



MISAEAL TIRADO ACERO
JENNIFER PINILLA LEÓN

EFICACIA SIMBÓLICA DE LAS DECISIONES JUDICIALES

**Diálogo intercultural e interjurisdiccional
entre la justicia especial indígena (JEI)
y la justicia ordinaria (JO)**



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

Eficacia simbólica de las
decisiones judiciales.

Diálogo intercultural e
interjurisdiccional entre la
justicia especial indígena –JEI– y
la justicia ordinaria –JO–

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Misael Tirado Acero

[misaeltirado@gmail.com]

Postdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Evaluación Social de Proyectos y en Economía de la Universidad de los Andes. Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Grupo “Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas –RESCYPP–”, línea de investigación Política Criminal, Derecho Penal y Criminología, Grupo “Derecho Público” línea investigación Derecho Penal. Docente TC de carrera, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, sede Campus. Par evaluador Minciencias, Consejo Nacional de Acreditación –CNA–, Integrante Sala de Evaluación de Administración de Empresas y Derecho de la CONACES – Ministerio de Educación Superior. Consultor Naciones Unidas.

Jennifer Pinilla León

[pinillaj@gmail.com]

Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Investigador Grupo Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas –RESCYPP–, línea de investigación Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Docente TC de carrera, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, sede Campus y de cátedra de la Pontificia Universidad Javeriana.

El presente libro fue sometido a proceso de arbitraje y evaluación por dos pares, mediante el sistema de doble ciego de Minciencias y es resultado del ejercicio académico e investigativo de los autores adscritos a los grupos de investigación del que hacen parte de acuerdo a los parámetros de cohesión y colaboración. El libro se presenta al *Book Citation Index* de la *Web of Science* de Thomson Reuters.

Eficacia simbólica de las
decisiones judiciales.

Diálogo intercultural e
interjurisdiccional entre la
justicia especial indígena –JEI– y
la justicia ordinaria –JO–

Misael Tirado Acero
Jenniffer Pinilla León

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos
(*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN versión digital 978-628-7532-40-3

ISBN versión impresa 978-628-7532-39-7

© MISAEL TIRADO ACERO / JENNIFFER PINILLA LEÓN, 2022
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2022

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusaquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 601 232-3705
www.ilae.edu.co

Diseño de carátula y composición: HAROLD RODRÍGUEZ ALBA
Edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (571) 601 323-2181
editorialmilla@telmex.net.co

Fotografía de portada: *Nabusimake* (capital pueblo Arhuaco)
por MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO (*Dodoringumu*).

Editado en Colombia
Published in Colombia

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO PRIMERO	
EFICACIA SIMBÓLICA DE LAS DECISIONES JUDICIALES	13
I. Justicia desde la interjurisdiccionalidad y pluriculturalidad	13
II. El necesario diálogo entre las ciencias sociales y los pueblos indígenas como réplica para la interculturalidad y la interlegalidad	24
III. Eficacia simbólica de las decisiones judiciales -ESDJ- y su sistema de valores frente a las prácticas de las justicias propias	32
IV. ESDJ en el Sistema Penal Penitenciario y Carcelario	44
A. Centros de armonización indígena	50
CAPÍTULO SEGUNDO	
LA JUSTICIA ESPECIAL INDÍGENA -JEI- Y LA JUSTICIA ORDINARIA -JO-	57
I. Antecedentes históricos	57
A. Desde la Colonia	57
B. Desde la Constitución de 1886	68
C. Desde la Constitución de 1991	72
II. La Ley de Origen (lo espiritual y el orden natural de los pueblos originarios) en conexión con la justicia propia en la JEI	77
III. El ordenamiento jurídico desde la justicia ordinaria frente al enfoque diferencial étnico	85

CAPÍTULO TERCERO

HACIA UNA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DESDE LA JUSTICIA PROPIA Y LA APUESTA POR UNA COMPLEMENTARIEDAD JURISDICCIONAL	103
I. La deconstrucción de la política pública, la política criminal y la política penal	103
II. Sistemas sociales y su enlace con los sistemas jurídicos	108
III. El diálogo con los sabedores para la convergencia de la JEI y la JO	114
IV. Hacia dónde ir desde el pluralismo jurídico	122
V. La complementariedad indígena y su significancia para los sistemas occidentales	127
Conclusiones	133

BIBLIOGRAFÍA

137

Introducción

La eficacia simbólica juega un papel importante en el mundo del derecho y en particular entre estas dos justicias que enmarca nuestro Estado social de derecho a partir del reconocimiento de otras formas de administrar justicia, no solo desde el establecimiento, sino desde otras lógicas que tienen que ver con los saberes ancestrales, las cosmovisiones y las prácticas del derecho propio de pueblos originarios.

Por tanto, es necesario reconocer los aportes de diferentes disciplinas, entre ellas la Antropología, que a partir del estudio de aquello que ha sido heredado culturalmente, permite ver cómo el mito y el rito cumplen funciones integradoras dentro de la comunidad. Por ello los signos y los símbolos, los significados y los significantes, los usos y costumbres son fundantes en su praxis sociocultural. Dichas sinergias desde la Antropología Jurídica han permitido en Colombia un diálogo intercultural mediante el peritaje antropológico, la consulta previa, entre otros.

