernidad se definió como "emancipación" respecto al "nosotros", pero no advirtió su carácter mítico-sacrificial con respecto a "los otros" (Dussel: 2005, 46-51).*

políticas del saber que succionan y sirven de filtro a la multiplicidad de lenguas filosóficas que desde siempre han hecho del mundo un espacio multicultural¹³. Ya Arguedas se había pronunciado varias décadas atrás sobre estos despropósitos aludiendo a las comunidades de la sierra peruana.

Analizando el proceso de cambio de la cultura en Puquio, el maestro peruano se muestra consternado al observar que en tan sólo 10 años, los *varayoc* (autoridades indígenas que en nuestro contexto cumplirían la función de los gobernadores de los cabildos) fueron perdiendo “funciones” claves dentro de la comunidad y cediéndolas poco a poco a los funcionarios que empezaban a ocupar nuevos cargos creados por el gobierno central desde Lima. Por ese entonces, lo que ocurrió en Puquio fue que el Estado empezó a nombrar a “controladores” mestizos para que “asistieran” a los *varayoc* en el reparto del agua comunal, argumentando que estos últimos eran analfabetos. En el influjo de estas circunstancias, la formación política de los indios jóvenes empezó a cambiar; eran los propios indios los que tenían que resistir frente a aquellos hermanos que se empezaban a desindianizar. Un viejo sabio, cabecilla de Chaupi, se refiere de la siguiente forma a los nuevos comuneros: *(e)llos hablan un lenguaje que nosotros ya no entendemos. No nos permiten hablar ni en los cabildos* (Arguedas: 1981, 33). Es este tipo de “mestizaje” el que minimiza la posibilidad de reapropiación cultural y es ejemplo de aquella especie de apropiación a la que se debe resistir con ímpetu y tesón. En la desarticulación de las autoridades tradicionales dentro de las comunidades indígenas se gesta y posibilita el debilitamiento de sus estructuras de gobierno y, por consiguiente, el desmoronamiento de su justicia propia. La tesis de Gabriel Escobar recogida por Arguedas en su investigación sobre la ciudad de Sicaya, es que *los varayoc, autoridad comunal indígena en los ayllus del centro y sur del Perú* —están desapareciendo debido— *al progresivo y formado mestizaje a que la cultura y la sociedad estuvieron expuestos* (Arguedas: 1981, 100).

Toda la argumentación del desterrado se encuentra sustentada en términos constitucionales. Sin embargo, el alegato presenta un breve excursus en el que el actor permite corroborar las rupturas que se producen desde sus argumentos en contra de la tradición comunitaria. El desterrado manifiesta con frecuencia la violación de sus “derechos fundamentales” por parte del cabildo de la comunidad. La jurisprudencia, por su parte, no deja de recavar en los

¹³ El trabajo de Martín Bernal es paradigmático como sustento historiográfico de la tesis en mención. En su investigación, la pureza de la epistemología del mundo occidental es un mito que se encuentra fuera de base, incluso, al interior del sistema cultural que la sustenta. La centralidad de Grecia como cuna de la filosofía mundial, más que el producto de su originalidad, es el resultado de una invención ideológica, pues tal como lo demuestra Bernal, *“la civilización griega es resultado de la mezcla de culturas originada por esas colonizaciones (la de los egipcios y fenicios) y de otros préstamos posteriores, procedentes del Mediterráneo oriental”*. Sus fuentes dan cuenta, por ejemplo, *de los orígenes fenicios tanto de la polis, o ciudad-estado, como de la “sociedad esclavista”, según la concepción marxista, unidad global surgida hacia los siglos IX y VIII* (Bernal: 1995, 30-47).

procedimientos surtidos por el cabildo, perdiendo de vista por completo que la comunidad sirve de veedora en la actuación de dicha estructura comunitaria. Ha sucedido en muchas ocasiones que cuando la comunidad considera que el cabildo está actuando en contra de la costumbre, se revoca la decisión para reconducirla a su derecho mayor. En este caso, el mismo desterrado se encarga de demostrar que su comunidad encontró que la decisión del cabildo se ajustaba a su costumbre: *el gobernador reunió a la comunidad y les dijo que firmaran la expulsión mía de la comunidad, quitándome el derecho de la tierra trabajada, [...] y la comunidad me expulsó* (El subrayado es mío). Se observan entonces los desfases entre la reapropiación cultural y el compromiso hegemónico que se dirige a cristalizar aquello que se impone, evitando por todos los medios la reconducción creativa del monolingüismo constitucional.

2.2. La decisión judicial

La tutela fue denegada por la primera y la segunda instancia. Los argumentos que sustentaron las decisiones son muestra del marcado etnocentrismo de los jueces. *El Tribunal de Tutela entendió el acto de expulsión como ejercicio legítimo del derecho a la libre asociación*, planteando una disertación alrededor de principios del derecho civil y comercial¹⁴, que contradicen gravemente las costumbres que le dan vida a la *justicia amerindia*. Ya sea en perspectiva historiográfica, sociológica o de derecho comparado, tratar a un cabildo como sociedad comercial es tanto como convertir costumbre milenaria en costumbre mercantil. La sala penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión impugnada utilizando argumentos mucho más loables que los del Tribunal, pero sin dejar de reconducir la decisión a los márgenes del derecho “privado”. En su lógica, mostrándose preocupada por el tema de las mejoras, consideró que aquello debía ser objeto de la justicia ordinaria:

(l)a expulsión de ANANIAS NARVAEZ de la comunidad, en manera alguna se muestra arbitraria, pues fue la consecuencia de la reiteración de conductas contrarias a sus costumbres y normas internas, sanción que le fuera aplicada luego de varias amonestaciones por parte de las directivas indígenas.

Los fundamentos de la Corte Constitucional, los más importantes dentro de nuestro análisis, se estructuran a partir de dos principios en tensión llamados a

¹⁴ Uno de los primeros aspectos que se empieza a comprender desde el contacto con las prácticas comunales que sustentan la *justicia amerindia* es su ruptura radical con los principios que emergen del derecho privado. Cuenta el Taita Victor Jacanamijoy, ex-gobernador del cabildo Inga de Bogotá y médico de la tradición kichua del Valle de Sibundoy, que cuando llegó a estudiar derecho a la Universidad Libre se vio compelido a perder la materia de Derecho Civil Bienes, pues jamás logro *aprender* la lógica de los principios que sustentaban dicho curso (Notas de diario de campo).

ser ponderados: Determinar *la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho*, insistiendo permanentemente en que la función jurisdiccional de las autoridades indígenas, *está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la constitución y la ley*¹⁵. Para dirimir la tensión, la Corte formula cuatro reglas de interpretación que develarán el registro de la decisión y que encarnan la filosofía del Tribunal Constitucional:

2.1.1. A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía

La regla en mención, desconoce las incidencias que tienen lugar dentro de un proceso colonial y muestra el desconocimiento del Tribunal Constitucional de los aportes que la historia y la antropología han realizado dentro de este debate. En la resistencia del colonizado al colonizador emergen procesos múltiples de apropiación y reapropiación, donde lo ajeno suele resignificarse con especial fuerza en el seno del mundo propio¹⁶. En el mundo de la cultura no existen apropiaciones absolutas, la imposición total pierde sus contornos en la imposibilidad misma de la totalidad, ahí donde el *amo* da por sentada su lengua, reaparecen otras lenguas que desfiguran la integralidad. En el mismo sentido, no existen apropiaciones absolutas en el plano de la ley, que como la lengua suele acogerse con consignas diferentes, muchas veces con contraseñas hospitalarias, muchas otras con rúbricas de resistencia. Evitando nuevas ambigüedades, me veo compelido a precisar la distancia con esencialismos y romanticismos, la apropiación jamás será absoluta y si su fecha de nacimiento es colonial, su decurso precisa contusiones y magulladuras:

[...] Acontecimiento traumático porque aquí se trata nada menos que de golpes y heridas, de cicatrices, a menudo de crímenes, a veces de asesinatos colectivos [...]. En la tierra de los hombres de hoy, algunos deben ceder a la homo-hegemonía de las lenguas dominantes, deben aprender la lengua de los amos, el capital y las máquinas, deben perder su idioma para sobrevivir o para vivir mejor [...] (Derrida: 1997, 41-48).

Siendo así, establecer acriticamente que un pueblo por los usos y costumbres que mantiene *es más indio* que su pueblo hermano, constituye otra forma

¹⁵ Ésta es de lejos la asunción más citada dentro de la sentencia.

¹⁶ Es lo que muestra Arguedas, cuando expone la función que cumple la religión católica y la religión local en Puquio. De las diferentes versiones del mito de Inkari recogidas por Arguedas, puede colegirse que existe una separación entre Inkari (el Dios local “creador de los wamanis y de todas las cosas entre los dioses indígenas”) y el Dios católico. Mientras al primero no se *lo concibe como Dios pudiente sino latente*; al Dios católico se lo ubica estratégicamente en las versiones de los mitos por encima de Inkari, pero en la vida cotidiana es más bien un Dios pudiente y no latente (Arguedas: 1981, 43).

subrepticia de colonizar al otro. Los fundamentos de la Corte Constitucional en este punto resultan eminentemente *mono-juristas*, sin presentar un solo argumento que de cuenta del conocimiento de la costumbre amerindia¹⁷ y apuntando a la prevalencia de la seguridad jurídica. Termina considerando que cada vez que un pueblo nativo pierda las tradiciones de su justicia material, éstas deben ser reemplazadas por la ley de la “sociedad mayor”.

