

**PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA:
Aplicaciones jurisdiccionales edificantes**

*LEGAL PLURALISM IN COLOMBIA:
Edifying jurisdictional applications*

**PLURALISMO JURÍDICO NA COLÔMBIA:
Aplicações jurisdicionais edificantes**

Esther Sánchez Botero

Doctora

Universidad de los Andes en Colombia

antropologajurídica@gmail.com

Colômbia

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5101-0984>

Texto recibido aos 10/11/2020 e aprovado aos 07/05/2021

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo acercarse al desarrollo del pluralismo jurídico en Colombia e informar sobre las transformaciones que se han dado desde la constitución de 1991, en dos casos marcados por la relación interjurisdiccional entre jueces de diferentes instancias, autoridades administrativas y pueblos indígenas. Dada la naturaleza del Estado frente a la diversidad cultural, resulta pertinente examinar, a través de la jurisprudencia y las actuaciones judiciales y administrativas, el reconocimiento y la valoración de los diferentes principios y procedimientos normativos que se aplican para hacer efectiva o no la política de reconocimiento como mandato constitucional y, las tensiones que la oficialización y legalización de los derechos propios generan con el tiempo. Por ello, sin negar las dificultades objetivas de una desigualdad material en los pueblos indígenas, abiertamente inconstitucional, la resolución que se da a los dos conflictos culturales y normativos presentados en este trabajo resulta ser una prueba contundente de una indiscutible paradoja.

Palabras clave: Jurisdicción, pluralismo jurídico, paradoja.



This work is licensed under an Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Abstract

The present work aims to approach the development of legal pluralism in Colombia, since the enactment of the Constitution of 1991, through the study of two cases which illustrate the transformations in the inter-jurisdictional relationship between judges belonging to different judicial bodies, administrative authorities, and indigenous peoples. Because of the multicultural nature of the State, the jurisprudential analysis of the acknowledgement of indigenous authorities, as well as their procedures and norms, is paramount. This analysis provides the means to recognize the effectiveness of the policies of recognition of rights, as well as the tensions that they have raised in the course of time. Thus, without denying the objective and unconstitutional hardships resulting from material inequalities suffered by indigenous peoples, the attained resolutions to cultural and normative conflicts presented in this work are indisputable proof of a paradox.

Key Words: Jurisdiction, legal pluralism, paradox.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo abordar o desenvolvimento do pluralismo jurídico na Colômbia e relatar as transformações ocorridas desde a constituição de 1991, em dois casos marcados pela relação interjurisdicional entre juízes de diferentes instâncias, autoridades administrativas e povos indígenas. Dada a natureza do Estado frente à diversidade cultural, é pertinente examinar, por meio de jurisprudência e ações judiciais e administrativas, o reconhecimento e avaliação dos diversos princípios e procedimentos normativos que se aplicam para efetivar ou não a política de reconhecimento como mandato constitucional e, as tensões que a oficialização e legalização dos próprios direitos geram ao longo do tempo. Por isso, sem negar as dificuldades objetivas de uma desigualdade material dos povos indígenas, abertamente inconstitucional, a resolução dos dois conflitos culturais e normativos apresentados neste trabalho revela-se a prova conclusiva de um paradoxo indiscutível.

Palavras-chave: Jurisdição, pluralismo jurídico, paradoxo.

En días de confinamiento por la pandemia me propuse revisar recortes de prensa y peritajes de las décadas de los 70 y 80 del siglo XX, que en su momento guardé. Es asombroso cómo la mayoría de las columnas de periodistas de la época que escribían sobre la situación de los pueblos indígenas podrían ser hoy contenidos similares: masacres, desapariciones, asesinatos de autoridades y líderes, hambre, luchas por la tierra, condiciones de vida inconstitucionales para muchos de estos pueblos. Palabras como racismo, desigualdad, exclusión, son reiteradas hoy tanto como en esos años.

Si en los 1970 salimos a marchar como estudiantes frente a la práctica de cazar indios y frente a las afirmaciones de los colonos de no saber que eran seres humanos —razones aceptadas por el juez que juzgó el caso—, hoy me pregunto, como lo hiciera ayer, con qué tipo de mensajes nos han configurado a los colombianos para actuar frente a los indígenas, como se puede deducir por tantos hechos, orientados a hacerles daño.

Hay evidencia de ejércitos dispuestos a destruir pueblos y personas indígenas, guiados por apetencias políticas y económicas —según testimonios de condenados y arrepentidos participantes en estos delitos—. Se han difundido ideas públicamente que justifican acciones de

ultraje, como que son dueños del 33% del territorio nacional, que son perezosos para el trabajo, que no tienen una mentalidad orientada hacia el progreso y que no merecen las acciones afirmativas constitucionales que se implementan.

Como con una lupa, la pandemia nos permitió ver en grande la flagrante violación al derecho a la igualdad de los indígenas para acceder a los servicios públicos indispensables para prevenir el contagio y la muerte: inexistencia de agua potable y de acceso a centros de salud, e incomunicación por falta de conectividad.

Sin desconocer estas graves problemáticas, resulta paradójico que, en medio de esta tragedia de condiciones inconstitucionales de una mayoría de indígenas en Colombia, el reconocimiento a las autoridades indígenas como jueces de la república con competencia jurisdiccional en todas las materias (Art.246 CP), que se identifica con el principio constitucional de igualdad, sea una realidad notable en América Latina. Esta *paradoxa*, o antilogía como idea extraña de lo que se considera verdadero y consistente en su apariencia falsa, no lo es. En filosofía moral, la paradoja juega un papel importante en debates sobre ética. Por ello, el discurso orientado a valorar y proteger los derechos propios de los indígenas está en total contradicción con un Estado que sigue

sumando asesinatos, no les brinda servicios públicos, autoriza proyectos de gran impacto que les hacen daño y justifica acciones violentas de la fuerza pública. Entonces puede afirmarse que no los valora ni aprecia su condición de sujetos distintos y primeros habitantes de estas tierras. Pero, es innegable que ese mismo Estado enfrenta una potente contradicción respecto del reconocimiento y la valoración de los derechos propios de los pueblos indígenas y, por ende, de sus justicias como expresión de un pluralismo jurídico oficial y legal.

Pese a tanto agravio, en este trabajo expondré la otra cara de la moneda, que sorprende positivamente y que ejemplifica lo ocurrido gracias a la acción permanente de las autoridades, líderes, comunitarios y organizaciones indígenas, acompañada por amigos solidarios y comprometidos de sus causas, pero ante todo por jueces y servidores públicos, dispuestos a hacer efectivo el mandato constitucional.

Así puede afirmarse que los indígenas han logrado penetrar espacios institucionales que continúan el camino recorrido en la búsqueda de comprender la existencia de ordenes culturales distintos los cuales incluyen el derecho como medio para organizar la vida social y que, en el encuentro con los jueces de la jurisdicción ordinaria, generan expresiones de entendimiento intercultural e interlegal.

Todas las alternativas deben tener en cuenta la constitución de un bloque histórico donde, a través del consenso, son articulados diferentes intereses sociales, políticos, ideológicos, económicos y jurídicos. Para ello, la nueva hegemonía del pluralismo de sujetos colectivos, erguida sobre las bases de un amplio proceso de democracia participativa interclasista e intercultural, debe también rescatar algunos de los principios de la cultura política occidental, como: el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia y a la autonomía, a la tolerancia y a la necesidad de dividir el poder para limitarlo y hacerlo más socializado (Coutinho, 1990, citado por Wolkmer, 2018, pp. 150-151).