La Sociología, por su parte, a partir de la “reproducción social” en términos bourdianos, permite enlazar el hecho social con la estructura y la vida social, es decir cómo interactúan y se retroalimentan indistintamente. En este sentido, más allá de una sociología comprensiva o interpretativa, la función del lenguaje permite el diálogo y entendimiento de la coexistencia entre el derecho *erga omnes* y el derecho propio, en este caso de los pueblos indígenas.

Ahora bien, el aporte desde la psicología, la semiótica, la economía, la medicina, entre otras, al estudio de la eficacia simbólica del derecho, conlleva a que desde la sociología misma –en una perspectiva comteana– se tome el derecho como parte inherente de la sociedad. En este sentido, el reto desde la sociología jurídica es precisamente oxigenar el derecho, volverlo dúctil, plástico, reflexivo, más social, es decir dilucidar los principales desafíos, las dificultades y las contribuciones desde la interlegalidad y la interculturalidad, allanando el camino entre el ser y el deber ser, entre el sistema social y el sistema jurídico, entre la norma y la realidad social.

Desde esta perspectiva, si bien en el mundo indígena no está conceptualizada la eficacia simbólica, esta podría entenderse desde el diario vivir, es decir desde un sistema de valores que parte de las diferentes cosmovisiones, donde se hacen presentes los elementos culturales, sociales, de lo comunitario, de lo individual, de lo moral que se mantiene desde los principios rectores, Ley de Origen o Derecho Mayor y desde el entorno mismo, donde lo simbólico se traduce en las prácticas que se encuentran en el día a día, lo que finalmente termina consolidando ese arraigo y esa visión de pueblo permitiendo la pervivencia misma. Por lo general, las visiones de mundos indígenas manifiestan las particulares de la bioculturalidad, tratan de coexistir con el comportamiento de las distintas manifestaciones de la naturaleza con la costumbre y ritos de los aborígenes.

Ahora bien, en el desarrollo de estas formas diversas de pensamiento es importante tener presente que, desde la interlegalidad, entendida desde el mundo indígena como la convivencia armónica de dos formas de vida; una, la occidental, concebida como una forma dominante de pensamiento colonizador en la cual son las normas traídas desde el pensamiento europeo, las que nos deben dar las orientaciones para vivir de acuerdo a la sociedad mayoritaria. La otra, por el contrario, nos muestra las formas coherentes/legítimas de convivencia a través de una cosmovisión clara de un sistema que para los pueblos originarios es un “todo” convertido a través de los tiempos en nuevas formas de relacionamiento con la sociedad mayoritaria, llevando a establecer otras características para esas dinámicas de legalidad que encontramos en las leyes.

En tal sentido, es aquí donde puede converger tanto el pensamiento de Occidente, en esa forma de legalidad normativa y la cosmovisión indígena, que desde la legitimidad de los usos y costumbres propios de cada pueblo o nación indígena ha visibilizado nuevas formas para el relacionamiento en términos de la interlegalidad. Decimos entonces que la interlegalidad desde las formas propias de gobierno indígena es una herramienta que puede permitir un tejido relacional eficiente tanto para el mundo indígena como para el mundo occidental.

De esta manera, la justicia especial indígena se enmarca en un sistema de valores diferente y diverso que se construye desde la relación entre lo espiritual, territorialidad y la ley de origen/principios rectores, la interrelación de estas desembocan en la resistencia y la autonomía; esta legitimidad, se teje desde la educación basada en los principios rectores que guían el relacionamiento con otras visiones del mundo, y que a través del tiempo se van transformando, asimilándose al pensamiento colonizador. Sabiduría, que se constituye en palabra a través de la cual se materializa el pensamiento (la palabra como sistema oral de pervivencia), la palabra como fuente de justicia en el tiempo; todo esto, nos lleva a una integralidad de la justicia propia, entendida desde los pueblos indígenas como el entorno vital o desde su bioculturalidad se debe proceder para el buen vivir.

La justicia es la parte viva de los territorios ancestrales, la justicia propia, la diferencia, ese que dice que no hay diferencia pero si hay, y la recalco, de que somos diferentes, de que tenemos particularidades muy, muy nativas, que nuestra justicia es oral, nuestra justicia no está codificada, en una, en una decisión que toma desde un asunto lo que quiere es la memoria, las actas, pero no, no está, no se codifica o no se detalla como lo hace en un proceso los autores,

sino que es en memorias y como recalco nuestra justicia es oral (intervención indígena)¹.

Por otro lado, la interculturalidad es preciso entenderla como la cualidad cultural de la cual se parte en las relaciones sociales y legales; que, además, entra a dialogar con diversos pensamientos de justicia, tanto indígena como no indígena. Es a partir de estas dinámicas donde se desarrollan cadenas que incorporan al pluralismo jurídico y antropológico. En este sentido, la interculturalidad busca, en términos prácticos sensibilizar a todas las formas de justicia para coordinar mecanismos que permitan una transformación de las relaciones judiciales entre los sistemas de justicia especial indígena y justicia ordinaria. Todo esto para configurar una estructura que permita una coordinación plena que incluya las formas de justicia plurales de justicia de los pueblos indígenas dentro del sistema judicial nacional con miras hacia un fortalecimiento de la autonomía indígena y su diversidad cultural.

