

BEATRIZ SÁNCHEZ MOJICA

# Las justicias indígenas en la Constitución colombiana

*La compatibilización entre los sistemas de justicia indígena y la justicia occidental de los Estados en los que habitan los pueblos indígenas, implica un conflicto de convivencia entre los derechos colectivos y los derechos humanos individuales. En Colombia, como en otros países de América Latina, existe una discordancia en este sentido. Por un lado, se reconocen constitucionalmente las autoridades indígenas, que pueden resolver los conflictos que se presenten dentro del área que manejan, pero por otro, estos deben acomodar sus decisiones a principios y reglas que obedecen a una concepción de la justicia y la dignidad humana diferentes de las que poseen. La posición dominante de unos sobre otros hace necesario buscar una fórmula que equilibre la situación.*

La historia de la jurisdicción indígena en Colombia apenas ha evolucionado. En 1542, la Legislación de Indias estableció: “En los conflictos entre indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos”.<sup>1</sup> En 1991, el artículo 246 de la Constitución declara que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional”. A primera vista no se observa una diferencia notable entre las consideraciones de los Reyes Católicos y las de la Constitución de 1991. En ambas normas se reconoce la existencia de mecanismos de resolución de conflictos

---

<sup>1</sup> Carlos César Preafán Simmonds, *Sistemas jurídicos paéz, kogi, wayúu y tule*, ICAN y COLCULTURA, Bogotá, 1995.

Beatriz Sánchez Mojica es abogada por la Universidad de los Andes (Colombia), máster en Acción Solidaria Europea y doctoranda en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III

propios de los pueblos indígenas, y se permite su aplicación siempre y cuando estos respeten una serie de principios y valores “justos” desde la perspectiva occidental.

El último reconocimiento obedece al replanteamiento de la identidad nacional que se llevó a cabo en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que participaron tres indígenas, y que llevó a la consagración, en el artículo séptimo de la Constitución,<sup>2</sup> del carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana. El reto que se plantea es establecer una relación entre la jurisdicción estatal y las recién reconocidas justicias indígenas, en la que el reconocimiento de lo diferente no se limite a la verificación de una realidad y a la valoración de la misma desde la perspectiva del grupo cultural mayoritario.

### **Las justicias indígenas**

Cuando los europeos llegaron a lo que hoy es Colombia, existían unos tres millones de indígenas agrupados en diversas comunidades con culturas diferentes.<sup>3</sup> Este contacto con Occidente modificó para siempre sus vidas. Actualmente los pueblos indígenas son una mezcla de tradición, adaptación, imposición y recreación. En sus historias se entrecruzan raíces ancestrales, imposiciones del conquistador, interpretaciones a los elementos foráneos y estrategias de supervivencia. Pero, ante todo, son pueblos vivos que se encuentran en una permanente dinámica y que se ven obligados, hoy más que nunca, a establecer relaciones con el blanco.<sup>4</sup>

En la actualidad, conviven en Colombia 81 grupos indígenas diferentes,<sup>5</sup> que suponen aproximadamente 574.482 personas.<sup>6</sup> Cada uno posee su propia cultura y una concepción particular de lo justo. Sin embargo, y pese a sus diferencias, es posible hallar puntos comunes entre los distintos sistemas indígenas de resolución de conflictos. En términos generales se caracterizan por su alto nivel retórico y sus bajas cotas de violencia y burocracia.<sup>7</sup> Asimismo, la mayoría de las culturas amerindias comparten la idea básica sobre el universo, por lo que sus concepciones de justicia están sustentadas en principios similares.

---

<sup>2</sup> Artículo 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

<sup>3</sup> Luis Javier Caicedo, *Derechos y deberes de los pueblos indígenas*, San Pablo, Bogotá, 1994.

<sup>4</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense*, Routledge, New York, 1995.

<sup>5</sup> Algunos grupos cuentan con menos de 200 miembros, otros con más de 300.000.

<sup>6</sup> Según estimaciones de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) con base en los datos proporcionados por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) en 1993.

<sup>7</sup> Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia; lo social y lo político en la posmodernidad*, Uniandes, Bogotá, 1998.