Resulta interesante examinar temas sobre pluralismo jurídico que no sean los mismos que se han tratado durante años en nuestros países, como homicidio, robo, invasión de tierras, abuso de autoridad, tipos de castigos, violencia carnal, confrontaciones con empresas y decisiones estatales. En muchos casos, estos temas no presentan cambios estructurales y aún persiste la conflictividad, el desentendimiento y la injusticia, pese a la existencia de marcos constitucionales proteccionistas (Sánchez Botero, 2020).

Los dos casos desarrollados admiten a los pueblos una opción contundente para fortalecer en Colombia el mandato constitucional de pluralismo jurídico. Además, así se demuestra la importancia que tiene el hecho de hacer claridad sobre la inexistencia de derechos absolutos y, por tanto, sobre la

posibilidad legítima, en un estado social de derecho, de limitar o no la autonomía y el derecho a la diversidad de los pueblos.

De esta manera se hace visible el derecho en sociedades particulares, esto es, en los modos de vida específicos que los distinguen de otros grupos sociales, pese a compartir rasgos culturales, como el derecho. El propósito puntual aquí es indagar y encontrar, en “señales específicas”, explicaciones que revelen el orden normativo entre los wayúu, por un lado y, la lucha por la autonomía jurisdiccional en el caso nasa, por otro. La idea es interpretar su lógica, así como dar a conocer a las instituciones que sostienen los principios reguladores de estas sociedades, que no sólo se exhiben en los casos de realidades particulares del derecho propio como parte de la cultura, sino de apropiaciones —algunas provenientes del derecho positivo estatal— que se nutren de conocimientos y apropiaciones legítimas, con el fin de tomar decisiones con consecuencias prácticas. En muchos pueblos, el derecho estatal actúa como medio de defensa, y su incorporación hace parte de su derecho propio. Las prácticas que aquí se describen no están relacionadas con la búsqueda de exotismos culturales para impresionar a los jueces, como se deduce en algunos casos; son expresión de pueblos y autoridades que participan de la

modernidad, pero al tiempo luchan por permanecer como pueblos distintos.

1. Antígona Irradia al Wayúú Andrés

El pluralismo jurídico oficial y legal implica la valoración en el territorio nacional de otros derechos, con normas y procedimientos diferenciados para ordenar la vida social, conocer, juzgar y sancionar casos y manejar los bienes comunes. La consistencia de estos derechos aflora en circunstancias como las que ha producido la pandemia actual de COVID-19. Los miembros de comunidades étnicas que acuden a servicios de salud pública enfrentan en algunos casos, ordenamientos normativos como colectivos étnicos a partir de principios y procedimientos jurídicos para el tratamiento de los cadáveres.

Algunas situaciones que vivimos hoy, según afirma Guerra Curbelo (2020), nos hacen evocar la tragedia de *Antígona*, escrita por Sófocles en el año 442 a. C.:

El tirano Creonte ordena que nadie le dé sepultura al cadáver de Polinices, hermano de Antígona, ni le lloren, por haberse levantado contra la ciudad de Tebas. Este tratamiento solo era reservado a los delincuentes ejecutados y a los ladrones de sepulcros para que su condena se extendiese hasta el mundo de ultratumba. Antígona decide dar sepultura a su hermano

y acogerse a “las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses”, pues “estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre”. Su decisión la conduce a la muerte. Creonte ha sido visto como el representante del derecho y la legalidad estatal, enfrentado a la conciencia ética de Antígona. Otras visiones muestran que Creonte solo representa a una facción política que debiendo servir a la nación en conjunto se constituye en castigo y en negación del otro, que también es una parte de la nación.

Drama similar vivió un indígena wayuu, cuya hermana falleció en una clínica de Riohacha. Al reclamar su cuerpo recibió la orden de que debía enterrarlo en un cementerio reservado a los muertos no identificados y ahora a los fallecidos por coronavirus. Esta orden invalida cada uno de los pasos que Andrés ha dado en su vida dada la alta valoración que su pueblo les otorga a sus muertos. Él no puede regresar sin el cuerpo de su hermana; los cementerios indígenas no son simples reservorios de cadáveres. Al nacer en un lugar específico, un wayuu es proveído de un origen y un destino, en consecuencia, los cementerios familiares son lugares de pertenencia a los que estamos asociados y destinados desde nuestro nacimiento. Cada cuerpo enterrado allí refrenda un orden territorial, una voluntad de perseverar dentro de él y unos derechos colectivos. (Guerra Curbelo, 2020).

El autor señala los efectos de los procesos de socialización orientados al cumplimiento obligatorio de ciertas conductas, resultado de la transmisión de las prohibiciones y de los comportamientos imperativos arraigados en individuos del

colectivo mediante explicaciones que determinan que infringir tal o cual comportamiento trae una consecuencia, una sanción. En el pueblo wayúu, no se culpa al individuo de una transgresión como individuo sino al clan al que pertenece. Por tanto, todos son responsables de pagar un delito cometido por uno de su clan y, de ser ofendidos de cobrar y vengar.

En distintas sociedades, los ritos relacionados con los muertos expresan tanto costumbres no obligatorias como principios ineludibles y obligatorios. En el derecho propio wayúu, el tratamiento al cadáver, la velación y el entierro están encaminados a la cohesión y permanencia del colectivo. Se debe compensar en dinero o especie el derramamiento de lágrimas, por lo que corresponde repartir, entre los dolientes que no son parientes del difunto, los animales sacrificados en compensación por las lágrimas y el dolor que sienten ante su partida. El principio de ayuda mutua que se refrenda precisamente en los entierros sirve como mecanismo de redistribución; el ganado circula reforzando lazos vitales de solidaridad y reciprocidad entre los distintos matrilineajes wayuu.

Quien muere, debe ser tratado según las normas de los antepasados, a fin de sostener un equilibrio adecuado para la existencia de los vivos. Por tanto, las pautas acostumbradas se deben seguir con todo

rigor como expresión del pluralismo jurídico oficial y legal.

Dado que al final, afirma Guerra, se acordó entregar a la hermana de Andrés para que la enterraran en su cementerio familiar, cabe preguntar si ello manifiesta respeto por la constitución, la ley 21 de 1991, el convenio 169 de la OIT, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y el acatamiento al derecho propio wayúu, o debilidad institucional ante la amenaza de una guerra, en caso de no aceptar las pretensiones de Andrés, en representación de su clan y pueblo, los cuales defienden aguerridamente su realidad cultural.

Cabe indagar si es evidente que la decisión administrativa frente a la demanda de Andrés es contraria a las normas establecidas en medio de la pandemia, y si el derecho a la diversidad asoma como parte de un proceso social y político que interrumpe ordenes alternos de sujetos colectivos de derecho como el pueblo wayúu, los cuales admiten la posibilidad de crear otra representación de normatividad, para romper con las formas tradicionales y centralistas de producir lo normativo. Al dejar de ser subalternos frente a los procedimientos determinados en el nivel central y transmitidos a diario a través de los

canales de televisión¹, contrastan con la fuerza de un pueblo distinto, que se expresa con las actuaciones de Andrés, quien no está dispuesto a aceptar los contenidos normativos contrarios a sus propias normas ni la fuerza coactiva de esas decisiones.