En consonancia, en la JEI, sería un reto desde la visión de Occidente, cambiar el orden y de esta manera deconstruir desde el lenguaje, el pensamiento frente a la importancia de la justicia propia de los pueblos originarios, la cual, sin duda se afina en un derecho milenario, ancestral, que se encuentra precisamente en la ley de origen; ese derecho propio de los pueblos a ejercer, y su reconocimiento al visibilizarlo, porque antes de la colonización ya había esa ancestralidad del derecho propio, que se mantiene vivo dentro de la oralidad de los “sabedores” o mayores, y que si bien no es estable, rígida, hay un deber que ancestralmente se debe cumplir, lo cual otorga ese derecho.

En palabras de MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, “más que reglas de obligatorio e inmediato cumplimiento, las normas jurídicas son recursos simbólicos que sirven para hacer cosas y emprender luchas”², por ende, el efecto simbólico del derecho conlleva a emprender acciones transformadoras en la sociedad desde las pluralidades jurídicas o las múltiples prácticas regulatorias coexistentes que permitan precisamente materializar el derecho.

La política criminal como política pública, conlleva al cumplimiento de unos propósitos y estrategias que permitan reducir y tratar el delito, pero tales efectos en la realidad se desdibujan o se alejan de dichas directrices, toda vez que el Sistema Penal Penitenciario y Carcelario no permite una resocialización real y en la mayoría de los casos se vulneran derechos humanos para quienes están privados de la libertad, dando a entender el derecho penal no desde la lógica preventiva y propositiva, sino desde lo coercitivo y punitivo.

1 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. *Módulo de capacitación intercultural indígena*, Colombia, 2011, p. 148.

2 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Penguin Random House, 2014, p. 63.

La asunción de un escenario social estático y un estado de cosas jurídico-penales regidos por la exégesis, no permite concebir el núcleo esencial del *ius puniendi* y la necesidad de estudiar la forma en que el derecho reconfigura el comportamiento social mediante la aplicación eficiente de las normas, no obstante establecer esta relación requiere comprender la manera en que se da esa eficacia acorde con los diversos marcadores de contextos que en la sociedad se presentan. En este sentido, es clave entender las formas de justicia propia indígenas, que se encaminan a resarcir el daño causado a una o varias personas y que todas estas actuaciones repercuten en el resto de la comunidad; es por eso, que para los pueblos indígenas garantizar la vida en todas sus formas y respetar las leyes que la naturaleza ha impuesto ancestralmente son mecanismos que permiten mantener un orden y armonía. Todo esto, desde una cosmovisión que busca la transmisión de conocimientos y la restauración del mal causado.

Comprender que la transformación de la conducta humana está determinada por la identidad que los individuos tienen con los imaginarios, requiere pensarse la eficacia relacionada a una dimensión simbólica en la que todos los marcadores de contexto se articulen con el contenido normativo, para establecer una validez al ordenamiento jurídico y que en consecuencia se materialice en un determinante social conductual.

Es así como es necesario repensar la visión Occidental que ha permeado a los distintos pueblos indígenas, bajo una construcción del conocimiento jerárquico, el cual es un modelo impuesto y colonial que los encapsula, donde con directrices que vienen de arriba hacia abajo –es decir desde el Estado o su establecimiento–, no permiten que la política pública (para el mundo Occidental dentro la lógica de la política criminal y la pena; para el mundo indígena dentro de la transgresión y el restablecimiento de la armonización y el orden establecido) y la justicia se compaginen con sus usos y costumbres y que dialoguen bajo esas formas comunicativas (en términos de oralidad) del mundo indígena, las cuales son la clave para alcanzar el relacionamiento dentro de la JEI-JO, para lo cual tendría que empezarse a ver de manera transversal lo bueno de ambas justicias encaminadas hacia una complementariedad jurisdiccional, donde no sea una más que la otra, sino por el contrario se nutran y fortalezcan. Es muy probable que la sinergia entre las dos justicias establezca otra forma de concebir el ejercicio de la justicia y permita a la sociedad adoptar escenarios armónicos. Dado que los indígenas y los no indígenas están sujetos a las dimensiones simbólicas, las cuales son determinantes en el comportamiento y en la toma de decisiones.

Si bien en Colombia existe una convergencia (esta ha sido relativa, porque no logra relacionar en la práctica la visión indígena de ese pluralismo jurídico) entre la justicia especial indígena –JEI– y la justicia ordinaria –JO– y en el marco del pluralismo jurídico y el reconocimiento a la cosmovisión indígena como garantía de los DDHH, no obstante, el diálogo jurisdiccional se ha establecido o bien desde un conflicto de competencias o desde el reconocimiento y coopera-

ción de ambas como partes de un mismo ordenamiento jurídico, obviando la manera en que puede observarse la eficacia dentro de esta pluralidad e interacción comunicativa.