El equívoco es común y no dudo que muchas veces se repita de buena fe: la asimilación de varios pueblos indígenas con pueblos campesinos está presente en una vasta bibliografía jurídica y antropológica. Creo que quienes trasegamos por estos documentos con un mínimo conocimiento de causa nos hemos acostumbrado a ello, pero no así al imaginario desplegado por estas descripciones, que en un acto francamente irresponsable cimientan desde el colonialismo académico los gérmenes del colonialismo expoliador. Refiriéndose a los intercambios culturales entre “prácticas tradicionales” y “prácticas modernas” de los pueblos indígenas, Daniel Bonilla anota que algunas etnias

no pueden distinguirse de las comunidades campesinas de la cultura mayoritaria (v.gr., los muiscas, kankuamos y coyaima - natagaimas) y algunos pocos de ellos organizan su vida privada y pública a través de costumbres que no han cambiado notoriamente durante siglos (v.gr., los nukak makúis) (Bonilla: 2006, 165).

Se trata de un ejemplo donde se presenta a pueblos indígenas que han sido apropiados de forma absoluta por la “sociedad mayoritaria”, en los cuales el esfuerzo por precisar elementos de reappropriación es nulo y el sustento argumentativo francamente exiguu. En el debate, puedo referirme a dos casos de comunidades indígenas que buena parte de los trabajos investigativos que carecen de visitas al territorio, y que por tanto desconocen la vida cotidiana de los mismos, califican de *campesinos*. El primero de ellos, el pueblo de los muiscas, citado por Bonilla, ubicado en el altiplano Cundiboyacence.

En los últimos lustros, los muiscas han emprendido un proceso tendiente a recuperar su memoria ancestral y a fortalecer las prácticas milenarias que subsisten dentro de su territorio. Me puedo referir al caso del resguardo de Sesquilé, territorio que he visitado y que se caracteriza por ser ejemplo de organización social y de preservación de las prácticas sagradas de su pueblo.

¹⁷ No se trata de solicitarle a la Corte Constitucional experticia rigurosa en costumbres amerindias, pero si un mínimo grado de asesoramiento –que para estos casos es correlativamente un mínimo grado de respeto– por parte de especialistas o preferiblemente por miembros y autoridades de la comunidad en cuestión, que le permita tomar partido frente a tradiciones de las que no conoce, no porque deban saber de ellas sino porqué están hablando de su mundo, y al hacerlo, o bien pueden respetarla o bien enfrascarla dentro del suyo propio.

Recuerdo con gratitud las enseñanzas que compartió con un grupo de visitantes el Taita gobernador Carlos Mamanche quien, junto al Taita Floro Agreda de la tradición kamentza, dirigió una ceremonia de fortalecimiento de los pilares de la justicia propia poniendo siempre de presente la sabiduría de los ancianos que habitan las montañas del resguardo. En igual sentido, tengo conocimiento del papel fundamental que ha jugado el pueblo muisca en las alianzas de los pueblos indígenas por la recuperación de sus estructuras de vida. Al respecto, registro en mi diario de campo referencias de tres líderes indígenas del bajo Putumayo, cuyo horizonte político es muestra fehaciente de la resistencia y la hermandad de los pueblos originarios. Mama Concha Chindoy, Taita Guillermo Mavisoy y el ex-justicia Taita Gaspar (de quien desconozco su apellido), quienes me acogieron en su morada en la vereda Sagrado Corazón en las inmediaciones de Mocoa, comarca donde la espesura de la selva llega a lo más recóndito del corazón tiñendo sus pálpitos de verde selva, me contaron sobre la importancia de la tradición muisca en los procesos políticos de recuperación del mundo autóctono de los pueblos indígenas de Colombia.

La segunda tradición, sin duda alguna una de las más atropelladas con este tipo de referencias, es la del Gran Pueblo de los Pastos, ubicada en el departamento de Nariño. He tenido la fortuna de caminar sus territorios desde temprana edad y después de extasiarme con los colores de la justicia kichua, quechua y aymara, puedo dar fe de que pese a la arremetida violenta del gamonalismo y de políticas públicas donde la extinción simbólica y material hace carrera, los pilares culturales de este pueblo se han reactuado y en su seno se fortalece la matriz ancestral de los pueblos andinos. De la tradición oral que he recibido de este pueblo, vale la pena rescatar la referencia que hiciera del mismo Abadío Green Stocen, líder del pueblo Tule y ex-director de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC:

Ustedes son el pueblo indígena que más admiro y respeto en Colombia, después de haber soportado saqueos, explotación de terratenientes, pérdida de la lengua (...) mantienen su organización social y lo que es motivo de más admiración, son el pueblo que más ha recuperado territorio en Sur América (Recibido de la tradición oral Pasto. Conversación con Diego Fernando Tupaz Pastas: Comunero del Resguardo Pastas de Aldana).

Al rescatar las voces de los pueblos muisca y pasto para desvirtuar la afirmación de una posible apropiación absoluta de la lengua del colonizador, no quiero indicar que no pueden existir graves problemas y rupturas en dichas comunidades, por el contrario, reconocerlo y fortalecer los procesos de recuperación desde una crítica sana es necesario y constructivo. De ahí a afirmar que entre dichos pueblos y los “campesinos de la sociedad

mayoritaria” no hay ninguna diferencia, existe una distancia enorme. En primer lugar, la característica innata de los pueblos amerindios es la de ser campesinos, imposible tener noticia de su justicia sino es desde la tierra, sus calendarios lunares y solares son libros abiertos a los investigadores interesados en esta temática. Gran parte de los mal llamados “campesinos de la sociedad mayoritaria” comparten dicho conocimiento, un buen número de ellos tienen corazón indígena y cuando siguen “técnicas naturales” para relacionarse con la tierra (en la siembra, en la cosecha, en el arado, etc.) no presentan mayor diferencia con los pueblos nativos, que según algunos investigadores no han cambiado sus costumbres notoriamente durante siglos. Retornando a las falacias del argumento de la Corte Constitucional, doctrinas que retoman filosofía(s) política(s) no precisamente consignadas en esta reflexión, concordarían con mi planteamiento:

En suma, en este caso la Corte inclinó la balanza hacía el polo de la unidad cultural de la tensión constitucional. Los valores liberales deberían ser la lingua franca hablada por todas las culturas. Si una cultura no habla este lenguaje, no será reconocida ni acomodada (Bonilla: 2006, 167).

¿A que conservación se refiere la Corte? Al parecer, lo que quiere decir es que mientras más similitudes guarde un pueblo indígena actual con los pueblos indígenas que habitaban el territorio colombiano antes de los procesos de conquista y colonización, más derechos tienen. ¿Es esto razonable? (Sánchez y Jaramillo: 2000, 153-154).

2.1.2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares

La regla, que no hace otra cosa que poner talanqueras materiales al principio de diversidad étnica y cultural tal como lo hace la constitución, desconoce que el discurso de los derechos humanos no es una *invariante cultural*, y que, por el contrario, responde a circunstancias históricas que tuvieron lugar en el mundo occidental. Por tanto, universalizarlos esgrimiendo que no se puede traspasar el núcleo esencial que los singulariza, es negar que en otras tradiciones históricas el denominado núcleo se mide con otro rasero y bajo otros supuestos¹⁸. *La filosofía intercultural no considera los Derechos*

¹⁸ En la tradición histórica de Indoamérica los derechos humanos pueden ser vistos como un grave retroceso, toda vez que en su seno no existe diferencia entre los derechos de los animales, de las plantas y de los hombres (De la tradición oral del pueblo Pasto: Diego Fernando Tupaz Pastas). Lo anterior, no obsta para reconocer el papel determinante de dichos derechos en el mundo occidental y la utilización estratégica de los mismos por parte de los pueblos indígenas para propender por el respeto de su tradición. No obsta tampoco para ubicarlos en su contexto: Tradición antropocéntrica propia de la Revolución Francesa, valores cristianos e ilustración.

Humanos como ‘invariantes culturales’ o ‘depósito supracultural’, sino como resultado de un polílogo intercultural’, basado en ‘invariantes humanos’ (Estermann: 1998, 238)

2.1.3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural

El ámbito intangible de valores superiores de una cultura por encima de la otra, es una muestra clara de que la Corte privilegia la historia canónica de occidente por encima de historias que en muchos casos son más antiguas, no por ello superiores, pero sí diferentes:

Hay equívoco y es común. No sólo se comete entre juristas. El trabajo sucio también lo hace la antropología y el resto de las que se tienen por ciencias sociales, como ahora igualmente la ecología. Presumiéndose científicas para la determinación más o menos mediada de políticas todas tienden a apropiarse de la voz y el voto ajenos, a pensar y decidir por todo el resto. Suplantan humanidad. Abí radica el problema para el derecho que puede sustraerse no sólo por la política, sino también y previamente por la academia (Clavero: 2002, 87-88).