De acuerdo con esta cosmovisión, el orden universal ha surgido de un caos inicial y es relativamente frágil, ya que las fuerzas dicotómicas están permanentemente enfrentadas, generando desequilibrios. La preservación de la armonía entre estas fuerzas es una condición primordial para la vida, de manera que todas las criaturas deben trabajar para mantenerla. Los hombres suelen tener un grado de responsabilidad bastante alto, pues con su conducta pueden generar profundos desequilibrios, que sólo es posible repararlos por medio de acciones de expiación.

Este concepto del universo ha llevado a la elaboración de una ética que rige las relaciones entre los hombres, y entre éstos y los demás seres de la naturaleza, y a la construcción de un conjunto de ideales de comportamiento que constituyen reglas de conducta. Por ello, existen mecanismos de resolución de conflictos que se originan cuando estas reglas se incumplen. Se trata de ordenamientos dinámicos, en el sentido que se modifican para adaptarse a las circunstancias, que mantienen jurisdicción sobre un territorio concreto.<sup>8</sup> Se basan en una concepción no antropocéntrica, en la que el hombre está integrado en la naturaleza. Asimismo, guardan un fuerte vínculo con los sistemas mágico-religiosos de cada pueblo. No poseen principios y reglas orientados a la manera del derecho positivo; por lo que sus normas no suelen ser expresadas en códigos.<sup>9</sup> Tampoco cuentan con un cuerpo especializado para garantizar la obediencia de la comunidad, pues los dispositivos de coerción se encuentran dispersos en la sociedad.

Es necesario aclarar que al interior de los pueblos indígenas lo que puede ser considerado como derecho no pertenece a un compartimiento estanco, sino que es parte de una vivencia que se entreteje en un todo. Para estas sociedades, la norma social no está separada de la norma jurídica. La transgresión de una norma de conducta afecta simultáneamente a muchos espacios. Puesto que el individuo no está alejado de la naturaleza ni de los mundos posibles —aquellos donde los dioses y los espíritus son los que establecen las reglas—, cabe la posibilidad de que el romper una prohibición no acarree la imposición de una sanción inmediata por parte de la autoridad. La consecuencia de la violación de la norma tal vez se presente bajo la forma de una enfermedad, una calamidad colectiva o cualquier otro suceso que evidencia que el equilibrio universal se ha roto. En ese momento es indispensable restablecerlo.<sup>10</sup> Esto permite explicar por qué en determinadas culturas los hijos deben responder por las acciones que llevaron a cabo sus padres, así como el empleo de determinados castigos físicos —como la aplicación del *fuate* entre los nasa—<sup>11</sup> con un alto contenido simbólico.

*Al interior de  
los pueblos  
indígenas lo  
que puede ser  
considerado  
como derecho  
no pertenece  
a un  
compartimiento  
estanco, sino  
que es parte de  
una vivencia  
que se entreteje  
en un todo*

<sup>8</sup> En este punto existen algunas excepciones, como la justicia wayuú, en la que el mediador o palabrero puede viajar incluso a las ciudades en busca de las partes enfrentadas en una disputa.

<sup>9</sup> La excepción a este postulado estaría en el derecho guambiano, que en la década de 1980 se condensó en un texto denominado “El derecho mayor”.

<sup>10</sup> Esther Sánchez Botero, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.

<sup>11</sup> El *fuate* es una correa de cuero, con la que se golpean las extremidades inferiores de los sancionados. Representa al rayo, que purifica y restablece la armonía.

Pero, estos sistemas de resolución de conflictos no son los mismos que existían cuando llegaron los conquistadores, pues han experimentado una constante transformación a medida que se entablaba relación con la sociedad y el derecho nacionales. Actualmente existen tanto comunidades que han conservado la totalidad de sus normas tradicionales, como las que han olvidado las leyes de sus ancestros. La mayoría han adaptado sus sistemas de justicia con elementos extraídos de las tradiciones africanas, derecho indiano<sup>12</sup> y derecho nacional. La gran mayoría de estos sistemas son incompletos pues no se ocupan de la totalidad de los conflictos que surgen en la comunidad. El homicidio, la violación carnal e incluso las disputas más graves en torno a la adjudicación de la tierra, con frecuencia se remiten a la jurisdicción ordinaria. Estos sistemas, vivos, dinámicos, mutables, se reconocieron en 1991 parte de la jurisdicción del Estado colombiano.