Así pues, esta investigación está direccionada a comprender: *¿en qué medida el diálogo intercultural e interjurisdiccional entre la justicia especial indígena -JEI- y la justicia ordinaria -JO- permiten el entendimiento del delito, la transgresión, el quebrantamiento de la ley vs. lo consuetudinario que conllevan al tratamiento de la pena y el castigo desde lógicas diferentes?*

Es así, que dando respuesta al propósito principal que se pretende a través del presente texto, se constituye en comprender cómo se materializa un escenario de eficacia simbólica (y su sistema de valores) de las decisiones judiciales en el marco del pluralismo jurídico colombiano con la coexistencia de la justicia especial indígena -JEI- y la justicia ordinaria -JO-, dando paso a cada uno de los acápites que parten de:

- Describir en qué forma la eficacia simbólica del derecho va más allá de un mensaje netamente punitivo y requiere de un análisis pluralista a las condiciones en las que se da el diálogo jurisdiccional o de jurisdicciones (indígenas) donde la armonización busca formas necesarias para recuperarse y renacer (resiliencia) más fuerte.
- Determinar las maneras en las decisiones judiciales operan entre la JEI y la JO, a partir de un estudio de casos en los que se establecen diálogos interculturales e interjurisdiccionales.
- Analizar cómo el diálogo intercultural e interjurisdiccional puede ser una respuesta desde el pluralismo jurídico para comprender la forma en que la eficacia simbólica del derecho se reconfigura en virtud a la concepción normativa dentro de las dos jurisdicciones y su enlace al garantismo constitucional en un Estado social de derecho como el nuestro.
- Encaminar desde la justicia propia mecanismos para una construcción de una política criminal en consonancia con la política pública que dialogue mediante la interculturalidad y la interlegalidad (diálogo con los sabedores).

Esta investigación se realiza a partir de una revisión documental de fuentes primarias y secundarias de los fenómenos del pluralismo jurídico y la eficacia simbólica del derecho con el fin de confrontar estas dimensiones con la realidad social, en primera instancia a partir del análisis de casos de la JEI conocidos por la JO en el marco del diálogo jurisdiccional y en segundo eje cómo se opera esa JEI en algunos pueblos indígenas frente al restablecimiento del equilibrio cuando se transgrede lo socioculturalmente establecido dando lugar a la correc-

ción desde sus prácticas y cosmovisiones. Esto permite comprender, desde una lógica distinta, de qué manera las políticas criminales responden a un Estado interjurisdiccional y pluricultural al tiempo en que el ordenamiento jurídico se presenta como eficaz en materia penal.

Se responde entonces a la pregunta problema de investigación desde un eje de desarrollo descriptivo y correlacional; en la parte descriptiva se realiza un estudio de las implicaciones de un ordenamiento jurídico pluralista y de la eficacia simbólica del derecho como una implicación y fin en ambas jurisdicciones, frente al componente correlativo se da desde la observación del diálogo intercultural e interjurisdiccional entre JEI y la JO, siendo necesario mencionar que los casos observados tienen como criterio de observación la vulneración de DDHH desde el entendimiento del derecho estatal y el derecho propio en el SPPYC.

Así pues, para resolver el problema planteado desde el método de investigación deductivo, se estudia la eficacia simbólica del derecho para comprender el enlace del pluralismo jurídico en la materialización de sus actuaciones en el ámbito del derecho estatal y propio entre ambas jurisdicciones.

El presente libro resultado de investigación, es producto del proyecto INVDER 3160 de 2020-2021 “Eficacia simbólica de las decisiones judiciales en el SRPA” financiado por la Universidad Militar Nueva Granada, el cual se adscribe a los Grupos de Investigación “Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Política Pública – RESCYP” y “Derecho Público” de la Universidad Militar Nueva Granada, sede Campus y Villa Académica. Participaron como Asistentes de Investigación el abogado de esta casa de estudios DIEGO FERNANDO REY GUERRERO y GIOVANNY MONROY QUECÁN, indígena del pueblo Muysca de la comunidad de Fonquetá y Cerca de Piedra (municipio de Chía, Cundinamarca), profesional en Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Se agradece la colaboración del indígena Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, profesional en Gobierno y en Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, MIGUEL ÁNGEL CHAPARRO IZQUIERDO (*Dodoringumu*), quien contó con la guía de los mamus (líderes espirituales).

CAPÍTULO PRIMERO

Eficacia simbólica de las decisiones judiciales

Hay que considerar, acerca de la justicia y la injusticia, con qué clase de acciones están relacionadas y qué clase de mediedad es la justicia, así como de qué términos es medio lo justo. Y nuestra consideración ha de seguir el mismo procedimiento que las anteriores disquisiciones³.

I. JUSTICIA DESDE LA INTERJURISDICCIONALIDAD Y PLURICULTURALIDAD

Siendo nuestro objetivo abordar las relaciones de la justicia ordinaria y la justicia especial indígena, en este acápite partimos desde una concepción básica de justicia hasta llegar a ver su relación con concepcio-

nes como la interjurisdiccionalidad y la pluriculturalidad, como los matices desde los cuales pretendemos evidenciar la relación entre la JO y la JEI.