2.1.4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas

La regla juega a mostrar a la *justicia india* como una forma más del llamado derecho alternativo. Nada más lejano a la realidad. Hoy variedad de estudios demuestran que la tradición amerindia se pulió pacientemente a lo largo de más de 500 siglos de aprendizaje, razón por la cual no es exagerado afirmar que el derecho de la polis griega y de los jurisconsultos romanos se encontraba en la cuna cuando los pilares de la *justicia india* ya estaban consolidados¹⁹. En la lógica del reconocimiento constitucional, la jurisdicción indígena se convierte en ente supletorio o residual:

(e)s común que el discurso desde el Estado plantee que las normas de derecho indígena deben “armonizarse” con la constitución y, con ello, el mensaje implícito es que la carga de la armonización corre a cuenta de los conceptos sustantivos del derecho indígena (Gómez: 2002, 256).

¹⁹ La asunción se puede verificar también en otras ramas del conocimiento, cuyos presupuestos gozan de demarcación cronológica dentro de la historia oficial: *(l)as matemáticas incaicas conocieron la posición exacta de todos los planetas del sistema solar y confeccionaron calendarios para cada uno de ellos. Europa siglos después, aprendió de Tolomeo que la tierra era centro del universo* (Reynaga: 1989, 31).

Partiendo de las anteriores reglas, la Corte Constitucional llega a la conclusión de que con la expulsión del peticionario y de su familia, se vulneró su derecho al debido proceso y el derecho a la integridad física de sus hijos. En opinión de la Corte, la comunidad deberá adoptar una nueva decisión respecto a la conducta del peticionario con especial cuidado de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento y sanción. La resolución de la Corte, que hace gala del principio de proporcionalidad de la sanción y de la protección a terceros “ajenos” al conflicto, atendiendo la filosofía constitucional, celebra al mismo tiempo el desconocimiento de los principios y de la filosofía por la que se guían los pueblos amerindios.

La razonable protección que la Corte le brinda a la familia del desterrado, parte una vez más de un concepto *naturalizado* de familia, signado por el prototipo occidental. La Corte no hace ningún esfuerzo por preguntarse la forma en que la comunidad del El Tambo entiende la sanción de destierro y menos aun por verificar si socialmente la familia es concebida tal como es recreada dentro de la tradición eurocéntrica. En el mundo amerindio, el concepto de familia no es precisamente filial y corresponde a la unidad de la comunidad en su conjunto. Es por eso que cuando se visita por primera vez un *ayllu* suele confundir el hecho de que los niños/as llamen tíos/as a todos los adultos:

La presión moral del Ayllu es permanente y total. El centro de organización social no es la familia sino la comunidad. Es su responsabilidad cuidar a sus miembros. La salud de cada uno es asunto comunal. Para reglar, las leyes morales, no necesitaron ser codificadas ni escritas. Son tradición viva. La coerción moral comunal sola evita ataques contra la ley socialmente formada. En casos raros, cuando un trasgresor persistía, podía llegar a ser expulsado de su comunidad, condenado al individualismo. Castigo temido en extremo ya que las comunidades vecinas procuraban no tener tratos con el ofensor, pues toda ofensa era social (Reynaga: 1989, 32).

El peritaje de la sentencia analizada en el apartado V de este escrito me servirá para mostrar las implicaciones del destierro cuando éste se extiende a la familia del infractor.

3. HOMO-HEGEMONÍA DE USOS Y COSTUMBRES: A MAYOR ENTENDIMIENTO DEL DELITO MENOR AUTONOMÍA DE LOS CABILDOS

En el año de 1996 Guainas Finscue, comunero del pueblo Páez, interpone acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila, por vulneración de sus derechos a la protección de la diversidad étnica

y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho que tienen los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial²⁰. Los hechos indican que el actor asesinó a Gregorio Pumba Gutiérrez, comunero de otra comunidad indígena que no se identifica dentro del expediente y compañero de trabajo de Finscue. Luego de que la Fiscalía dictara resolución de acusación, el juez de la causa solicitó valoraciones antropológicas y psicológicas. La primera, aconsejó devolver al actor a su entorno natural para ser juzgado por las autoridades de su comunidad, mientras la segunda, determinó que pese al apego cultural del actor, su contacto con la “civilización” le otorga “capacidad” para comprender la ilicitud de su acto y las consecuencias derivadas de él.

El juez condenó a Finscue a la pena principal de 20 años y 10 meses de prisión por el delito de homicidio. La decisión arguyó dentro de sus motivos que Finscue no podía ser considerado un inimputable, *pues al momento de cometer el delito no padecía de trastorno mental o inmadurez psicológica que le impidiera conocer de la ilicitud de su conducta*. El defensor de oficio, interpuso recurso de apelación solicitando revocatoria parcial por causa de inimputabilidad, pretensión que fue rechazada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

La acción de tutela fue conocida por el Juzgado Primero Penal Municipal de la Plata, ente que denegó el recurso de amparo, compartiendo los argumentos de los jueces penales. Agregó que en el caso en mención no se cumplía el factor territorial, hecho que impedía reconocer autonomía punitiva, toda vez que los hechos no se cometieron dentro del territorio de la comunidad del inculpado. Sostuvo además, que la normatividad penal era prevalente, tratándose de un valor constitucional de superior jerarquía al principio de diversidad étnica y cultural, a saber, el derecho a la vida. La Corte Constitucional confirmó el fallo, ampliando los argumentos del juzgado y reparando a nivel doctrinal y conceptual los alcances del principio de diversidad étnica y cultural. Lo que me interesa destacar a este nivel del avance investigativo, independientemente de que se pueda compartir o no la decisión de la Corte, es el déficit de diálogo propiciado por esta entidad con las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Quiero entonces acercarme brevemente a la filosofía constitucional que emerge de los planteamientos de la Corte en el caso que venimos analizando²¹.

²⁰ Puede verse la Sentencia T-496/96, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹ Daniel Bonilla ubica este pronunciamiento dentro de lo que él denomina “Interculturalismo Radical”, en el marco de referencia de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Puede verse, Bonilla: 2006, 169.

3.1. Alrededor de la originalidad constitucional y del sujeto constituyente

El Tribunal Constitucional parte de considerar la necesidad que tuvo la modernidad de *reconocer* la existencia de “fragmentos socio culturales”. Esta lógica supuso *igualmente* el reconocimiento de comunidades tradicionales diversas y del pluralismo jurídico como expresión de ruptura con la unidad de la naturaleza humana. El fenómeno del reconocimiento delimita enigmas que aún no han sido resueltos, la “tradición” constitucional suele partir de una consideración historiográfica universalista que al independizar sus fuentes asumiéndolas como catapultas de la verdad, separa a la vez su realidad jurídica para juzgar a partir de ella percepciones donde el derecho, lo justo y lo injusto nacen de historias y fuentes diferentes²². Una de las incógnitas que resulta más problemática al fenómeno del reconocimiento de ley, de ley constitucional si se quiere, es la de la legitimidad de causa para el otorgamiento de derechos: son los pueblos indígenas los sujetos constituyentes de nuestra América, se trata de tradiciones con cultura y con territorio propio –en territorio propio para ser más explícitos–, se trata nada más y nada menos que de una evidencia colonial que hoy se transige en términos constitucionales. Resulta absurdo que el constitucionalismo reclame originalidad en parajes donde existen culturas no-constitucionales cuya historia es muchísimo más antigua que la de la conquista, la colonia y la república juntas (realicemos un excursus que merece mucho más que un paréntesis para hablar sobre el problema y para empatar seguidamente con los nuevos argumentos del Tribunal Constitucional):

[...] Igual que escamoteos más toscos y mutismos más discretos, no parece efecto de descuido ni materia de acertijo un lapsus que pierde a millones de personas en la exposición de una historia y el transcurso de un constitucionalismo, en este tránsito doble por redomado. Resulta toda una parábola.

La originalidad pesa y la ecuación no se resuelve. He ahí una verdadera inecuación, una desigualdad constitutiva, algo más que

²² Analizar los trasplantes constitucionales en perspectiva de las historias particulares de las tradiciones a las que van llegando, debería ser un punto primordial dentro de la agenda del constitucionalismo. El vínculo histórico entre colonialismo y constitucionalismo, por ejemplo, no aparece en la mayoría de los trabajos reputados de historia constitucional, o cuando se pone en evidencia se lo hace recurriendo a un pie de página apartado. Aquí la nota al pie quiere más bien seguir evidenciando los postulados gruesos que revisten al texto: *(1) la primera edad constitucional era un tiempo aristocrático y colonial. La misma patria del constitucionalismo, la feliz Inglaterra, lo es también notoriamente de otras cosas. Ideas y actuaciones constitucionales efectuaron su implantación en casa y emprendieron su propagación por parajes extraños mediante planes y prácticas patriarcales e imperiales, expresamente tales. Nada de esto entonces se ocultaba. Abí también nos formamos y de abí también provenimos. Si procedo a contemplar ese pasado ajeno, por histórico, es porque me interesa este presente nuestro, por constitucional. Miro la partida de nacimiento de una criatura aún viva por compromiso con su existencia* (Clavero: 1997, 10).

discriminación cualquiera, de pasado y de presente. Hay entonces y hay ahora literalmente perdido un elemento nada desdeñable aunque no suela a estas alturas ni siquiera identificarse. Pesa la originalidad en el sistema como en su representación, en la doblez común. El apego de la inteligencia constitucional a historia particular puede arrastrar y recargar hipotecas y gravámenes incluso cuando se reconocen y afrontan prestándose cuidados y atenciones a los alivios y mejoras, constando así la impropiedad del propio originalismo. Quizás entonces, si llega, una buena historiografía contrarreste un mal constitucionalismo (Clavero: 2000, 22).