Andrés no solamente debió elegir los discernimientos apropiados para argumentar su derecho, sino también defenderlos, además de superar desacuerdos y construir consenso para cumplir con la labor asignada. Adicionalmente, movilizó marcos cognitivos y recurrió a la experiencia propia y ajena para fundar sus argumentos. El proceso estuvo atravesado por ejercicios de poder en torno a la capacidad individual de incidencia sobre el otro, lo que permitió una resolución: llevar el cadáver de su hermana al cementerio de su clan. Este tipo de casos se identifica con la categoría de pluralismo democrático, noción moderna del principio liberal de la “tolerancia” de Robert P Wolf que contiene en su orden una teoría de las necesidades humanas no universal; los conflictos que la distintividad cultural generan frente a los poderosos que tiene el poder de restringir lo propio de otras sociedades; pero que en medio de diferenciados dispositivos de control

¹ Día a día, desde el 24 de marzo a las 6 de la tarde, el jefe de Estado conduce un programa en el que explica, junto

con su equipo de gobierno y expertos, las medidas que se han ido tomando para enfrentar la pandemia.

hegemónico se erige “la tolerancia” y el buen uso de la razón para acoger al otro.

Ahora bien, en la medida en que la naturaleza humana está motivada por necesidades concurrentes, por disposiciones de la vida marcadas por conflictos de intereses y por la diversidad cultural, étnica y religiosa de agrupaciones comunitarias, el pluralismo se protege a través de reglas de convivencia pautadas por el espíritu de cooperación y por la práctica de la moderación. La filosofía de la tolerancia no sólo está asociada a la filosofía iluminista de la liberación humana sino, también, al derecho de autodeterminación que cada individuo, clase o movimiento colectivo posee de tener su propia identidad y de ser diferente funcionalmente de los otros. La “tolerancia” que implica el “buen uso de la razón” y la predisposición de aceptar una vida social materializada por la diversidad de creencias y por el disenso político de manifestaciones colectivas vienen a constituir, como señala con razón Robert P. Wolff, una cualidad que puede ser aceptada por el moderno pluralismo democrático. (Wolkmer, 2018, p. 147)

La disposición administrativa para entregar el cadáver es el resultado de reconocer y legitimar la existencia de otras representaciones cognitivas del mundo legal de esa sociedad que, dadas las direcciones del gobierno central para el manejo de los cadáveres, había que cumplir.

La institucionalidad gubernamental hubo de colocarse en modo intercultural e interlegal bajo la realidad del COVID-19, presente en pueblos indígenas con otros referentes culturales; el “buen uso de la razón” y la predisposición de aceptar una vida social materializada por la diversidad de creencias”. Por ello, en el marco de las “Orientaciones para el manejo, traslado y disposición final de cadáveres por sars-cov-2 (COVID-19) del ministerio de salud y protección social”², se definieron varios asuntos que incluyen a los pueblos indígenas y a las comunidades tribales:

Objetivo: Orientar a las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (...) y a las autoridades competentes de las comunidades de los pueblos indígenas (...), frente al manejo seguro, transporte y disposición de cadáveres (...) con el fin de disminuir el riesgo de transmisión (...) (Minsalud, p. 3).

En el ámbito de aplicación de este documento, se incluye a las Autoridades tradicionales que tienen contacto con cadáveres, sustentado en la Ley 21 de 1991 que adopta el Convenio número 169 de la OIT, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comunicado CIDH, del 1 de mayo

²

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/Biblioteca>

Digital/RIDE/VS/ED/VSP/manejo-cadaveres-covid-19f.pdf

2020. En las medidas generales para el manejo de cadáveres, se menciona:

Los principios de precaución y dignidad humana en la manipulación del cadáver se deben cumplir siempre, en todo momento, respetando las creencias y aspectos propios de la cosmogonía de las comunidades étnicas y en consulta con sus autoridades (pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueros, pueblo rom-gitano). (Ibid., p. 7).

Las “orientaciones” incluían la posibilidad del traslado si se garantizaban las adecuadas condiciones de bioseguridad, y un embalaje seguro para el traslado, además de contar con la autorización del cementerio del municipio receptor, al informar a la respectiva autoridad sanitaria sobre el traslado. Los miembros del */apushi/* (clan matrilineal) de Andrés recibieron el cadáver trasladado con medidas de bioseguridad en el cementerio familiar y bajo la autoridad del */así/* su tío materno.

Como los wayúu consideran la muerte como un viaje con etapas y realizan doble entierro para sus difuntos, durante el primero se sepultan con agua o chicha, para que no sientan sed; y, al cabo de 5 o 7 años, los vuelven a desenterrar, velar y sepultar de nuevo, para emprender el camino final hacia Jepirrá (en el mar), lugar al que van los indígenas muertos.

Un wayúu forma parte de un sistema cultural y, si no se entierra, jamás van a descansar ni él ni su familia. Además, como son los espíritus que regulan la lluvia, el sol, todo se desequilibra. Para el wayúu tienen sus muertos que descansar en su territorio (Oquendo, 2014).

La incorporación de ese cambio institucional en Colombia se deriva del papel que juegan las autoridades indígenas al informar sobre las normas propias y defenderlas, ese capital cultural que guía a los individuos culturalmente distintos frente a determinadas decisiones y actuaciones, relacionadas con la dignidad humana, un derecho absoluto que, en este caso, es concurrente con el derecho a la diversidad.

Bajo el concepto “ética de la alteridad” es posible deducir los contenidos aplicados en el trato a estos indígenas colombianos —portadores de un orden cultural diferenciado y valorable—, que generó un cambio en la institucionalidad gubernamental conmovida positivamente y decidida a amparar la necesidad de un pueblo de seguir viviendo su mundo de creencias y su orden social.

La “ética de la alteridad” es una ética antropológica de la solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos vivos marginados y se propone generar una práctica pedagógica liberadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, privados de justicia, expropiados y

excluidos. Por ser una ética que traduce los valores emancipadores de nuevas identidades colectivas que van afirmando y reflejando una praxis concreta comprometida con la dignidad del “otro”, encuentra sus subsidios teóricos no sólo en las prácticas sociales cotidianas y en las necesidades históricas reales, sino también en algunos presupuestos epistemológicos de la llamada Filosofía de la Liberación (Wolkmer, 2018, p. 231).

Para insistir y reafirmar sobre esta comunicación humana e interlegal, como se han dado en este caso que mejor que presentar aspectos centrales de la propuesta elaborada y consistente de la ética libertadora desarrollada en la obra de Enrique Dussel³.

Esta comprende la dimensión de lugar, en cuyo espacio se da la “afirmación del oprimido como otro, como persona y como fin”. Dicha ética está constituida por dos categorías: por un lado, la ontológica de la “totalidad”, que puede manifestarse de diversas maneras, y abarca el mundo de la vida cotidiana, la integridad del ser, la universalidad de los sentidos y de las prácticas, y la materialidad del *sistema mundo capitalista*. La exigencia de buscar un nuevo orden normativo implica el desafío de romper con la “totalidad” ontológica del pensamiento moderno etnocéntrico, caracterizado por el idealismo individualista y por un subjetivismo centrado en el “yo

absoluto”. La nueva “totalidad” está comprometida con una reflexión que parte del mundo y de la realidad al exigir justicia y liberación para los oprimidos en la diversidad temporal y espacial. Por otro lado, la metafísica de la externalidad (alteridad), es una categoría que involucra el “espacio humano del otro”, de la alteridad, de una nueva subjetividad presente en cada persona en cuanto individualidad y en cada grupo como colectividad. Además, la metafísica de la alteridad, en tanto paradigma originario, rompe con la injusticia y con la “negación del ser del otro”, e inscribe en la historia la exterioridad del otro, pues configura una nueva lógica de convivencia humana⁴.