Dentro de los fines perseguidos por el derecho, o al considerar a la justicia como el fin mismo del derecho, emerge la teoría de la justicia, la cual podemos ver como la búsqueda de criterios respecto a la definición de justicia, y por otra parte como la búsqueda de desarrollos referente a la construcción de una sociedad justa, una concepción extendida sobre la concepción misma de justicia se encuentra en la conocida ética nicomáquea de ARISTÓTELES, en la cual enaltece la justicia como una virtud “perfecta, porque quien la posee puede conducirse virtuosamente con otros y no solo consigo mismo”⁴.

A su vez, en dicha obra se realiza una división de los tipos de justicia, la cual ha sido considerablemente extendida; en esta división de la justicia en el sentido más general, se deriva una justicia de tipo particular, subdividida a su vez en justicia correctiva y justicia distributiva; mientras la justicia correctiva⁵, hace referencia al restablecimiento de condiciones, la búsqueda de igualar o compensar cargas en las relaciones de los particulares en la sociedad, incluyendo los crímenes y delitos; en este sentido podría decirse que se relaciona con los modos de trato, bien sea voluntarios o involuntarios, por lo tanto, en el caso de leyes, este tipo de justicia “solo mira a la especie del daño y trata como iguales al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado”⁶, todos estos son elementos existentes dentro de lo tipificado, por tanto:

Parte de la igualdad aritmética, la ley solo mira a la naturaleza del daño y tratará a ambas partes de igual manera, sea al que comete la injusticia o al que la sufre. Se aplica cuando uno adquiere más (o menos) que la propia parte legítima, como consecuencia de un daño causado a otra persona⁷.

4 Ibid., p. 30.

5 Ibid., pp. 152 a 180.

6 CARLOS BERNAL. “¿Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva?”, en DIEGO M. PAPAYANNIS (ed.). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2013, disponible en [<https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788415948360.pdf>], p. 89.

7 JOHN GARDNER. “La justicia correctiva corregida”, en PAPAYANNIS (ed.). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, cit., p. 45.

Por otra parte, la justicia distributiva hace referencia a la distribución justa o igualitaria de los bienes en la sociedad⁸, uno de los avances modernos conceptualmente más importantes en este sentido de justicia, la distributiva, se encuentra en RAWLS⁹, obra de la cual emergen los conocidos principios de Libertad y Diferenciación.

La búsqueda de principios por parte de RAWLS es clara en el sentido de que, y como lo señala GIL BOTERO, “todo ordenamiento jurídico está compuesto por dos clases de normas generales: los principios y las reglas”¹⁰, esto considerando a los principios “razones para juicios concretos de deber ser”¹¹; o como “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹².

En consonancia, ALEXY afirma que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...] por lo tanto son mandatos de optimización”¹³. Ello implica tener en cuenta que, los principios como postulado de optimización tienen en sí un fundamento deontológico o deber ser, que se manifiestan o traducen en bien sea en un mandato, una prohibición y/o un consentimiento; su cumplimiento se realiza en diferente grado y, está sujeto tanto al conjunto de posibilidades reales dentro de la sociedad, y a las que posibilita el mundo jurídico.

A pesar de que los principios de RAWLS, solo se encuentran en el marco del problema de la justicia distributiva, tal como pretendía su autor, son altamente ilustrativos del problema; ya que las consideraciones que realiza respecto a la justicia son sobre la estructura fundamental de la sociedad, el modo en que grandes instituciones funcionan respecto a la asignación de derechos y deberes, como la Carta Política o las principales normas económicas o sociales; y no sobre acciones particulares o hechos en sí, los cuales también se encuentran

8 ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, cit., pp. 152 a 180.

9 JOHN RAWLS. *Teoría de la justicia*, MARÍA DOLORES GONZÁLEZ (trad.), Cambridge, Harvard College, 1971.

10 ENRIQUE GIL BOTERO. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2017, p. 6.

11 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, E. G. VALDÉZ (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

12 RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, MARTA GUASTAVINO (trad.), Madrid, Ariel 1977, p. 72.

13 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86.

en la posibilidad de ser consideraciones como justos o injustos, de manera que para RAWLS “una concepción pública de la justicia constituye el rasgo fundamental de una asociación humana bien ordenada”¹⁴, aunque “las sociedades existentes rara vez están, en este sentido, bien ordenadas”¹⁵, toda vez que los criterios para definir lo justo de lo injusto se encuentran en una amplia discusión por los asociados, para ilustrar de una manera más clara esta abstracción, plantea un escenario original en el cual siguiendo los presupuestos de “las circunstancias de la justicia, las restricciones formales del concepto de lo justo, el velo de la ignorancia, y la racionalidad de las partes contratantes”¹⁶, llega a los dos principios antes mencionados:

Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que:

a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos,

b) Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos¹⁷.

Ambos son desarrollos razonables de elección en un simulacro en el cual los individuos bajo el *velo de la ignorancia*, no saben en qué posición podrían encontrarse dentro de la sociedad, de suerte que es razonable, optar por principios que representen las mejores condiciones posibles sin importar la posición en la cual se encuentre el asociado; sin embargo, un aporte no colateral de su obra, fue el traer de nuevo al ámbito del debate jurídico la atracción a fundamentales, como qué y cómo nos dirigimos a una sociedad justa, si es que lo estamos haciendo.