Bartolomé Clavero denomina *constituyencia indígena* al fenómeno en referencia²³. Se trata de una categoría historiográfica que cuestiona los cimientos de un aporte importado de Europa que en sus principios –la independencia de Estados Unidos– parte del desconocimiento no sólo de la presencia indígena en esos tiempos de colonialidad, sino además, de la originalidad que vincula a dichos pueblos con los mencionados territorios. El saber constitucional no se esculpe en territorio neutro y tampoco se traslada neutralmente, en cierta medida el constitucionalismo refunda el debate sobre las justificaciones jurídicas de asentamiento en territorio ajeno y con derecho propio. Si en su momento el derecho canónico fue a todas luces insuficiente para excusar al fenómeno colonial, no pasa menos con el constitucionalismo, cuyo tránsito multicultural debería empezar por reconocer la existencia de un derecho previo, que es en última instancia el que implícita o explícitamente fundaría a la tradición de pluralismo jurídico en tierras americanas:

He ahí tanto una situación como una posición originales de América: el escenario de la presencia indígena sin arte ni parte constituyentes y el cimiento o también la fábrica de todo un constitucionalismo sin solución ni resolución para el lance. ¿Cómo puede desenvolverse hasta hoy y a nuestras alturas una vez que fuera establecido por obra y gracia de población advenediza en relación esto último a pueblos del mismo territorio sin contar por regla general con su consentimiento y no haciéndose cargo en todo caso de su derecho entonces previo? Si en origen la presencia resulta indiferente para el planteamiento constituyente y la posición constitucional, ¿cómo puede sanarse luego el vicio o cómo colmarse ahora el vacío? ¿Qué remedio cabe? Tenemos ya una primera incógnita por despejar ¿Cuál es el paradero constitucional, estrictamente tal, de esos millones de personas desaparecidas? (Clavero: 2000, 23).

²³ Por *constituyencia* entiendo sujeto constituyente y agencia constitucional, ambas cosas, no sólo base representativa y legitimidad ciudadana, sino también objetivo y travesía de derechos. Por éstos, por los derechos de libertad, por las libertades también en plural, se califica hoy justamente la raíz, *constitución* (Clavero: 2000, 15).

Parecería que no hay argumento histórico o jurídico que plausiblemente le reste legitimidad a la originalidad indígena en América, sin embargo, el constitucionalismo americano ha sido pieza fundamental para subvertir tanto en términos históricos como prácticos la evidencia. La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 aporta un tipo de derecho censitario que en los territorios del Norte –originalmente Apaches, Tarahumaras, Hopis, Pawnes, Sioux, Cheyennes, Kiowas, Apalaches, Yuchis, Secotanos, por sólo mencionar algunos– se legitiman hasta hoy. El respeto fue y sigue siendo por exclusión: *excluding Indians non taxed*, aquellos que no pagan impuestos tampoco tienen representación, lo que no obsta para que los representantes de aquellos que si los pagan establezcan legislativamente lo siguiente: *to regulate commerce with foreign nations, among the several states, and with the Indian tribes (art. 1, secc. 8, par. 3)*, preceptiva que entra a regular el comercio con los pobladores originarios como si se tratara de naciones extranjeras. Tamaño despropósito el constitucional, que declara población interna a la originaria para excluirla de representación y externa a la vez para comerciar con ella. En 1868 llega la abolición de la esclavitud pero el registro de indígenas no tasados permanece incólume, en 1920 la enmienda decimonovena sobre el sufragio femenino establece un giro frente a los afroamericanos y las mujeres, entre tanto, la humanidad indígena sigue invisible²⁴ (Clavero: 2000, 24-25).

El caso canadiense no es menos patético. Si Estados Unidos acudió a la desdeñable práctica del desplazamiento forzado, el régimen colonial de la vecindad aclara en la Constitución de 1867 que *el parlamento central o federal tiene competencia sobre los indios y las tierras que se les reservan, Indians, and lands reserved for the Indians (art. 91.24)*. Por su parte, la Constitución de 1982 insiste vehementemente en la reserva: las tierras no son de los pueblos originarios sino que el Estado gentilmente se las ha reservado (Clavero: 2000, 26). El subcontinente del sur ratifica las reglas de aquellos que invadieron el norte. La primera Constitución que tiene un punto de partida independiente de España, la de Venezuela de 1811, representa con exactitud la glotofagia del derecho público que, partiendo de conversión religiosa y cultural, se dirige a delimitar una política de repartición de tierras que amablemente habían sido concedidas a quienes las han habitado y cultivado desde tiempos inmemoriales: *queda entendido que no hay dominio territorial sino se viene a propiedad privada. Y que no cabe comunidad propia ni derecho propio. Para*

²⁴ *Advertido el asunto, puede sorprender que a nuestras alturas no haya enmienda ni propósito siquiera, pero causan menos sorpresa las elipsis de unos orígenes. Al fin y al cabo, las colonias que forman originariamente los Estados Unidos se independizaron movidas en último término contra la proclamación de la Monarquía británica en 1763 reconociendo el territorio indígena más allá de una franja atlántica. Con el propósito en cambio de expandirse a costa de los pueblos indios, éstos no podían contemplarse por los Estados Unidos ni como extranjeros ni como nacionales propios. La misma concesión de ciudadanía a la población indígena de las reservas no se producirá hasta el siglo XX y con discreción, sin enmienda ninguna reconstituyente, en orden además de evitarse interferencias de organismos internacionales (Clavero: 2000, 25).*

perspectiva de parte indígena, la inclusión pudiera ser exclusión (Clavero: 2000, 27). Otro tanto ocurrirá con el acta constitucional de las Provincias Unidas de Nueva Granada de 1811, con la de Ecuador de 1830, con la declaración de los derechos de Guatemala de 1839, con la de Honduras de 1865²⁵, con la de Colombia de 1863, con la de México de 1867 y con la de Argentina de 1863²⁶. Vaya paradoja, el subcontinente del norte –el desarrollado– tiene amplias coincidencias con el del sur –el subdesarrollado–, concursos que coexisten entre la lógica colonial y la constitucional:

ambos se mueven en un limbo situado entre exclusión e inclusión, colonial la una y constitucional la otra, ambas compatibles y ninguna ni de lejos el paraíso, el prometido religiosamente por el colonialismo o el presumido liberalmente por el constitucionalismo (Clavero: 2000, 32-33).

Es característica innata del constitucionalismo de la región que el calificativo legal se sobreponga al título comunal²⁷, como si el Estado y su teoría fueran anteriores a las comunidades que habitaron y siguen habitando los territorios americanos. El argumento, además de ser constitucional, no es de poca monta y se refleja contemporáneamente en otra característica que sigue haciendo carrera en la zona, a saber, la subordinación del orden comunal al de la Constitución y la ley²⁸. En un comunicado fechado el 4 de septiembre de 2008, el Consejo de Gobierno de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), apoya con un SÍ CRÍTICO el referéndum convocado para aprobar el proyecto de una nueva Constitución en el marco del gobierno del presidente Rafael Correa. Entre las salvedades que encuentra el movimiento indígena para optar por un apoyo restringido se enuncia la siguiente:

Que el proyecto de la nueva Constitución 2008 no recoge correctamente las propuestas planteadas por la CONAIE en torno a nuevos derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador, por lo que no existen significativas innovaciones en relación a la Constitución de

²⁵ La mencionada constitución lo expresaba con un tinte racista, arguyendo que la realidad de la justicia indígena era posible gracias a sus disposiciones: *el régimen judicial y gobierno interior o local puede ser distinto y singular en el caso de “las tribus aún no civilizadas” [...] “Lo es y no precisamente por dispensa constitucional ni por deficiencia cultural, sino por contar con ello, con esta cultura propia* (Clavero: 2000, 34).

²⁶ Al respecto puede verse Clavero: 2000, 28-31.

²⁷ *En 1938, Bolivia, como Perú, procede con un calificativo, el de legal, que subordina a Estado, un sustantivo, el de comunidad, que encierra orden propio, y una previsión, la de legislación, que confía todo a determinación política de aquel, el Estado, y no de ésta, la comunidad* (Clavero: 2000, 35).

²⁸ Los casos de Colombia y Ecuador son paradigmáticos al respecto: *A lo largo de la Constitución ecuatoriana, por todo su entramado, se producen previsiones en consideración de la presencia indígena, pero el propio edificio constitucional no se replantea en función de la misma. Según se procede, no parece ni siquiera preciso* (Clavero: 2000, 42).

1998, por lo tanto, seguiremos luchando incansablemente hasta que haya un verdadero reconocimiento de nuestras demandas en el marco del nuevo Estado plurinacional.

De entenderse que en materia de derechos humanos el derecho nacional debe propender por integrar los estándares internacionales, la ecuación sigue siendo perfecta, pues el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁹ sigue reproduciendo la lógica paternalista, tanto en el registro como en la práctica del derecho internacional propiamente dicho, *pues sigue tratándose de una dispensa concesiva por la parte que se resiste a reconocer en rigor el derecho de unos pueblos precedentes en el propio territorio* (Clavero: 2000, 43).