En contravía de las visiones monolíticas de la institucionalidad estatal, en el caso se da un pluralismo jurídico de tipo igualitario sorprendentemente profundo. Esta dialéctica para la apertura de espacios en las instituciones con poder de optar en una u otra dirección, es precisamente la que les ha permitido a pueblos como el wayúu sobrevivir por siglos, avanzando y continuando hacia adelante configurando certezas que perdurarán en el mañana; y que como experiencia tendrá efectos aprovechables para otros colectivos cultural y étnicamente diferenciados.

³ Consultar: MOSER, A.; DUSSEL, E.; STEIN, D.; MIETH, D. *Libertação – um desafio para a ética cristã*. Petrópolis: Vozes, Concilium/192. 1984; GUTIÉRREZ, Gustavo. 1982. op. cit.; DUSSEL, Enrique D. *Para uma ética da libertação latino-americana*. São Paulo:

Loyola, v. 4, s./d. pp. 120-158 Citado por: Wolkmer, 2018 p. 231.

⁴ DUSSEL, Enrique D. *Para uma ética da libertação latino-americana*. São Paulo: Loyola, v4, s./d. pp.120.128 Citado por: Wolkmer, 2018, p. 231.

2. Pluralismo Jurídico de Tipo Unitario y el Delito de Narcotráfico

La decisión de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— define el narcotráfico cometido en el ámbito territorial de un pueblo indígena como materia para ser conocida, juzgada y sancionada por las autoridades propias. Este examen y decisión del más alto tribunal de la justicia ordinaria puede enmarcarse en lo que Gurtvich (1944) denomina el pluralismo “técnico” en cuanto método especial al servicio de un ideal⁵. Este método se expresa en el reconocimiento de la aplicación del derecho propio nasa, que involucra una exaltación del derecho de autonomía y del propósito de hacer cumplir el mandato constitucional sin restricciones. Además de interpelar la eficacia y el cumplimiento de los mandatos del bloque de constitucionalidad, logra replantear el derecho mediante la transformación de las ideas en favor del interés nacional de proteger la diversidad étnica y cultural.

2.1. Los hechos

Durante una madrugada, en la vereda El Carmen, Cauca, en un puesto del ejército,

se pidió detenerse a una camioneta en la que se desplazaban dos indígenas nasa; el ejército descubrió hojas, frutos y semillas de coca (324.3 kilogramos, 3.243 plantas); los ocupantes fueron aprehendidos. La Fiscalía les imputó el delito de conservación o financiación de plantaciones de coca (Art. 375 del C.P.). En audiencia, se allanaron al cargo, y el Juzgado 1º Penal del Circuito, los condenó a 48 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y una multa de 133.33 salarios mínimos.

Las autoridades indígenas del resguardo al que pertenecían los condenados interpusieron conflicto de competencias y el Tribunal Superior de Popayán, confirmó su competencia, dado que el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirimió el conflicto a favor de la jurisdicción ordinaria⁶.

2.2. Las autoridades indígenas llevan el caso a la Corte Suprema de Justicia

Las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional demandaron ante la Corte Suprema de Justicia la decisión y solicitaron: 1) Nulidad por adelantarse la actuación ante un Juez Penal

⁵ GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. New York: La Maison Française, 1944. Pp. 66-67 Citado por Wolkmer, 2018, p.145.

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. M.P: Javier Zapata Ortiz. Proceso N° 34461 Bogotá D.C., noviembre de 2011.

y no ante la Jurisdicción Especial Indígena que era la competente porque el delito fue cometido por miembros de la comunidad Nasa en su territorio como lo establece el artículo 246 de la Constitución:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

2) Competencia para conocer responsabilidad por el tipo de material incautado; frente a ello aducen que, en la norma constitucional, no se restringen del conocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena asuntos debido a la naturaleza o gravedad del delito. Argumentan que resulta desacertada la providencia mediante la cual el CSJ, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirimió en el presente caso a favor de la jurisdicción ordinaria el conflicto positivo suscitado entre ella y la Jurisdicción Especial Indígena, en la cual se fundamentó el Tribunal para no acceder a la solicitud de nulidad planteada por la defensa en desarrollo de la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia.

Conforme a la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, las autoridades

indígenas plantean que los factores personal y territorial del fuero indígena se encontraban concurrentes. No obstante, se omitió remitir el caso a las autoridades indígenas, bajo el argumento de que el material incautado no sería utilizado para el consumo tradicional de quienes lo conservaban, sino para afectar intereses universales, más allá de los propios de la comunidad indígena.

Concluyen en su argumentación las autoridades indígenas que el Tribunal y el Consejo Superior de la Judicatura violaron a los procesados el derecho a ser juzgados por las autoridades del resguardo al cual pertenecían a partir de las consideraciones expuestas, que el artículo 246 de la constitución no autoriza. Reafirman que procede la invalidación del trámite y su remisión a las autoridades del Cabildo del Resguardo Indígena Nasa Munchique - Los Tigres, de Santander de Quilichao para que, conforme a sus normas y procedimientos, pueda adelantar la actuación pertinente.

Además, las autoridades indígenas explican la violación de la ley sustancial por interpretar el juzgador erróneamente la norma. No se considera la disposición, basada en que la conducta imputada consistió en transportar plantas de coca y no hojas de coca, que era lo permitido para ellos a nivel de consumo, de acuerdo con la reglamentación del Consejo Nacional de

Estupefacientes; no se encuentra permitido al juez ningún arbitrio en la determinación de la cantidad de plantas autorizadas para cultivar o consumir a los comuneros, fijación propia del reglamento mencionado, no expedido todavía y en el cual deben tomarse en cuenta las costumbres indígenas en cuanto al cultivo, conservación y consumo de coca.

A lo expuesto agregan la violación directa de los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, adoptado a través de la Ley 21 de 1991. Con base en tales preceptos, los estados se comprometen a respetar los métodos de los pueblos indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros y la preferencia de sanción distinta al encarcelamiento. La imposición de prisión a los procesados es una interpretación errónea de las normas.

Esta demanda realizada por las autoridades del Cabildo utilizando las normas del derecho estatal permite hablar de pluralismo “político” porque las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional, desde su territorialidad, se orientan por el rechazo de toda y cualquier forma de concentración burocrática y centralista de los poderes y la administración del estado en una institucionalidad de acción monolítica.

Norberto Bobbio (1979) a partir del análisis de las decisiones que se toman en diferentes instancias de la sociedad que manifiestan conflictos y relaciones de poder desiguales, aporta el concepto de pluralismo político.

El pluralismo “político”, en cuanto directriz histórico-estratégica o modo de análisis asentado en prácticas de dirección descentralizadas, realza la existencia de un complejo cuerpo societario formado por la multiplicidad de instancias sociales organizadas y centros autónomos de poder que, aun antagónicos o manteniendo conflicto entre sí, tienen como propósito restringir, controlar e inclusive erradicar formas de poder unitario y hegemónico, principalmente la modalidad suprema del poder corporificado en el Estado⁷.