El escenario planteado por RAWLS, puede también considerarse un modelo y como la naturaleza misma de un modelo lo dicta, no pretende ser una representación exacta del proceso que representa, pero

14 RAWLS. *Teoría de la justicia*, cit., p. 13.

15 Ídem.

16 RAWLS. *Teoría de la justicia*, cit., p. 112.

17 Ibid., p. 68.

si pretende aportar al entendimiento del proceso; es por esto que es sin duda un ejercicio de abstracción interesante para un país como Colombia, firmante de un Acuerdo de Paz, refrendado, renegociado y ratificado en 2016, al cual se le presenta la oportunidad de “descolonizar la justicia estatal en un escenario de justicia transicional”¹⁸, de manera que se pueda a través del pluralismo jurídico:

Generar procesos restaurativos que dignifiquen los derechos de los pueblos indígenas, Rrom, negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros, afectados de manera grave, diferenciada pero siempre desproporcionada, en el marco del conflicto armado¹⁹.

Para DE SOUSA SANTOS, particularmente hablando de Colombia, en su consideración un Estado - Nación Colonial:

El derecho ordinario representa un proyecto hegemónico monocultural, que se disfraza, se cambia de nombre, se apropia de luchas y se adapta, para silenciar sujetos considerados como “otros” en sus múltiples y variados procesos y contextos culturales²⁰.

De manera que, incluso en un punto de origen como el planteado por RAWLS, habría que preguntarse por las condiciones y los principios de justicia para los asociados, pero ¿y las de los “otros”?; esos otros que como menciona DE SOUSA SANTOS, no se encuentran contemplados dentro del proyecto, puesto que su inclusión dentro de las lógicas monoculturales es una paradoja, y en el caso de Colombia, si el objetivo real es una paz democrática²¹, el camino debe pasar por procesos de pluralismo jurídico e interculturalidad, es decir “el reconocimiento de

18 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia*, Bogotá, Instituto Colombo-Alemán para la Paz –CAPAZ– y Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano –CEDPAL–, 2020, p. 3.

19 Ídem.

20 DE SOUSA SANTOS. *Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia*, p. 3.

21 Para DE SOUSA SANTOS, existe una dicotomía entre la “paz democrática”, con procesos de justicia social y cultural, y la “paz neoliberal”, que tan solo busca el cambio de una violencia política por una que se pretenda no política.

la existencia de otras formas de derecho y otras formas de justicia, lo que necesariamente llevará a la materialización de campos de tensión y disputa donde se alinean diferentes tipos de adversarios”²², de lo cual, aunque tan solo llevemos unos pasos en estos procesos de reconocimiento, ya se observan la materialización de esas tensiones.

Algunas concepciones que podemos encontrar al respecto son las siguientes, según MUÑOZ, “... la pluriculturalidad y los modelos educativos surgidos con ella suponen la existencia de múltiples culturas que tienen derecho a desarrollarse y preservarse en el país en que se encuentren sin que sean originarios de este”²³, como el caso del pueblo romaní o gitano, que ejemplificaremos más adelante.

Por su parte VILLORO, considera que la existencia de un Estado pluricultural debe garantizar, “... al lado del derecho a la igualdad, el derecho a la diferencia; igualdad de derecho en todos los individuos y comunidades a elegir y realizar su plan de vida que puede ser diferente de todos ellos”, llegando a afirmar que este es un presupuesto esencial de la convivencia y del respeto por un orden central, de tal forma que este es considerado como “el supuesto real de una verdadera tolerancia”²⁴.

Ahora bien, desde una visión más holística de la concepción justicia, es importante destacar que históricamente ha actuado como un concepto colonizador para los pueblos originarios, ya que la justicia ha operado como un concepto impuesto, esto en semejanza de concepciones como el bien y el mal, el cielo y el infierno, cuando a pesar de que la concepción justicia es básica dentro de los sistemas sociales, culturales, jurídicos, etc. Debemos considerar que es diferente en los pueblos originarios.

La justicia y la espiritualidad en los pueblos originarios se articulan de tal forma que fundamentan el diario vivir de los mismos. La mayoría de las veces las formas de justicia, tanto su concepción como su forma de aplicación es diversa al igual que la espiritualidad, se superponen ya que, ordenan/gobiernan el mundo de los vivos y los mundos espirituales. Así mismo, la justicia es muestra de la reivindicación de

22 DE SOUSA SANTOS. *Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia*, cit.

23 ANTONIO MUÑOZ SEDANO. *Enfoques y modelos de educación multicultural e intercultural*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

24 LUIS VILLORO. “Del Estado homogéneo al Estado plural (el aspecto político: la crisis del estado-nación)”, en *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, UNAM y Paidós, 1998.

luchas históricas que durante siglos los pueblos indígenas han dado en contra del poder colonizador. La naturaleza organizativa de las naciones indígenas que se da a través de la Ley de Origen, Derecho Mayor y Derecho Propio ha comprobado que los pueblos indígenas no buscan la toma del poder sino el “buen vivir” de sus comunidades; esas formas de resistencia que se evidencia en la fuerza colectiva nos abren el camino para pensar en lo que es justo y de porque son justas las diferentes formas de impartir la justicia desde los pueblos indígenas hacia sus comunidades.