### **Reconocimiento constitucional de las justicias indígenas**

La Constitución Política de 1991 consagra y reconoce por primera vez el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana. Ésta, acostumbrada a verse como mestiza, aceptaba que no era homogénea, pero la heterogeneidad se atribuía a las diversas subculturas regionales, no a las diferencias étnicas. Las razones de este cambio son diversas. Una de las principales es el proceso que dio origen a la nueva Constitución, que pretendía integrar a los sectores marginados de la población como los indígenas, negros y raizales,<sup>13</sup> obteniendo así el reconocimiento de su derecho a la identidad cultural. Asimismo, se consiguieron unas disposiciones para hacer efectivos el principio de diversidad y el respeto a la diferencia, como el artículo 246.

Ahora bien, el reconocimiento de la existencia de una jurisdicción especial, integrada por los múltiples sistemas de resolución de conflictos indígenas, es problemático. En la Constitución se presenta una discordancia en relación a este punto. Por un lado, se consagra el respeto a la diversidad étnica y cultural del país, y en consecuencia se acepta la existencia de una justicia indígena, desarrollada a partir de las concepciones culturales de lo que es el hombre y el tipo de relaciones que debe tener con sus semejantes y con el medio que le rodea. Al mismo tiempo, se impone una concepción universal de dignidad humana ineludiblemente unida a la teoría de los derechos humanos. De esta manera, se reconocen las autoridades indígenas, que pueden resolver los conflictos que se presenten dentro del área que manejan, pero que deben acomodar sus decisiones a principios y reglas que obedecen a una concepción de la justicia y la dignidad humana diferentes de las que poseen.

---

<sup>12</sup> El derecho indiano es el conjunto de normas elaborado por la Corona española para garantizar la protección de los indígenas.

<sup>13</sup> Los raizales son los habitantes de los archipiélagos de San Andrés y Providencia. Descienden de los esclavos africanos y de los europeos (principalmente ingleses y holandeses) que conquistaron el Caribe. Su lengua es el inglés.

## **El trabajo de la Corte Constitucional**

De acuerdo con la Constitución, una ley emitida por el Congreso de la República, en el que los indígenas cuentan con al menos dos escaños, debe regular las relaciones entre la justicia estatal y las justicias indígenas. Esta norma aún no se ha expedido. Hasta el momento, la única ley que se ha ocupado, tangencialmente, del tema es la ley Estatutaria de Justicia (270 de 1994) que incluye la jurisdicción indígena dentro de la rama judicial, convirtiéndola en parte del sistema nacional.

El Gobierno ha iniciado el estudio de la cuestión con miras a presentar un proyecto de ley. Los jueces —en particular la Corte Constitucional— son los que han asumido la tarea de establecer las normas de coordinación entre la jurisdicción nacional y la indígena, y lo hacen a través de las sentencias que profieren. Las decisiones de la Corte Constitucional han enfrentado las contradicciones de la Constitución, debiendo buscar una solución que permita armonizar los principios de unidad, diversidad, pluralismo y derechos fundamentales. Ha asumido el reto de reestructurar el concepto de los derechos fundamentales, recreándolo a partir de una lectura multicultural y pluriétnica.<sup>14</sup> El éxito alcanzado es relativo si se analizan cada una de las sentencias; sin embargo, existen elementos que permiten ser optimistas en cuanto al futuro del proceso.

Entre la posición adoptada en 1994 por la sentencia T-254, a la presentada en la sentencia T-606 de 2001, existe una distancia considerable. La pretensión inicial de la alta Corporación era hallar unas reglas de resolución de conflictos aplicables a todos los casos. Asimismo, daba por supuesto que la totalidad de los derechos fundamentales —entendidos de acuerdo a la visión de la mayoría de la sociedad— debían actuar como límite de la autonomía judicial de las comunidades indígenas.<sup>15</sup>

Esta posición fue evolucionando a medida que la Corte estudiaba casos en los que los valores y principios del derecho del Estado eran cuestionados por sistemas de pensamiento tan complejos como alejados de la racionalidad del juez estatal. Para los sistemas que le eran desconocidos, solicitó peritajes a expertos en la materia, y realizó consultas a las autoridades tradicionales. La intención de establecer unas reglas que pudieran aplicarse a cualquier situación de conflicto entre la jurisdicción nacional y las jurisdicciones especiales, se vio frustrada al comprobar las diferencias existentes entre las normas y procedimientos de aplicación de las comunidades indígenas. Se llegó a la conclusión de que los límites entre ambas jurisdicciones solo podían establecerse caso por caso.