2.3. La Corte Suprema de Justicia admite la Demanda de Casación

Dentro de su competencia, la Corte cita a la audiencia de sustentación de la impugnación, en la cual los sujetos procesales efectuaron las intervenciones que se sintetizan a continuación:

Defensor del procesado:

Reiteró los argumentos de los cargos planteados en la demanda y las solicitudes frente a cada uno de ellos.

⁷ Cf. BOBBIO, Norberto *et al.*, “Pluralismo”, *óp. cit.*, p. 928 citado por Wolkmer, 2018, p.144.

Fiscal delegado ante la Corte:

Ninguno de los cargos está llamado a prosperar. Reiteró el fallo del CSJ, al resolver el conflicto entre jurisdicciones, expresó que concurrían los requisitos subjetivo y territorial. No así el objetivo porque al aceptar los procesados la imputación, admitieron que su comportamiento trascendía los límites de su resguardo al dedicarse a una actividad propia del narcotráfico.

Al transportar el producto, desde luego lo conservaban, pudiéndose pensar —por la hora en la que se les sorprendió— que procuraban guardarlo hasta su entrega “al laboratorio donde se derivaría la cocaína, como ellos mismos lo aceptaron en la diligencia de imputación”.

Así las cosas, está fuera de sitio alegar la inaplicación o interpretación errónea del artículo 7° de la Ley 30 de 1986, ajeno “al problema jurídico planteado”, según lo afirmó el Tribunal. Tampoco hay lugar a casar la sentencia. Los procesados sabían lo que hacían, eran conscientes que su conducta delictiva trascendía las fronteras del resguardo y que no se identificaba “con los usos y costumbres indígenas”. Por ende, como imputables, se les impuso pena de prisión.

La Agente de la Procuraduría delegada ante la Corte, consideró:

[Es] procedente que la Sala, en cumplimiento de la finalidad de protección de los derechos fundamentales asignada al recurso de casación, revise la decisión del CSJ a través de la cual atribuyó este proceso a la justicia ordinaria, que es acertada. Tras mencionar la sentencia T-552 de 2003, —en

alusión a “naturaleza del conflicto”— expresó que el delito es pluriofensivo en cuanto atenta “no solamente contra la salubridad pública sino contra otros bienes jurídicos de magna importancia para la supervivencia no sólo de la comunidad indígena sino de la comunidad en general, de tal manera que trasciende el interés y la necesidad de protección de los resguardos indígenas”, (...) en consecuencia, en manera alguna debe juzgarla y sancionarla la jurisdicción indígena, (...) es decir, que sea la jurisdicción ordinaria la que entre a imponer los procedimientos y las sanciones para hechos como estos”. Es la conducta imputada a los procesados “verdaderamente intolerable por atentar contra los bienes más preciados de la comunidad en general, excediendo entonces los límites del control interno permitido al Resguardo Cabildo Indígena para ser reconocido en este caso el fuero especial indígena”. En consecuencia, el reproche no prospera.

Es cierto, continúa, como lo advirtió el censor, que el Consejo Nacional de Estupefacientes no ha expedido el reglamento mencionado en el artículo 7° de la Ley 30 de 1986, ello en forma alguna convierte en un tipo penal en blanco al artículo 375 de la Ley 599 de 2000 y en atípico, por tanto, el comportamiento imputado a los procesados. La falta de esa regulación, acerca de “los cultivos de plantas de las cuales se produzcan sustancias estupefacientes y el consumo de estas por parte de las poblaciones indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivadas de su tradición y cultura”, en manera alguna enerva la posibilidad de imputar la conducta de conservación o financiación de plantaciones, la cual se estructurará en todos los casos en los que no guarde relación con los usos y prácticas derivadas de la tradición y cultura indígena. Esto

resulta coherente con la política de erradicación de cultivos en resguardos indígenas donde se haya surtido consulta previa y con pronunciamientos de la Corte Constitucional (SU 383 de 2003). La persecución del narcotráfico, de otro lado, no traduce el desconocimiento de la diversidad étnica y cultural. La censura, en fin, no está llamada a prosperar.

2.4. Consideraciones de la Corte Suprema de Justicia

Las actuaciones de la Corte terminarán exponiendo —más allá de un examen técnico y atento de los argumentos como sustento de las decisiones tomadas en la jurisdicción ordinaria—, la idea aplicada de los magistrados sobre el pluralismo, a partir de un colofón que consiste o bien en fortalecer el monismo jurídico, o bien ubicar en las instituciones que intervienen la posibilidad constitucional de profundizar en la valoración de la autoridad jurisdiccional del sujeto colectivo de derecho, el pueblo Nasa. Según los “criterios” utilizados, presentes en la argumentación expuesta, se puede deducir el tipo de pluralismo resultante.

A partir de los argumentos de los cargos planteados en la demanda por los indígenas, la Corte se pregunta si la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, encargado por la constitución para resolver

los conflictos entre jurisdicciones, es susceptible de invalidarse en desarrollo del recurso extraordinario de casación o si, por el contrario, resulta ajena a ese tipo de control por contar con la característica de ser “ley del proceso”. Y responde de manera categórica que: la resolución de un conflicto de jurisdicciones no cierra de manera definitiva una fase procesal, no tiene el carácter de ley del proceso y, si bien el CSJ soluciona una diferencia en su curso, no es intocable para el tribunal de casación de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, la finalidad es establecer si se les vulneró a los procesados el derecho al fuero indígena y al resguardo – cabildo de este pueblo el derecho a la autonomía de la jurisdicción indígena⁸. Es interesante esta distinción que hace la Corte, entre la posibilidad de transgresión a los dos indígenas como sujetos individuales y al sujeto colectivo de derecho, el pueblo Nasa.

Tras citar la sentencia T-496/96 de la Corte Constitucional donde se precisa que la jurisdicción indígena no siempre es competente para juzgar una conducta punible en la que esté implicado un aborígen, y mencionar como elementos del fuero indígena el personal, el territorial y el objetivo, y de admitir en el caso estudiado la presencia de los dos primeros, el Consejo

⁸ Sentencias T-552/2003 y T-617/2010. La Corte Constitucional, en sede de tutela, también ha invalidado determinaciones del mismo tipo debido a considerar los

pronunciamientos lesivos del derecho a la autonomía de las comunidades aborígenes.

Superior de la Judicatura dijo que por supuesto no concurría el factor “objetivo” y así se manifestó:

(...) la Sala advierte la concurrencia de una circunstancia que de bulto impide la prédica del fuero indígena: “Se trata de la naturaleza del delito, pues si bien el uso de drogas en muchas regiones del mundo, y nuestro país no es la excepción, hace parte de ancestrales costumbres de las distintas agrupaciones indígenas, con fines alimenticios, medicinales y rituales; en el pasado reciente se ha transmutado para convertirse en un verdadero flagelo universal que atenta contra la salubridad pública y degenera en una absoluta inversión de valores, al degradarse como una millonaria industria ilegal, que no repara en atentar contra la vida de los semejantes, o la comisión de verdaderos actos terroristas indiscriminados; (...) “De tal modo, el comportamiento que se juzga rebasa, sin lugar a hesitación, los linderos propios, los usos, costumbres y en general de la cosmovisión indígena y trasciende a la afectación de los intereses predominantes para la población nacional e incluso allende las fronteras patrias, conforme al carácter universal ya mencionado de este tipo de delitos”. Se atribuyó la competencia para el conocimiento del asunto, al Juzgado Penal de Santander de Quilichao (Cauca), “al ser el delito imputado del orden transnacional” y afectar “los intereses de una universalidad” y no sólo los de la comunidad indígena.