En este sentido, cuando logramos entender la relación fundamental entre la justicia y la espiritualidad desde la visión única de cada pueblo con el concepto de resistencia para los pueblos, comenzamos el camino hacia la autonomía. Este punto es importante porque es acá donde todas las autoridades, tanto tradicionales, espirituales de justicia, etc., entran en sincronía, todo esto, se obtiene de las experiencias y de las resistencias ancestrales que han logrado que los pueblos indígenas pervivan a pesar de la pobreza, los ataques, las heridas abiertas del conflicto social y cultural que han tenido que vivir desde la colonia.

Por lo cual debemos entender las formas de vida y la espiritualidad de cada pueblo, ya que son la base que fundamenta las estructuras de sus diferentes sistemas jurídicos; su pensamiento, su forma de gobierno propio, esto es finalmente el sentido de impartir las justicias propias.

Mientras en el pensamiento Occidental y a través de su ordenamiento jurídico se han establecido justicias como las correctiva y distributiva, el pensamiento de los pueblos indígenas ofrece otra clase de justicia; las justicias propias se encaminan de dos formas: desde lo espiritual y desde la restauración. Por un lado, lograr armonizar lo espiritual de la o las personas que cometan una acción contraria al orden establecido desde las leyes propias y lo restaurativo que se enfoca en resarcir el daño hecho tanto físico como material. En este “ordenamiento jurídico” al igual que en Occidente, encontramos unos principios y reglas generales que van a orientar las formas jurídicas de los pueblos; que son, la Ley de Origen, el Derecho Mayor y su Derecho Propio, esto nos lleva a reflexionar a partir de las leyes naturales mandatadas para cada nación originaria como normas

que se encaminan a orientar la armonización concreta del ser en sí mismo. Diferente de las “razones para juicios concretos de deber ser”²⁵.

Ahora bien, dentro de aquellos que ejercen justicia al interior de los pueblos, de manera generalizada ya que cada pueblo cuenta con unas características únicas, encontramos autoridades tradicionales, algunos ejemplos de ellas son los médicos tradicionales, las asambleas, las capitanías, los taitas, los sabedores y sabedoras, los tewalas, los mamos; entre estas diferentes figuras encontramos entonces, que entre las personas que ejercen la justicia propia están aquellos que castigan, los que dan remedio, los que dan consejo, aquellos que reparan el alma. Por ejemplo, los tewalas remedian y armonizan, es claro que estas dinámicas cambian dependiendo la cultura de cada pueblo, que para el caso de Colombia son 115; es decir, 115 formas de ver la justicia en los territorios.

Hablamos de una integralidad de la justicia propia, donde a través del tiempo los componentes de la integralidad cultural se va manifestando en palabra y a su vez la palabra se convierte en fuente de justicia; es en el consejo que se pide a la naturaleza, que no es otra cosa que el entorno vital donde conviven los pueblos indígenas y a través del remedio o pensamientos, tanto buenos como malos, direccionados por el sabedor espiritual que se logra armonizar lo espiritual y lo físico.

Dicho entorno vital, es a la vez un territorio en el cual existen dos sistemas jurisdiccionales que atraviesan todas las formas organizativas tanto de Occidente como las indígenas; es en este punto, donde encontramos lo intercultural para expresar el respeto y la coordinación que deben tener estas formas de justicia (justicia especial indígena y justicia ordinaria) y en ese sentido es importante desde el interculturalismo dinámico dilucidar que el impacto o el cambio que se da en el sistema, lo afecta de manera integral; no para descomponer, sino para generar los ajustes pertinentes al mismo. Es por eso que la justicia especial indígena entiende que, desde esa legitimidad espiritual, las diversas formas de resistencias y desde la cosmovisión de justicia entendiéndola desde la ancestralidad, derechos constitucionales independencia jurídica y judicial y autonomía, son valores que son primordiales para llegar a esa coordinación con el sistema nacional judicial.

Por otra parte, cuando se habla de interjurisdiccionalidad, se hace referencia a las relaciones que tienen los entes estatales y la forma de organización y distribución de sus competencias. Algunos autores como SCHARPF²⁶, PETERS y PIERRE²⁷, STOKER²⁸, HEINELT *et. al.*²⁹, BACHE y FLINDERS³⁰ y WALTERS³¹, se refieren al concepto de *red de política*, como una forma de interacción entre entes estatales, subdividida en tres niveles o tipos de interacción, siendo las dos primeras las efectuadas entre entes estatales del mismo nivel y entre estas y otras de diferente nivel, es así como surge el término *coordinación interjurisdiccional*.

Cuando un tribunal recibe criterios jurisprudenciales de otra autoridad judicial y decide analizarlos, para posteriormente aplicarlos de manera razonada a la resolución de un caso, es cuando se habla de diálogo interjurisdiccional, puesto que la citación o simple referencia de un precepto ajeno, no implica su aceptación y aplicación³².

De manera que en palabras de CARLOS AYALA CORAO³³, existe un diálogo interjurisdiccional cuando quiera que el tribunal receptor efectúa una confrontación entre sus propios antecedentes jurisprudenciales, y los recibidos por parte de otra autoridad judicial, y a través de un proceso argumentativo da aplicación a estos nuevos criterios.