A pesar de ello, el análisis de la labor de la jurisprudencia permite hallar hilos conductores, que buscan establecer las reglas de coordinación entre la jurisdicción del Estado y las justicias indígenas:<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Ciro Angarita trabajó este punto en numerosos escritos recogidos de manera póstuma por Juny Montoya y Nelson Remolina en *El pensamiento jurídico de Ciro Angarita Barón*, Bogotá, 1999.

<sup>15</sup> Ver la Sentencia T-245 de 1994. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>16</sup> Estas reglas se obtuvieron tras analizar las siguientes sentencias: T- 188 de 1993, T- 245 de 1994, C-139 de 1996, T- 349 de 1996, T-496 de 1996, T- 523 de 1997, T- 344 de 1998, T-934 de 1999 y T- 606 de 2001.

1- Las comunidades indígenas gozan de autonomía en materia de jurisdicción, pero sometida a ciertos límites. Si bien la tendencia actual apunta hacia la maximización de la autonomía, restringiendo a su menor expresión los límites, aún no puede hablarse de una posición unificada.

La Corte ha reiterado la existencia de unos valores y principios jerárquicamente superiores al principio de la diversidad, que deben ser respetados por las autoridades indígenas cuando se produzcan conflictos al interior de su comunidad. Esto independientemente de que tales axiomas tengan algo que ver con las concepciones culturales de justicia de cada grupo étnico.

En la Corte se presenta la dificultad para aceptar que los derechos fundamentales tienen para los pueblos indígenas un contenido diferente al que tienen para la sociedad nacional. La Corte reconoce la existencia de una cosmovisión propia de cada comunidad indígena, la cual debe ser protegida y respetada pues es lo que permite el multiculturalismo. Se ha esforzado por interpretar algunos derechos, como la propiedad, dentro de esas particulares formas de ver el mundo, concluyendo que tal garantía posee naturaleza de derecho fundamental cuando se aplica a estos grupos humanos, en virtud del papel que cumple en la vida y subsistencia de las mismas. Sin embargo, hasta la sentencia T-523 de 1997, estas consideraciones adquirieron relevancia en el momento de enfrentarse a los derechos fundamentales como límite de la autonomía judicial. Algunos fallos, como la T-254 de 1994, ni siquiera plantean el problema.

2- La jurisdicción especial indígena forma parte de la jurisdicción nacional, y las decisiones de sus autoridades están sometidas al control de cualquier juez de la República, a través de la interposición de la acción de tutela por parte del afectado.

3- Los indígenas están protegidos por un fuero, que les permite ser juzgados por su propia comunidad, y se compone de dos elementos:

- Personal, el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su comunidad.
- Territorial, cada comunidad puede juzgar las conductas que tengan lugar dentro de su territorio.

Por regla general, ambos componentes deben concurrir para que el fuero opere. Sólo en casos excepcionales, en los que el indígena pertenezca a una cultura particularmente aislada de la sociedad mestiza, es posible que se le reconozca este derecho en caso de cometer una conducta sancionada por el ordenamiento nacional fuera del territorio indígena.

4- No existe claridad en torno al peso que se concede a la conservación de la cultura de un grupo étnico al definirse el grado de autonomía judicial de la misma. Si bien la sentencia T-523 de 1997 reconoce que las culturas

indígenas y sus justicias deben ser entendidas como sistemas dinámicos, el resto de los fallos parece considerar la preservación de las tradiciones y costumbres jurídicas como un factor determinante del nivel de autonomía.

Estas reglas extraídas de la jurisprudencia reflejan que la interpretación global del artículo 246 por parte de la Corte, se asemeja a lo dispuesto por los Reyes Católicos: se reconoce la existencia de sistemas de resolución de conflictos en las comunidades, y son aceptados siempre y cuando sus prácticas no sean “claramente injustas”.