Expresa la Corte Suprema de Justicia que si una de las causas del proceso

constitucional de 1991 consistió en reconocer que la constitución de 1886 era excluyente de diversas colectividades y fuerzas sociales, desposeídas de cauces institucionales para expresarse e incidir en las decisiones del Estado, un efecto necesario —entre otros— fue la participación de los indígenas en la conformación del nuevo pacto social y político, producto del cual se reconoció a sus autoridades, en el artículo 246 de la Carta, ya mencionado, autonomía jurisdiccional dentro de su territorio conforme a las normas y procedimientos propios, a condición de no contrariar la constitución y las leyes de la República.

Se trata de un mandato coherente con la consagración constitucional del pluralismo como uno de los atributos del Estado colombiano (art. 1 de la C.P.) y con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (art. 7). Se admite a través de todas esas disposiciones superiores la diferencia. Hacerlo traduce la realización del que quizás sea el valor más importante de una democracia, sin el cual resulta en tiranía. Cualquier interpretación del artículo 246 de la Constitución Nacional que restrinja la autonomía indígena, reafirma la Corte Suprema de Justicia, contradice el espíritu que llevó al Constituyente a consagrar como instrumento de protección de la

diversidad étnica y cultural a la Jurisdicción Especial Indígena.

De hecho, la Corte Constitucional, a partir de la sentencia T-254/94, entre los criterios de interpretación que empezó a delinear para la resolución de los conflictos valorativos que pudieran presentarse en la práctica entre la aplicación del sistema jurídico nacional y el indígena en un caso concreto, expresó:

considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. (Corte Constitucional SU 510/98).

En materia jurisdiccional, las Sentencias T-349/96, T496/96, SU 510/98 y T-617/10 de la Corte Constitucional, plantean que, en situaciones en las que

todos los elementos definitorios de la competencia pertenezcan a la comunidad indígena (hechos sucedidos en su territorio y entre sus miembros),

el principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo.

En el caso sometido a consideración de la Sala, contrario a lo dicho, se optó por una interpretación restringida de la autonomía jurisdiccional indígena. Si la conducta imputada fue ejecutada dentro del ámbito territorial por dos miembros de la comunidad, como se admitió sin discusión en la actuación que sucedió, atribuirle el asunto a la jurisdicción ordinaria con fundamento en el tipo de delito — transnacional y de efectos universales—, quebranta el artículo 246 de la Constitución Nacional. Esa disposición, al reconocer a las autoridades indígenas funciones judiciales dentro de su ámbito territorial — conforme a sus normas y procedimientos a condición de no ser contrarios a la Constitución ni a la ley—, trae implícito el derecho a fuero de los miembros de las comunidades étnicas.

Con la sentencia T-496/96, tras la advertencia de que no siempre la jurisdicción indígena es competente para conocer de una conducta reprochable en la

cual esté involucrado un aborígen, la corporación argumento con contundencia los componentes del art 246 CP para ir desestimando este argumento. Inicia con el elemento personal como es ser indígenas y el territorial, es decir, si la acción se cometió en el territorio propio:

El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: el 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.

en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional” en tales casos “son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el del juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución.

La Corte Constitucional continúa profundizando en sus argumentos planteando que, además de los factores personal y territorial, “en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva”⁹. En la sentencia T-617/10, la Corte Constitucional examinó, como en ninguna otra, el derecho a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas. Para ello, aludió en detalle a todas las decisiones a través de las cuales se edificó la línea jurisprudencial relacionada con el tema, y consideró que definir el elemento objetivo de la manera como se hizo en el precedente jurisprudencial, resultaba demasiado vago al no especificarse “qué tipo de objetos, o sujetos afectados, determinan la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena”. Por tanto, la corporación decidió profundizar en el alcance del concepto como se expresa a continuación.

Más allá de las dificultades que puedan surgir en cada caso para evaluar el elemento objetivo, es evidente que existen tres opciones básicas al respecto: (i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura

⁹ Sentencia T-552/03, insistió en ese tercer factor, en los términos dichos y sin desarrollo adicional de ningún tipo, en las sentencias T-811/04 y T-1238/04.

mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

El elemento objetivo indica soluciones claras en los supuestos (i) y (ii): en el primero, el caso corresponde a la jurisdicción especial indígena; y en el segundo, a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii), el elemento objetivo no resulta determinante para definir la competencia. La decisión del juez deberá pasar por la verificación de todos los elementos del caso concreto y por los demás factores que definen la competencia de las autoridades de los pueblos aborígenes.

La sala de casación de la Corte Suprema de Justicia es contundente frente al Consejo Superior de la Judicatura en este caso porque su fallo representa peligro de seguir cayendo en la imposición del monismo jurídico y con este de la cultura mayoritaria, afectando con ello el reconocimiento del mandato constitucional como enfáticamente lo expresó:

Una variante importante del último supuesto es aquella en que el caso reviste especial gravedad para el derecho mayoritario, posibilidad que ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a excluir, de plano, la procedencia de la jurisdicción especial indígena. Para la Sala, ese tipo de decisión no puede establecerse como regla definitiva de competencia, pues acarrea la imposición de los valores de la

cultura mayoritaria, dejando de lado la protección a la diversidad étnica.

Lo verdaderamente relevante, en casos como los mencionados, es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, de manera que el examen del juez debe dirigirse a evaluar con mayor intensidad la vigencia del elemento institucional, pues de este depende, según se ha expuesto, la efectividad de los derechos de la víctima.

Ahondando en la argumentación la Corte Suprema de Justicia trae a colación como a pocos años de emitida la constitución, surgió el elemento institucional, (llamado también *orgánico*). En las sentencias T-552/03 y T-617/10, fueron establecidos criterios para su evaluación, frente a discusiones de competencia. Lo más interesante es que al haber considerado la Corte como víctimas no solamente a los dos indígenas procesados, sino también a la comunidad nasa —como sujeto colectivo de derecho— y a sus autoridades competente por no poder conocer el caso, contrasta elementos del pluralismo jurídico que se encarnan en las expresiones diversas de las normas y de los procedimientos:

El juez encargado de dirimir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional debe tomar en consideración la existencia de una institucionalidad

social y política, que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. El primer factor para determinar la existencia de esa institucionalidad es la manifestación positiva de la comunidad, en el sentido de tener voluntad para adelantar el proceso. Sin embargo, la verificación de la compatibilidad entre el contenido del derecho propio de una comunidad indígena y los derechos de las víctimas por regla general, solo puede ser objeto de un control judicial posterior.

El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad. “Sin embargo, cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad.

El debido proceso tiene, en el marco de la jurisdicción especial indígena, el alcance de predictibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades tradicionales, y la nocividad social de ciertas conductas. Sin embargo, no puede exigirse a la comunidad indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio se encuentra en proceso de formación o reconstrucción. Lo que se exige es un concepto genérico de nocividad social. Resulta contrario a la diversidad étnica y cultural, y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia de acreditar un reconocimiento jurídico externo de su existencia”.