Ahora bien, de lo que se trata no es de una crítica radical al derecho internacional. Considero necesario y pertinente anotar puntos problemáticos dentro de este panorama, sin embargo, en mi opinión, los estándares internacionales pueden jugar un papel preeminente en un futuro próximo –todo dependerá de la voluntad política de los propios organismos internacionales, pero sobre todo de la profesión de fe que en la materia deberían empezar a asumir los Estados-Nación³⁰. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 13 de septiembre de 2007, abre un importante sendero

²⁹ Es necesario resaltar la composición subjetiva sobre la cual se basa el mecanismo internacional, al tenerse en cuenta únicamente a representantes de los trabajadores, empleadores y gobiernos, excluyendo cualquier otro tipo de posición que los sujetos puedan asumir, como por ejemplo campesinos, desempleados, artesanos, y, por supuesto, indígenas. La estructura de la OIT que es la misma desde su creación en 1919. Concibe el mundo como un resultado de la división de la dinámica capitalista, que ha creado tan sólo dos extremos posibles, colocando al indígena a escoger entre uno y otro, izquierda o derecha, cosificando así el trabajo y la vida de las comunidades. Basta con observar la composición de la Conferencia Internacional del Trabajo, máximo órgano de decisión de la OIT, compuesto por los tres sectores mencionados, para comprender lo ilegítimo que resulta la creación de un proceso de consulta que se votó con la opinión de “todos”, excepto de aquellos a quienes afecta directamente, es decir, la creación de un mecanismo de consulta inconsulto. En cuanto al bloque de constitucionalidad, es necesario aclarar que la posición de la Corte Constitucional al respecto, recogida en la Sentencia C-401 de 2005, acoge la tesis del bloque de constitucionalidad en sentido estricto diferenciándolo del sentido lato, para afirmar que dentro del sentido estricto solamente estarían incluidos aquellos convenios de la OIT que desarrollan derechos fundamentales, en tanto que harían parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, aquellos convenios de la OIT que contemplan procedimientos, metodologías, mecanismos, en fin, que no versan sobre derechos fundamentales –en la práctica se los excluye de los efectos de la aplicación de la teoría francesa-. Las implicaciones riesgosas de esta tesis radican en que el Convenio 169 de la OIT perfectamente puede ser excluido del bloque de constitucionalidad, o al menos de éste en sentido estricto.

³⁰ *Tras la descolonización, el problema fundamental pendiente para las mismas Naciones Unidas es el de los pueblos indígenas, el de unos pueblos colonizados e incorporados sin determinación propia por parte de Estados que siguen siéndoles culturalmente ajenos aun por mucho que les alcancen a otros numerosos efectos. Conforme a cifras barajadas por los mismos medios de Naciones Unidas, esta condición que puede decirse indígena interesa a una humanidad de unos trescientos millones de individuos, más de treinta por América* (Clavero: 2000, 53-54).

para la discusión de la autodeterminación de los pueblos originarios, cuestión que resulta clave en un contexto de justicia que se dice verdaderamente internacional y desde el que se pueden empezar a analizar casos particulares que conlleven a potenciales autonomías. Éste es un dilema que merece ser estudiado con especial calma, sobre todo si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional piensa en proliferación absurda de Estados cuando se plantea la autodeterminación y autonomía de los pueblos nativos. Como pasaremos a mostrarlo, muy poco tiene que ver con eso. El problema radica, en buena medida, en la propia configuración del derecho internacional de las Naciones Unidas.

Si hay algo que caracteriza a la declaración en términos de filosofía política, son los derechos de autodeterminación y autogobierno consignados tanto en las consideraciones preliminares como en el articulado del instrumento internacional, veámoslo de paso:

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

El artículo 5 es una pieza fundamental para empezar a despejar las dudas y temores constitucionales sobre el vínculo entre autodeterminación y multiplicación de Estados-Nación, y tiene que ver con la opción libre de las comunidades nativas de concurrir en actuaciones estatales y con la diferencia que se empieza a demarcar entre pueblo y Estado³¹, reconociendo la funcionalidad internacional no sólo del segundo sino también del primero, es decir, de las comunidades indígenas:

³¹ Cuando aquello que hoy es Declaración era apenas un Proyecto de Declaración. Bartolomé Clavero insinuaba ya sus potenciales efectos: *Dicho de otra forma, lo que se abre con la substanciación amplificada de estos sujetos, los pueblos, es un horizonte de proliferación, no de Estados, con la descolonización, sino de lo que podemos llamar en el lenguaje constitucional español actual, para entendernos, de Comunidades Autónomas, de aquellas que tienen un sustento de nacionalidad, según terminología de la constitución, o de pueblo, según la expresión de algunos Estatutos, o del conjunto más amplio de fórmulas que puedan barajarse entre autonomías hacia el interior y federaciones hacia el exterior, siempre que éstas naturalmente no sean tan excluyentes sobre supuestos de cultura como los federalismos conocidos por la misma América, aunque suelen predicarse lo contrario. El nombre de la cosa es lo de menos* (Clavero: 2000, 56-57).

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

El artículo consiga expresamente la posibilidad de que los pueblos indígenas opten libremente (*si lo desean*), por el tipo de relación que han de tener con el Estado-Nación, lo cual dependerá de cada pueblo particularmente considerado y sobre todo de sus condiciones de vida materiales. Los pueblos indígenas podrían estar bajo el cobijo de los Estados-Nación, sin embargo, dicho regazo tendría que suponer el respeto del derecho propio, *de un derecho humano de carácter colectivo, el derecho a la libre determinación, derecho que se conserva en dicha misma situación a disposición siempre del pueblo y no ya del Estado* (Clavero: 2000, 57-58). Digamos entonces para ir rematando, que el temor constitucional de la proliferación de soberanías queda zanjado. En efecto, lo que sobreviene legítimamente del poder del sujeto constituyente han de ser multiplicidad de autonomías:

Dicho de otro modo, lo que se abre con la substanciación amplificada de estos sujetos, los pueblos, es un horizonte de proliferación, no de soberanías, sino de autonomías, pero de unas autonomías reconocidas y garantizadas internacionalmente ante los propios Estados o frente a ellos en su caso, no de otra forma que como se viene intentando reconocer y garantizar libertades del individuo, derechos humanos lo uno como lo otro. Como sujeto de mayor entidad, el Pueblo, cuando no se determina por constituir Estado, se hace cargo no sólo de su propio derecho, sino también del grado y las formas de comunicación y participación. Expresión de la libre determinación resulta la misma autonomía interna caso de mantenerse la inclusión en el Estado, caso de ejercerse de este modo, ahora que pudiera convenir, dicha libertad colectiva popular (Clavero: 2000, 59-60).

Si no son soberanías las que van a pulular tampoco han de ser ciudadanías, pues en rigor podría sobrevenir el argumento que a mayor autonomía menor ciudadanía. Al respecto no sobran un par de comentarios: en primer lugar no hay que confundir autodeterminación y autogobierno con auto-sostenimiento, pues no necesariamente lo primero supone lo segundo. Quizás ese sea el horizonte, más sin embargo la realidad de los pueblos indígenas depende hoy de la realidad de los Estados-Nación, por lo cual la viabilidad de dicho ejercicio supone una suerte de proceso reparativo, y sus posibilidades –aparte de aquellas de responsabilidad histórica– penden de derechos de no injerencia, entre muchos otros, de prohibición de intrusión tóxica en el medio ambiente de la comunidad, garantía sin la cual resulta imposible proyectar horizontes de soberanía alimentaria, educativa, medicinal, etc., y por la cual hoy muchas

comunidades del país experimentan resquebrajamiento en el mantenimiento de lo propio. De forma tal, no hay que independizar la autodeterminación y el autogobierno de la responsabilidad del Estado-Nación para con los pueblos indígenas, tanto lo primero –por constituyencia indígena– como lo segundo –por especial situación de vulnerabilidad– son derechos de las poblaciones en mención³². Sobre estos aspectos, la Declaración de las Naciones Unidas vuelve a despejar las dudas:

Artículo 33

*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. **Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.*** (El subrayado es mío).

Existe un caso de reciente ocurrencia para ilustrar lo que venimos planteando: actualmente el pueblo Arhuaco se enfrenta a una problemática ambiental con connotaciones en todos los ámbitos de la vida comunitaria. Un plaguicida dispersado a miles de kilómetros de su territorio, provocó que un insecto huyendo del efecto devastador del veneno migrara hacia los territorios de la Sierra Nevada de Santa Marta, donde se apareó con insectos de la misma especie nativos del lugar, que bajo el influjo de la sustancia química sufrieron una mutación genética que estimuló, entre otras cosas, la variación de su alimentación –de hojas silvestres a sangre humana–. La mutación genética ahora representada en la picadura del insecto, ha “dado a luz” una enfermedad desconocida, que al momento ha ocasionado varias muertes de la población indígena. En estas circunstancias, tanto la autonomía constitucional como el horizonte político de la autodeterminación explota en mil pedazos, pues no es posible predicar autonomía formal sin garantizar condiciones de autonomía material ¿acaso no nos es lícito preguntarnos en semejantes condiciones de qué autonomía está hablando la constitución?³³. Terminado el excursus retornemos a los argumentos del Tribunal Constitucional.