El origen del problema es el desconocimiento del otro. Aunque los indígenas han existido siempre, para el blanco fueron invisibles durante mucho tiempo. Aparecieron en la Constitución ante la sorpresa de la mayoría de la sociedad nacional. Mientras no se establezcan formas de comunicación que permitan la comprensión de su universo, será imposible establecer una relación interétnica acorde con los principios establecidos por la Constitución.

La Corte Constitucional debe fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral. Es indispensable encararlo y hacerlo explícito. Además, no es un juez blanco —ni unipersonal ni colectivo— el que deba definir las reglas de las relaciones interculturales. Éstas, si pretenden respetar la diversidad, deben elaborarse tras un proceso de diálogo y concertación entre los actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los tribunales los espacio apropiados para su desarrollo.

### **Hacia un proceso de diálogo intercultural**

La articulación de las justicias indígenas con la justicia del Estado colombiano no puede hacerse con base, exclusivamente, en decisiones judiciales. Es preciso un proceso de comunicación entre las diversas culturas, y la voluntad de ambas partes de llegar a un consenso. Puesto que la lógica de la sociedad no indígena se encuentra en una posición dominante frente al pensamiento indígena, debe hallarse una fórmula que equilibre las posiciones en juego, un esquema que permita desarrollar una comunicación que no canibalice a los pueblos indígenas.

Boaventura de Sousa Santos ha diseñado una propuesta de diálogo intercultural basado en unas condiciones mínimas:<sup>17</sup>

- 1- El diálogo no debe ser sobre el multiculturalismo, sino sobre un proceso multicultural. No se trata de una consulta puntual, sino de un proceso de concertación, de propuestas autónomas que surgen de las autoridades.
- 2- El aprendizaje debe ser recíproco.
- 3- Cada comunidad indígena debe decidir el momento en el que se encuentra preparada para iniciar el diálogo.

<sup>17</sup> Conferencia dictada por Boaventura de Sousa Santos en el Primer Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial. Evento organizado por la Defensoría del Pueblo, que se llevó a cabo los días 5, 6 y 7 de marzo de 1997 en Popayán (Colombia).

*Las reglas de  
las relaciones  
interculturales,  
si pretenden  
respetar la  
diversidad,  
deben  
elaborarse  
tras un  
proceso de  
diálogo y  
concertación  
entre los  
actores  
involucrados*

- 4- Las comunidades nunca dialogan todo, con todos, ni sobre todas las cosas. Es necesario reconocer los límites. Una comunidad puede rehusar participar en el proceso si la intención es abordar temas que no admiten ser objeto de transacción, o que no pueden ser objeto de diálogo. Es decir, debe garantizarse que la esencia de la vida y del alma de una cultura quedan fuera de cualquier posible injerencia externa.
- 5- La apertura al diálogo no es una decisión irreversible, siempre es posible que la comunidad opte por cerrarse.
- 6- Las comunidades deben profundizar en los mecanismos de representación de sus miembros. La propia democracia debe ser multicultural. En las comunidades indígenas quienes mandan obedecen, en la sociedad occidental quienes mandan ordenan.
- 7- Los derechos humanos deben ser reconstruidos desde una perspectiva multicultural.

Para De Sousa Santos son dos los criterios para lograr un diálogo progresista :

- 1- Dado que todas las culturas presentan diferentes versiones de la dignidad humana, se debe elegir la más abierta a la otra cultura.
- 2- La igualdad es un derecho cuando las diferencias crean desequilibrios. La diferencia es un derecho cuando la igualdad anula la caracterización.

Dicha propuesta no trata de un diálogo puntual. Además de la relación entre las justicias, aborda la relación entre los mundos del blanco, el mestizo y el indígena. Se requiere mirar al otro como un igual. Su cultura debe ser considerada tan válida como la propia.<sup>18</sup> Un proceso de tal naturaleza requiere mucho más que el compromiso de nueve jueces o de un grupo de legisladores para tener éxito. Requiere de una conciencia social, de un deseo de lograr la construcción de una identidad pluricultural. La pregunta es si en Colombia existe dicha voluntad.

---

<sup>18</sup> Boaventura de Sousa Santos, *op. cit.*