2.4. El derecho fundamental a la autonomía jurisdiccional del Resguardo Indígena y debido proceso de los procesados

En concordancia con el marco jurisprudencial de la Corte Constitucional expuesto en las sentencias, que la Sala comparte, la decisión expedida el 6 de julio de 2009 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la cual le atribuyó la competencia para conocer de esta actuación a la justicia ordinaria, es contraria al artículo 246 de la Constitución Nacional y lesiva, por tanto, del derecho fundamental a la autonomía jurisdiccional del Resguardo Indígena y del derecho al debido proceso de los procesados.

La competencia jurisdiccional de las comunidades indígenas se encuentra determinada por los elementos personal, territorial, objetivo e institucional. El Consejo Superior de la Judicatura, en su análisis, consideró concurrentes los dos primeros. No ocurrió así con el objetivo, compuesto en su criterio por la existencia de las autoridades indígenas habilitadas para administrar justicia en su propio territorio y por “la materia objeto de la controversia litigiosa”, es decir, el tipo de delito. Como en el caso se trató de una conducta de tráfico de drogas, “del orden transnacional” que “afecta los intereses de una universalidad”

y no sólo los propios de la comunidad indígena, la llamada a conocer del caso era la justicia ordinaria, concluyó el Consejo Superior de la Judicatura como corporación.

2.5. Restricción Indevida para Asuntos Graves

Ese entendimiento del elemento objetivo del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al cual se excluyen definitivamente de la jurisdicción indígena asuntos graves o de trascendencia universal, plantea la Corte, se traduce en una restricción indebida a la autonomía de las comunidades indígenas y obviamente el incumplimiento del acuerdo intercultural consagrado en el artículo 246 de la Constitución Nacional.

Si en el presente caso los hechos sucedieron dentro del ámbito territorial del Resguardo Indígena, si los autores eran miembros de esa comunidad, según lo certificó el Gobernador de la misma cuando le solicitó el proceso a la jurisdicción ordinaria el 6 de mayo de 2009, y si ninguna razón hace dudar que se está frente a un grupo étnico con autoridades capaces de impartir justicia al interior de su territorio, conforme a sus normas y procedimientos tradicionales —de los cuales nada conduce a pensar que sean contrarios a la constitución o las leyes de la República—,

no existía argumento válido para sustraer el conflicto del conocimiento de la jurisdicción indígena. Al hacerlo, por ende, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quebrantó la autonomía indígena, por un lado, y el derecho fundamental al juez natural de los procesados, por otro.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia, resolvió:

1. Casar la sentencia dictada el 17 de marzo de 2010 por el Tribunal Superior de Popayán.
2. Declarar la nulidad de lo actuado por la justicia ordinaria y remitir el expediente, por competencia, a las autoridades del Resguardo Indígena Munchique - Los Tigres de Santander de Quilichao.
3. Ordenar la libertad inmediata de los procesados.

Dado que en esta decisión no proceden recursos, la Corte Suprema de Justicia marca una ruptura con el Consejo Superior de la Judicatura dado que esta impone etno-céntricamente la preeminencia de la interpretación restrictiva de las normas desde el sistema jurídico nacional y expone la no-valoración de las demandas para democratizar el poder de decisión en asuntos vitales a la existencia cultural alterna de un pueblo indígena.

Este cambio orientado a la construcción de un pluralismo jurídico manifiesto en el máximo tribunal de la justicia ordinaria es fruto de las acciones de resistencia realizadas por los distintos pueblos indígenas y también del ánimo institucionalizado por el Estado para ceder ante las demandas de colectivos históricamente relegados del poder. Además, para los indígenas implica la superación de su condición de subordinados, lo que les permite intervenir como autoridades tradicionales y compartir funciones jurisdiccionales de igual valoración que las de la jurisdicción nacional en todas las materias.

En cumplimiento de estas funciones, la Sentencia trae para muchos pueblos modificaciones y nuevos conocimientos, adoptados históricamente, con relación a unos propósitos entramados en una visión transformada del mundo y en una nueva relación con el otro. De esta manera, se logra satisfacer sus demandas y necesidades particulares y encajar coherentemente en las estructuras preexistentes de la justicia.

Algunas conclusiones para el caso

Qué amable y reconfortante es estudiar un fallo “justo”, que interpreta las aspiraciones legítimas de los pueblos indígenas porque apunta a la satisfacción de las necesidades

establecidas democráticamente por la constitución. El *modus operandi* deducible de tan especial sentencia consiste en una aplicación técnica del derecho, en primer lugar, al profundizar el conocimiento legado por el control de constitucionalidad en casos anteriores y, en segundo lugar, por superar ese marco a través de una aplicación edificante que marca hermenéuticamente el hecho de situarse frente a unas autoridades que actúan con valentía y rigor para lograr la autonomía jurisdiccional que les está reconocida, pese a la necesidad de argumentar con base en el derecho positivo estatal que lo apropian para la defensa de ciertos casos. El procedimiento hermenéutico se dirige hacia la defensa de un pluralismo jurídico que mezcla el de tipo igualitario y el de tipo unitario, donde lo definido en el derecho positivo estatal concuerda cien por ciento con los principios y procedimientos apropiados del derecho estatal y allegados por las autoridades indígenas para definir el fallo a favor del pueblo Nasa.

El derecho estatal utilizado para demostrar que los argumentos esgrimidos, que hoy hacen parte del derecho propio nasa —porque fueron apropiados—, como ya se expresó, no deja duda de cuál interpretación de la normatividad debe prevalecer. El derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica); el derecho a la participación en la toma de

decisiones que puedan afectar a las comunidades indígenas, como lo desarrolla la Corte en las sentencias SU-037 de 1997 y T-652 de 1998 marcan el derecho a la autodisposición. Este derecho implica que el grupo puede organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, de sus tradiciones y sus deseos; incluye, por lo tanto, el derecho a regirse por sus propias normas, lo que a su vez incluye la posibilidad de crear y apropiarse de normas exógenas y aplicarlas.

Adicionalmente, fue fundamental para la defensa indígena redefinir las suposiciones de sustentación de la legitimidad superior, frente a los criterios de la legalidad positivista, para afirmarse en el poder jurisdiccional, de participación, de decisión compartida y en el consenso de lo “justo”. Al introducir la dimensión política en la comprensión de la diferencia, surgen preguntas como: ¿Quién tiene mayor poder o quién no lo tiene? ¿Con qué propósitos se construye el pluralismo jurídico: para reforzar la dominación o la emancipación?

Wolkmer (2018), en las conclusiones de su nuevo libro, ya citado anteriormente, nos lleva a pensar que, “para ser alcanzadas tales condiciones teóricas y prácticas de supremacía del ‘derecho justo’, de una jurisdicción diferente, de pensar en lo ‘nuevo’ y de la práctica de una legitimidad alternativa, es esencial actuar

con la estrategia de una concientización social liberadora. Para eso, es necesario desarrollar también procesos sociales dirigidos a modificar y a concebir un nuevo espacio común de convivencia compartida y solidaria. Se trata de construir una cosmovisión como expresión de la realidad histórica, en cuanto que exigencia y afirmación de la libertad, autodeterminación y emancipación. Sólo una amplia educación social liberadora, de amplio alcance, ofrecerá elementos conscientes, para propiciar otra racionalidad, configuradora de otra lógica en el Derecho y en la sociedad, así como instrumentará valores y modelos teóricos, aptos para captar y expresar tales percepciones. Se trata de una educación social liberadora, comprometida con la descolonización y con la concientización, habilitada a llevar y a permitir que las identidades heterogéneas, individuales y colectivas, asuman el papel de nuevos sujetos de la historia, haciendo y rehaciendo el mundo de la vida cotidiana (dirigida hacia un ‘buen vivir’) y ampliando los horizontes del poder comunitario” (Wolkmer, 2018, p. 293).