3.2. El conflicto de competencias

El supuesto que maneja la Corte Constitucional en el caso que venimos examinando y que configura la piedra de toque del pronunciamiento, es el del conflicto de competencias que deviene del *reconocimiento* de jurisdicciones especiales y del alcance del fuero indígena. Fuero que siguiendo el talante del reconocimiento constitucional, no puede sino estar delimitado en concordancia con sus límites:

³² Hay minorías que, reconocidas como pueblos, desaparecen al hacerse Estados y las hay que, sin el reconocimiento, vienen más a la vista al no tener la posibilidad de una tal metamorfosis (Clavero: 2000, 53).

³³ De la tradición oral Arhuaca. Conversación con Diego Fernando Tupaz Pastas de la tradición oral Pasto.

Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Vale la pena recalcarlo: no es el fuero el que configura el límite, sino el límite al fuero.

[...] Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas [...].

El *democrático* axioma “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, se reacomoda en el *democrático* derecho penal de la siguiente manera: “a mayor entendimiento del delito menor autonomía”, por consiguiente, “a mayor conciencia étnica mayor autonomía”. La Corte Constitucional, una vez más maximiza el *derecho* de los pueblos indígenas a ser apropiados por la ley foránea, de igual manera que reincide en desconocer el poder de reapropiación de dicha ley. Como quedó anotado arriba, la evaluación de la conservación de usos y costumbres y la conciencia étnica de un pueblo rebasa el comentario doctrinal: ¿Cómo establecer “conservación” y “conciencia” cuando el veredicto de los investigadores no coincide con el dictamen de los pueblos?, para decirlo en términos gráficos, siguiendo el ejemplo que enuncie arriba, ¿qué hacer cuando la doctrina asegura que hay pueblos indígenas que no tienen ninguna diferencia con los campesinos de la sociedad mayoritaria, y cuando dichos pueblos son reconocidos por la tradición amerindia que los mismos investigadores *registran* con costumbres que no han cambiado notoriamente desde hace siglos, como baluartes y maestros de la organización social indígena? Causa extrañeza que cuando la Corte Constitucional no da muestras de conocer la tradición amerindia –circunstancia que podría excusarse desde varios puntos de vista–, ni llame al diálogo a las autoridades tradicionales ni acuda a peritos que estén en capacidad de realizar la gestión; pero que, por el contrario, sí esté en capacidad de esgrimir que tiene la competencia para determinar en la órbita del derecho penal, *el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito*³⁴.

³⁴ En todo caso, no se puede perder de vista las aclaraciones doctrinales que realiza la Corte en pro de corregir los desniveles argumentativos, que durante mucho tiempo consideraron a la humanidad indígena como inferior en sus capacidades intelecto - volitivas, v.gr., las leyes 11 de 1821, 153 de 1887, 89 de 1890 y 72 de 1892

Para analizar las transacciones que supone el contacto entre culturas, la Corte acude a los planteamientos de Taylor: *En términos de Charles Taylor, la identidad de las personas se crea a través de un proceso dialógico que incluye nuestras relaciones y los diálogos con los demás.* En esta lógica, la Corte concluye que cuando un indígena entiende los valores de la cultura mayoritaria se *acultura*, y en el caso que venimos comentando dicha aculturación estaría demostrada de la siguiente manera:

En el caso que nos atañe, el informe antropológico establece que se trata de un indígena de la etnia páez, fiel a sus tradiciones y costumbres, que participa activamente de su comunidad y de su ancestro cultural; sin embargo tales consideraciones no excluyen que el peticionario haya podido tener contacto con nuestras normas y nuestra cultura para comprenderla. En efecto, en el caso del actor es evidente la influencia de la cosmovisión mayoritaria, no sólo por la aculturación de la comunidad a la que pertenece, sino porque voluntariamente salió de ella a trabajar “para conseguir plata”, como él mismo lo afirma, aprendiendo el castellano e interactuando con sujetos ajenos a su cultura.

La Corte en este caso predica el diálogo y, sin embargo, da pocas muestras de practicarlo. Si hay un órgano competente para establecer la condición de arraigo cultural de un indígena, es el Cabildo de su comunidad, y lo es por varias razones: la primera, porque las autoridades tradicionales se encuentran al tanto de cada miembro de su resguardo, habite o no el territorio ancestral. La segunda, porque son ellas las que mejor pueden determinar los usos y costumbres del pueblo. Finalmente, sucede que cuando determinan que un delito no se ajusta a sus usos y costumbres, suelen ser ellas mismas quienes entregan al “presunto culpable” a la justicia ordinaria. En mi opinión, la Corte debió haber acudido al Cabildo para determinar la competencia del juzgamiento, siendo este último el encargado de determinar el arraigo cultural del comunero.

Según el planteamiento de la Corte, la gran mayoría de los indígenas del país –incluido el pueblo páez– serían *aculturados*. Hoy buena parte de los indígenas del país hablan castellano. Es muy importante y valioso que algunos no lo hagan. Sin embargo, en términos de diálogo de saberes, es también fundamental que otros lo practiquen y que se relacionen con sujetos ajenos a su cultura. Para un indígena no es nocivo hablar castellano, es perjudicial *pensar* en castellano³⁵. Las condiciones del país, han obligado a que muchos

³⁵ *Las lenguas que determinan y son determinadas por las pasiones de identidad tribales, regionales y nacionales han demostrado ser más resistentes a la racionalización, a los beneficios de la homogeneidad y a la formalización técnica de lo que uno hubiera esperado* (Steiner: 1995, 18).

de ellos salgan a trabajar para conseguir dinero y mantener a su familia. Dichas circunstancias y las problemáticas internas de las comunidades han hecho necesario que muchos de ellos salgan a estudiar a las universidades: ¿es razonable manifestar aculturación por estos hechos? Un nuevo ejemplo: se presume aculturación cuando un indígena sale a trabajar fuera de su comunidad para conseguir dinero, al mismo tiempo se pregona democracia cuando las universidades públicas reservan cupos semestrales para miembros de las comunidades indígenas. En el primer caso, suele ocurrir que se practica mucho más diálogo de saberes que en el segundo, pues en las prácticas cotidianas el indígena tiene la capacidad de desplegar y enseñar sus usos y costumbres, mientras que en el segundo, la mayoría de las veces el educador impone su forma de conocimiento, sin permitir que el estudiante indígena pueda compartir su percepción del asunto desde el pensamiento de su comunidad.

Ocurre que donde hay diálogo de saberes exigir purismos es ruinoso para la interculturalidad. La paradoja es cierta y consiste en la reproducción de discursos esencialistas desde perspectivas que pregonan la inclusión y el pluralismo. Constitucionalmente el discurso multiculturalista es un buen ejemplo³⁶, pues se trata de la aceptación de lo otro desde el molde analítico de lo mismo; es como si el constitucionalismo censitario del siglo XVII doblemente excluyente –al interior de las mecas constitucionales y al exterior de las mismas, es decir, en sus colonias³⁷, se actualizará en el liberalismo político contemporáneo, pues ya no sólo se elimina al otro por excepción –dejándolo fuera de la constitución y la ley– sino por inclusión –apropiándolo a través de dichos instrumentos. El diálogo del Tribunal Constitucional esculpe hábilmente un pluralismo jurídico que deviene en monolingüismo constitucional, pues pensar en una aculturación absoluta, que partiendo de sus conceptos puede apropiarse totalmente a la humanidad indígena, es otra forma de alimentar el discurso colonial y de ocultar dos nuevos despropósitos –el de la soberanía

³⁶ Desde una perspectiva mundial, como la definida por Wallerstein, Jameson, Dussel, Quijano y otros, el multiculturalismo aparece como la actitud que, desde una universalidad vacía, trata a cada cultura local como el colonizador trata al colonizado: como 'nativos' cuya cultura debe ser estudiada y 'respetada'. En este caso, la relación entre el colonialismo imperialista tradicional y la autocolonización capitalista global es la misma que la relación entre el imperialismo cultural occidental y el multiculturalismo (Castro, Guardiola y Millán: 1999, 13).

³⁷ Los dos grandes adalides del constitucionalismo inglés, Locke y Blackstone, son al mismo tiempo dos grandes representantes del pensamiento colonial de su época, aunque esto y quizás sobra decirlo, muy pocas veces se recuerda en los textos constitucionales. *Locke en esto es terminante: la población indígena no satisface el requisito de individualidad propietaria que franquea el acceso a la condición constitucional de sujeto. Toda ella se encuentra en un estado ajeno a la sociedad civil y política que el derecho constitucional requiere.* El pronunciamiento de Blackstone frente a las colonias británicas en América –aceptando sin reparo su adquisición por derecho de conquista y de desplazamiento forzado de los nativos– es sencillamente contundente, pues los mencionados “derechos” se sustentan en el derecho de la naturaleza o al menos en el de las naciones (Clavero: 1997, 23-25).

jurídica del mundo occidental y el de la apropiación absoluta por parte del sujeto colonizador³⁸. Nadie más autorizado que el maestro José María Arguedas para discurrir en torno a los límites de la aculturación, indio de corazón y blanco de tez, conspicuo lector de literatura europea y sabio traductor de mitología indígena, experto en etnología y cantor por vocación de poemas quechuas, literato por necesidad vital y antropólogo por profesión:

Contagiado para siempre de los cantos y los mitos, llevado por la fortuna hasta la Universidad de San Marcos, hablando por vida el quechua, bien incorporado al mundo de los cercadores, visitante feliz de grandes ciudades extranjeras, intenté convertir en lenguaje escrito lo que era como individuo: un vínculo vivo, fuerte, capaz de universalizarse, de la gran nación cercada y la parte generosa, humana, de los opresores. El vínculo podía universalizarse, extenderse; se mostraba un ejemplo concreto, actuante. El cerco podía y debía ser destruido; el caudal de las dos naciones se podía y debía unir. Y el camino no tenía por qué ser, ni era posible que fuera únicamente el que se exigía con imperio de vencedores expoliadores, o sea: que la nación vencida renuncie a su alma, aunque no sea sino en la apariencia, formalmente, y tome la de los vencedores, es decir que se aculture. Yo no soy un aculturado; yo soy un peruano que orgullosamente, como un demonio feliz habla en cristiano y en indio, en español y en quechua (Arguedas: 1983, 14).