Conclusiones

En una sociedad racista y clasista como es la colombiana decíamos al

comienzo, resultan las decisiones judiciales y administrativas asumidas en los dos casos presentados, no solamente expresión de cambio en las tradicionales posturas de los jueces y administrativos que toman decisiones, sino de la posibilidad de generar armonía y eliminación de la violencia estructural a las culturas distintas y con estas a sus derechos propios.

El conjunto de pautas y criterios que se establecieron con ocasión de las dos demandas, realizadas en contextos diferentes, marcados por temas acalorados y verdaderamente complejos como las circunstancias de la pandemia y la explotación de la coca orientada al narcotráfico, definen un nuevo marco para construir relaciones respetuosas y dignas entre sociedades, ya sea autorizando y facultando una solicitud, confinando y clausurando descalabros e intolerancia e incluso superioridad y mostrando salidas rigurosas impensables por fuera de los cambios constitucionales. Los argumentos para lograr la eficacia del mandato constitucional, generó nuevos entendimientos y nuevas capacidades para los pueblos indígenas y para la sociedad en general.

Un número de cuestiones importantes acerca de la justicia han sido debatidas con fuerza a través de los argumentos de las partes para llegar a tales decisiones. ¿Qué es lo justo? ¿Qué demanda

de los jueces y administradores frente a las circunstancias particulares que involucran a individuos y sociedades cultural y étnicamente diferenciadas? ¿Cuál es la distribución apropiada del poder orientado a la defensa de intereses vitales en las dos sociedades estudiadas? Hay muchas respuestas posibles a estas preguntas desde diversas perspectivas y, sin embargo, las opciones se orientaron a que lo justo era establecer una mayor igualdad, buscar entendimiento intercultural e interlegal para generar en los otros, más poder del que tenían y al que tenían derecho.

Asociar justicia con la igualdad y equilibrio de poder ha sido un punto de llegada histórico y culturalmente innovador en las actuales circunstancias en que afloran valores y aspiraciones para lograr ser diversos y, ante todo, temores de caer en la homogeneidad. Ser tratados como pueblo y sujeto de derecho, de manera igualitaria satisface una necesidad étnica. Darles el trato que está estipulado, reconociendo lo suyo, lo otro, lo diverso reafirma el pluralismo jurídico que es consistente con la voluntad de proporcionar a cada uno lo suyo.

Los objetivos buscados en los dos casos no fueron alcanzados exclusivamente con base en la hermenéutica; hay intereses locales y disputas entre grupos sociales que buscan imponer lo que les beneficia de manera egoísta. Hacer lo justo y darles la

razón a los indígenas indica que se ha cumplido y respetado el derecho porque se ha sabido decidir justificando con argumentos a favor de quienes claman con valentía por un fallo a su favor.

Construir un pluralismo jurídico en Colombia con base en aplicaciones jurisdiccionales edificantes ha implicado que, pese a situaciones críticas como lo enunciamos, una mayor participación en una visión moral y política puede lograrse sin desconocer la urgencia de construir el Estado Social de derecho donde la igualdad material sea realidad.

La aplicación de justicia interesa no solamente que ocurra, por la ampliación de la comprensión de las implicaciones de un pluralismo jurídico en beneficio de los indígenas como individuos y pueblos, sino que, como lo informa De Sousa Santos (1991, p.13) la aplicación edificante debe prosperar dentro de la misma comunidad científica. Los científicos apostados en ella luchan por el aumento de la comunicación y de la argumentación, en el seno de la comunidad científica y, luchan por eso contra las formas institucionales y los mecanismos de poder que en ella producen violencia, acallamiento y extrañamiento. Pero, además de eso, la transformación de los saberes locales ocurre con la transformación del saber científico y con esta ocurre la transformación del sujeto

epistémico, del ser científico. La flexibilidad, para tener algún peso, debe ser colectiva.

Caminar más en estas trochas, llenas de laberintos es un reto que significa continuar un proceso de reconstrucción y transformación cultural de una sociedad que debe prepararse profundamente para las discusiones con intelectuales indígenas y no indígenas dado que muchas perspectivas aparecen confusas por cuanto se participa de tendencias arrolladoras que parecen envolvernos en dinámicas sin freno.

El proceso social y político, que incluye demandas y respuestas a órdenes diferentes definió la posibilidad y los límites de otras representaciones normativas. El reconocimiento de esos otros ordenes bajo un marco de cambio orientado a fortalecer el pluralismo y las condiciones del derecho y por ende de la justicia es lo que se intentó informar en este artículo.

Queremos seguir pensando para mantener viva la esperanza de que es posible la diversidad como expresión de riqueza, en contra de los esfuerzos que pretenden desdibujar las diferencias bajo el supuesto de que al hacer de todas las sociedades heterogéneas una sola comunidad, se hará más fácil la convivencia. Una convivencia, claro está, completamente empobrecida.

Referencias bibliográficas

COUTINHO, Carlos Nelson. “Notas sobre pluralismo”. Conferencia presentada en el Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ensino do Serviço Social. Out., 1990, pp. 2-3.

GUERRA C, Wilder. “El dolor de Antígona”. *El Espectador*. Mayo 20 del 2020.

GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. New York: La Maison Française, 1944

OQUENDO B., Catalina. “Los muertos sagrados de los wayúu”, En: *El Tiempo* (Cultura y entretenimiento) Bogotá: 3 de enero, 2014.

PAZ R, Carmen Laura. “Los ritos de muerte y dobles enterramientos en el pueblo wayuu. Interacción y Perspectiva”. En: *Revista de Trabajo Social*, v. 8, n. 1, pp. 67-92, enero-junio, 2018 Universidad de Zulia Facultad de ciencias políticas y jurídicas.

PAZ R, Carmen Laura. “Los wayúu: Interacción y Perspectiva”. En: *Revista de Trabajo Social*, v. 8, n. 1, enero-junio, 2018.

SÁNCHEZ B., Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2007

SÁNCHEZ B., Esther., *¿La cultura como clonación? Identidades e Identificaciones*. Tomo II. Bogotá: Ministerio de Salud. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF. Dirección de Gestión Territorial. Dirección Técnica, 2002.

SÁNCHEZ B., Esther. Derechos Propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial

indígena en Colombia. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Publico, 2004.

SÁNCHEZ B., Esther. “El pluralismo jurídico de tipo igualitario nace, crece, se reproduce o muere. El caso colombiano”. En: BALDI, César Augusto. *Aprender desde o Sul. Novas Constitucionalidades, Pluralismo Jurídico e Plurinacionalidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

SÁNCHEZ B., Esther. Estudio comparado para OEI “Justicia propia y derechos indígenas”. Ejercicio de la Jurisdicción especial en Argentina, Brasil, Bolivia, Perú y Costa Rica. Bogotá: 2020. (Inédito).

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Subjetividad, ciudadanía y emancipación”. En: *Revista El Otro Derecho* N° 15. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA. Bogotá. 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Estado Derecho y Luchas Sociales*. ILSA. Dupligráficas. 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. 2ª Edición. Traducción David Sánchez Rubio. Madrid: Editorial Dykinson S. L., 2018.