La Corte Constitucional, confirma el fallo del Juzgado Primero Municipal de la Plata, Huila.

4. POR LA SENDA DEL RESPETO

En el año de 1997 la Corte Constitucional dicta un pronunciamiento en el que logra configurar importantes matices frente a los argumentos liberales más ortodoxos, por lo que sus sustentos epistemológicos representan un importante giro a la hora de evaluar su posición frente a la justicia de los pueblos indígenas³⁹. El pronunciamiento en mención estudió el caso del

³⁸ Puesto que contrariamente a lo que la mayor parte de las veces uno se siente tentado a creer, el amo no es nada. Y no tiene nada que le sea propio. Porque no es propia del amo, no posee como propio, naturalmente, lo que no obstante llama su lengua; porque, no importa qué quiera o baga, no puede mantener con ella relaciones de propiedad o identidad naturales, nacionales, congénitas, ontológicas; porque sólo puede acreditar y decir esta apropiación en el curso de un proceso no natural de construcciones político-fantasmáticas; porque la lengua no es su bien natural, por eso mismo, históricamente, puede, a través de la violación de una usurpación cultural –vale decir, siempre de esencia colonial-, fingir que se apropia de ella para imponerla como “la suya”. Ésa es su creencia, y él quiere hacerla compartir por la fuerza o la astucia, quiere hacer que crean en ella, como en el milagro, por la retórica, la escuela o el ejército (Derrida: 1997, 37-38).

³⁹ Puede verse la sentencia T-523/97, M.P. Carlos Gaviria Díaz

indígena Páez Francisco Gembuel Pechene, inculpado del asesinato del alcalde municipal de Jambaló por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar. Dos días después del asesinato, los Gobernadores de los cabildos indígenas de la zona del Norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de investigar y sancionar a los responsables de este crimen. En el curso de la investigación, el inculpado manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan sólo acataría lo que se dispusiera en este proceso. La plenaria de la asamblea decidió que el sindicato era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. Al momento de proceder a la ejecución de la pena de fute, los familiares de Francisco Gembuel Pechene y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al gobernador a suspender la ejecución de la sanción y posponerla.

La primera y la segunda instancia concedieron la tutela, argumentando que se había violado el debido proceso y que la pena de 60 fuetazos constituye una práctica de tortura que atenta contra la dignidad humana. La Corte Constitucional en sede de revisión, realizó su derrotero argumentativo a partir de un concepto antropológico que sin lugar a dudas iluminó la decisión final del alto Tribunal. Se debe empezar destacando la preocupación del magistrado ponente por señalar la existencia de proyectos de vida únicos y singulares, sin perder de vista que su perspectiva concibe la *diferencia cultural* en los márgenes de la democracia liberal, postura donde aceptar al *otro* supone implantar un laboratorio profiláctico de succión de las diferencias mediante el consenso, adminículo donde el proyecto filosófico hegemónico autoproclamándose plural termina negando la voz de las *otras* filosofías: *Un verdadero consenso intercultural supone límites que deberán respetar las autoridades indígenas* (El subrayado es mío).

La Corte Constitucional, al momento de plantear el problema jurídico, despliega un interesante viraje metodológico, donde el interrogante a resolver no se restringe a esclarecer los límites *impuestos* a las autoridades indígenas sino que se pregunta por las características concretas del ordenamiento jurídico páez de Jambaló. Punto que deberían tener en cuenta las diferentes instancias judiciales a la hora de abordar este tipo de problemas, si quieren ser medianamente respetuosos de la filosofía de otras formas de vida. Tomando los argumentos del trabajo de campo de la antropóloga jurídica que a petición del magistrado ponente brindó algunos elementos de juicio sobre la comunidad indígena en cuestión, se presenta una reflexión sobre el destierro que cubre tanto al infractor como a su familia. Cavilación que ayuda a dilucidar las implicaciones del castigo dentro de las coordenadas del principio de reciprocidad dentro de la configuración de las estructuras sociales de las comunidades andinas y, particularmente, como eje de la justicia propia de

la comunidad de Jambaló, umbral extendido a lo largo y ancho del mundo andino y que ofrece elementos de juicio alrededor del caso trabajado en el apartado cuarto de este escrito:

Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación se explica porque, en la tradición páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer y controlar lo que hace cada uno de sus miembros.

En el marco del problema jurídico que planteé como trasfondo del seguimiento jurisprudencial, la sentencia de Gaviria Díaz resulta luminosa. El peritaje derivado del trabajo de campo adelantado por la antropóloga jurídica, le permite al despacho captar las rupturas que por la vía constitucional rompen el tejido de la indignidad. Confrontando pacientemente los testimonios del tutelante, el magistrado ponente encuentra incoherencias y contradicciones entre el comunero que asume el pensamiento de su comunidad y el devenir del cabildante que se acomoda instrumentalmente según va llegando la ley de turno: *Como lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena.* Ahora, la Corte Constitucional es conciente de la desindianización de la justicia propia de los pueblos indígenas, sin embargo, es también ingenua en tanto pierde conciencia de que es ella la gestora del juego.

Si bien el análisis antropológico le permitió al Tribunal Constitucional verificar que los usos y costumbres del cabildo de Jambaló se cumplieron, en sus términos –en una traducción bastante inexacta por cierto, los requisitos del debido proceso; el análisis jurídico en el que finalmente desemboca subraya las restricciones a que ha de tener lugar la jurisdicción indígena según la teoría de los derechos fundamentales. Del concepto antropológico del que se deduce que el fueite dentro de los pueblos indígenas es un elemento purificador, se pasa a la reconducción jurídica de evaluar el fueite a la luz de los parámetros de la Corte Europea de Derechos Humanos. Giro monolingüe que, al igual que la regla *a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía*, favorecería la desvirtuación de otras prácticas milenarias de purificación que a la luz del lente constitucional encuadrarían dentro del tipo tortura, según los parámetros del Tribunal Europeo.

La Corte Constitucional, siguiendo la tradición eurocéntrica, compara el castigo del fueite a partir de los supuestos de lo que el mundo heleno-cristiano ha entendido por castigo. La generalización del Alto Tribunal no hace otra cosa diferente a *insinuar* la superioridad de occidente frente a la tradición

amerindia⁴⁰. De aquí que presente al fueite en términos de representación simbólica, dando por descontado que el rayo, entidad sagrada que se manifiesta en el rito de purificación, no pase de ser una fábula desacralizada. Mientras occidente no ha hecho más que fundar sus mitos en supuestos teóricos que justifica en la actualidad en su institucionalización, *v. gr.*, contratos sociales, modelos estatales, hipótesis normativas, por sólo mencionar algunos sortilegios sustentados en significantes vacíos, las culturas amerindias jamás han considerado su mitología como relato literario, sobre todo, porque le dan vida en su cotidianidad y la actualizan en el devenir de los tiempos. Disociar el cuerpo y el espíritu en la tradición amerindia resulta imposible, la teoría y la praxis son una sola fuerza en todos los niveles de la cotidianidad.

El rayo en la tradición andina se manifiesta de formas palpables y en eventos verificables, no se trata de una representación simbólica encarnada en la literatura, sino de una pulsión vital presente en las esferas de la vida del hombre. A nivel idiomático la mitología amerindia se caracteriza por que la vida de las entidades tutelares no hace más que cobrar nueva vida en las actividades del día a día. Veamos un ejemplo recogido del mundo quechua y transmitido por uno de sus portavoces, delimitado a partir de la interpretación de instrumentos musicales tales como el *pincuyllu* y el *wak'rapuku*, dentro del acto de renovación de las autoridades de la comunidad. A través de estos instrumentos, en cuya estructura filológica se encuentra presente la terminación *yllu*, que en el quechua es una onomatopeya que representa en una de sus formas la música, la luz del rayo reaparece en las faenas que celebran el cambio de autoridad:

La terminación yllu significa propagación de esta clase de música, e illa la propagación de la luz no solar. Killa es la luna, e illapa el rayo. Illary nombra al amanecer, la luz que brota por el filo del mundo, sin la presencia del sol. Illa no nombra la fija luz, la esplendente y sobrehumana luz solar. Denomina la luz menor: el claror, el relámpago, el rayo, toda luz vibrante. Estas especies de luz no totalmente divinas con las que el hombre peruano antiguo cree tener aún relaciones profundas, entre su sangre y la materia fulgurante (Arguedas: 1983, 64).

De la metamorfosis del mito vivo a la fábula literaria, la dicotomía que sobreviene no puede ser otra que la tan “fecunda” separación entre la

⁴⁰ No está demás insistir en la falacia naturalista del argumento, a la luz del lente historiográfico: *En realidad, asumir que desde 1500 Europa tiene que civilizar al mundo, es un gesto paradójica y altamente etnocéntrico, cuando otras civilizaciones (como la china, india, islámica, inca, azteca y maya) habían permanecido, por así decirlo, durante siglos antes de que un grupo de comunidades de bárbaros venidos a menos empezara a postularse a sí mismo como un nuevo centro del mundo, en nombre del cristianismo y de Europa (Mignolo: 1999, 55).*

“civilización” y la “barbarie”, mito occidental que ciertamente carece de la sacralidad que conecta al hombre con la naturaleza y que reproduce equilibrio en las relaciones de los seres vivos⁴¹. Dicotomía actualizada en la separación premodernidad-modernidad y con amplios ecos de resonancia en la tesis con que la Corte Constitucional rematará su estudio y su alusión al Alto Tribunal Europeo:

[...] el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas, mientras que la sociedad páez, como comunidad aborígen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados [...].

En esta instancia y teniendo en cuenta que los pueblos amerindios son los legítimos herederos del territorio americano siendo anteriores a lo que constitucionalmente se conoce como Estado, y toda vez que existe *precedente* en el derecho comparado⁴², es otra nuestra petición a la justicia internacional:

El derecho propio de unos pueblos pende del trámite del reconocimiento y la garantía internacionales, mas no se da por ello dependencia de título. Porque se encuentre pendiente un ejercicio no tiene por que estarlo un derecho. Para el supuesto indígena, el que se define por una persistencia colonial entre fronteras ahora de estados, pende la efectividad del título causado no sólo por la propia resistencia pretérita, sino también y sobre todo por la existencia viva como pueblos que guardan culturas y territorios propios. Es derecho de causa histórica y de título presente ni una ni otro dependientes de reconocimiento ajeno salvo al efecto del ejercicio pacífico por concierto verdaderamente internacional, esto es, entre pueblos (Clavero: 2002, 101).

La Corte Constitucional termina revocando el fallo de primera instancia y negando la tutela interpuesta por Francisco Gembuel Pechene.

⁴¹ Quiero poner en cuestión otra de las dicotomías occidentales, esta vez, la de las sociedades desarrolladas y subdesarrolladas. En términos reales de calidad vida, ¿debería considerarse más desarrollado el programa industrial del “primer mundo”, o el equilibrio que han mantenido con la tierra culturas con historias diferentes a las del mundo occidental? *Por ejemplo, ahora hay menos espacio físico per capita y menos árboles per capita que hace 400 años. ¿Qué significa esto en términos de este escurridizo fenómeno, tan real, denominado calidad de vida? La contradicción que hay que manejar es la que se da entre “progreso” y deterioro, entre el aumento visible de la riqueza y el empobrecimiento real* (Wallerstein: 1999, 170).

⁴² *La única excepción clara es la constitución de Paraguay al reconocer que los pueblos indígenas son grupos anteriores a la formación y organización del Estado Paraguayo*’ (Villoro, 2002, 227).

5. NOTA FINAL

En este primer avance investigativo he presentado tres pronunciamientos de la Corte Constitucional desde los que intenté poner en evidencia el etnocentrismo que caracteriza a las decisiones judiciales cuando de abordar problemas de la Jurisdicción Especial Indígena se trata. Uno de los ejes centrales de mi argumentación giró alrededor de la construcción del “sujeto jurídico indígena”, aspecto que fue analizado en una vía doble, en primer lugar desde los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional y en segundo desde la utilización que de los mismos hacen los miembros de las comunidades indígenas. En ambos casos quise poner de presente las notables dificultades que sobrevienen cuando la lengua del derecho constitucional es utilizada como instrumento de apropiación de la justicia originaria de los pueblos indígenas, anotando las falacias que esconde el discurso dominante del reconocimiento constitucional del multiculturalismo en Colombia. Los casos analizados pusieron de presente dos problemas distintivos, que en buena medida serían consecuencias de la forma en que la Corte Constitucional ha abordado la temática de la Jurisdicción Especial Indígena, a saber, la falta de diálogo intercultural entre los magistrados constitucionales y las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas y el proceso de desindianización que se está gestando en las estructuras comunales con anuencia de los fallos de la Corte. En este momento, investigo las rupturas jurisprudenciales que se han presentado después de emitida la sentencia T-523/97. Concretamente, le sigo el rastro al pronunciamiento T-1127/01, que representa un vuelco radical dentro del precedente constitucional de utilidad para mi investigación y que confirmaría una de las hipótesis centrales planteadas en el presente escrito: que el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural en Colombia representada en el pluralismo jurídico, ha devenido en una suerte de monolingüismo constitucional, en tanto supedita la justicia propia de los pueblos indígenas a lo estrictamente preceptuado en la Constitución y la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Arguedas, José María, artículo *No Soy un Aculturado, Palabras en el acto de entrega del premio "Inca Garcilazo de la Vega"*, en *Obras Completas, Tomo V*, Editorial Horizonte, 1983.
- , artículo *Los Rios Profundos*, en *Obras Completas, Tomo III*, Editorial Horizonte, 1983.
- , *Formación de una Cultura Nacional Indoamericana*, Siglo veintiuno editores, 1981.
- Arnaud, André Jean, *Entre Modernidad y Globalización. Siete Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Barona, Guido y Rojas, Tulio, *Falacias del Pluralismo Jurídico y Cultural en Colombia. Ensayo Crítico*, Popayán, Editorial Universidad del Cauca - Serie Estudios Sociales, 2008.
- Bernal, Martín, *Atenea Negra. Las raíces afroasiáticas de la civilización clásica. Volumen I. La invención de la antigua Grecia, 1785-1985*, Crítica - Grupo Grijalbo-Mondadori, 1995.
- Bonilla, Daniel, *La Constitución Multicultural*, Bogotá, Uniandes, Siglo del hombre editores, 2006.
- Castro, Santiago, artículo *Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la "invención del otro"*, en Lander, Edgardo (comp.), UNESCO - CLACSO, 2005.
- Castro, Santiago, Guardiola, Oscar y Millán, Carmen (comps.), *Pensar (en) los intersticios. Teoría y Práctica de la Crítica Poscolonial*, Bogotá, Universidad Javeriana, 1999.
- Clavero, Bartolomé, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de las Indias, Ayer y Hoy*, Marcial Pons Historia, 2002.
- , *Ama Llunku, Abya Yala, Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2000.
- , *Happy Constitution. Cultura y Lengua Constitucionales*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- Derrida, Jacques, *El Monolingüismo del Otro o la Prótesis de Origen*, Manantial, 1997.
- Dussel, Enrique, artículo *Europa, Modernidad y Eurocentrismo*, en Lander, Edgardo (comp.), UNESCO - CLACSO libros, 2005.

- Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio Intercultural de la Sabiduría Autóctona Andina*, Quito: Abya-Yala, 1998.
- Gómez, Magdalena, *Derecho Indígena y Constitucionalidad*, en, Krotz, Esteban (ed.), Barcelona: Anthropos - Universidad Metropolitana, 2002.
- Lander, Edgardo, artículo *Ciencias Sociales, Saberes Coloniales y Eurocéntricos*, en Lander, Edgardo (comp.), UNESCO - CLACSO, 2005.
- López, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- Mignolo, Walter, artículo *La colonialidad a lo largo y a lo ancho, el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad*, en Lander, Edgardo (comp.), UNESCO - CLACSO, 2005
- , artículo *Globalización, Procesos Civilizatorios y la Reubicación de la Lenguas y Culturas*, en Castro, Santiago, Guardiola, Oscar y Millán, Carmen (comps.), *Pensar (en) los intersticios. Teoría y Practica de la Crítica Poscolonial*, Bogotá, Universidad Javeriana, 1999.
- Morales de Setién Ravina, Carlos, introducción *La Racionalidad Jurídica en Crisis, Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*, en *La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Uniandes - Siglo del hombre editores, 2005.
- Sánchez, Beatriz Eugenia, artículo *El Reto del Multiculturalismo Jurídico. La Justicia de la Sociedad Mayor y la Justicia Indígena*, en García Villegas, Mauricio y Santos, Boaventura de Sousa (eds.), *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Uniandes, 2001.
- Sánchez Botero, Esther, *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - UNIJUS, 2004.
- Sánchez Botero, Esther y Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, *La Jurisdicción Especial Indígena*, Bogotá: Procuraduría General de la Nación - Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000.
- Steiner, George, *Después de Babel. Aspectos del Lenguaje y la Traducción*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Reynaga Burgoa, Ramiro, *Tawa Inti SuyUniversidad 5 Siglos de Guerra Kheswaymara contra España*, Lima, CISA, 1989.
- Villoro, Luis, artículo *Multiculturalismo y Derecho*, en, Krotz, Esteban (ed.), *Antropología Jurídica, Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*, Anthropos, 2002.
- Wallerstein, Immanuel, *La Cultura como Campo de Batalla Ideológico del Sistema Mundo Moderno*, en Castro, Santiago, Guardiola, Oscar y Millán, Carmen (comps.), *Pensar (en) los intersticios. Teoría y Practica de la Crítica Poscolonial*, Bogotá, Universidad Javeriana, 1999.