-
- 26 FRITZ WILHELM SCHARPF. *The joint-decision trap: lessons from german federalism and european integration*, Berlín, Wissenschaftszentrum Berlin, 1988, p. 66.
- 27 GUY B. PETERS, y JOHN PIERRE. "Governance without government? Rethinking public Administration", *Journal of Public Administration Research Theory*, vol. 8, n.º 2, 1998, pp. 223 a 243.
- 28 GERRY STOKER. "Governance as theory: five propositions", *International Social Science Journal*, vol. 50, n.º 155, 1998, pp. 17 a 28.
- 29 HUBERT HEINELT, PANAGIOTIS GETIMIS, GRIGORIS KAFKALAS, RANDALL SMITH y ERIK SWYNGEDOUW. *Participatory governance in multi-level context: concepts and experience*, Opladen, Leske + Budrich, 2002.
- 30 IAN BACHE y MATTHEW FLINDERS. *Multi-level governance*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- 31 WILLIAM WALTERS. "Some critical notes on 'governance'", *Studies in Political Economy*, vol. 73, n.º 1, 2004, pp. 27 a 46.
- 32 JORGE ALEJANDRO AMAYA. "El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales", *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 12, n.º 14, 2014, pp. 55 a 72, disponible en [<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/616>].
- 33 CARLOS AYALA CORAO. *Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, Caracas, Paraninfo del Palacio de las Academias, 8 de marzo de 2012.

Por su parte ANDREA MENSA³⁴, define el *diálogo interjurisdiccional* como el “escenario donde al menos existen dos interlocutores, en una situación de paridad, donde intercambian ideas, opiniones y demás saberes”. De manera que, bajo esta definición, no podría entenderse como diálogo interjurisdiccional a cualquier interacción efectuada entre entes o entidades públicas de cualquier nivel, ya que para que esto sea entendido como tal, debe existir una relación de paridad o equidad entre los sujetos de dicha interacción, lo cual no se observa a cabalidad en el contexto de la jurisdicción especial indígena y las autoridades nacionales.

Sin embargo, vale la pena señalar que el camino hacia la equidad entre los sistemas jurisdiccionales indígenas y no indígenas ha tenido un desarrollo significativo en las últimas décadas en términos de su relacionamiento; que, aunque no ha tenido la efectividad esperada, se han logrado importantes avances para la coordinación efectiva entre los mismos. Con el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena por parte del Estado colombiano, se está admitiendo la autonomía real y jurídica que tienen los pueblos indígenas respecto del sistema jurídico nacional; que a través de características como: formación jurídica propia, formación política propia, un sistema cultural, entre otros, reitera la existencia de los demás sistemas jurídicos indígenas en el país configurados y orientados por principios de espiritualidad, autonomía, justicia y resistencia, entre otros.

En este sentido y atendiendo al pluralismo jurídico y la interculturalidad:

Se debe partir entonces del Bloque Intercultural Jurídico – BIJ– entendido como un conjunto de normas legislativas³⁵,

34 ANDREA MENSA GONZÁLEZ. “La relación de la Corte IDH con los tribunales constitucionales y cortes supremas: actualidad latinoamericana”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 9, n.º 1, 2016, pp. 202 a 224.

35 ROSEMBERT ARIZA. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia*, 2010, p. 95, señala en cita de ZAGREBELSKY: “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios [...] por ello distinguir los principios de las reglas, signifi-

que permite una doble entrada para determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena, el autorreconocimiento de los indígenas, y en segundo lugar la potestad de los pueblos de impartir justicia; con ello se brinda una integralidad básica para no quebrar el ordenamiento: respeto y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y respeto y protección de los derechos individuales de las personas indígenas. Con ello, la gente indígena puede acceder a la jurisdicción con tranquilidad con el fin de obtener pronta, específica y cumplida justicia. El fundamento se halla en la necesidad de los pueblos indígenas de que ese derecho no sea vulnerado, y del sistema de que no se paralice el servicio de justicia, por lo que la protección de la jurisdicción indígena protege el interés general de la estabilidad del sistema jurídico, para no generar incertidumbres que desdibujen los mecanismos institucionales legítimos de administración de justicia. Por ser la seguridad jurídica uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza, no puede quebrantarse ese principio, pues ella asegura la existencia de la sociedad pluriétnica y la paz interior intercultural. El B1J contempla los tratados internacionales, la Constitución vigente, la legislación nacional e indígena y por supuesto la ley de origen³⁶.

En este entendido, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado:

En una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige al máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya

ca a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley" (GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Taurus, 1999, pp. 109 y 110).

36 ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 95.

lo expuso la sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura³⁷.

II. EL NECESARIO DIÁLOGO ENTRE LAS CIENCIAS SOCIALES Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO RÉPLICA PARA LA INTERCULTURALIDAD Y LA INTERLEGALIDAD

Es fácil olvidar que incluso en una visión Occidental del derecho y la justicia, como la que se aplica en Colombia, que existen otras formas de derecho y justicia tan o más extendidas, si bien Colombia hace parte de las tradiciones del derecho continental, un grupo grande de países pertenecen a este, no deja de ser cierto que lleva un proceso de transformación con una fuerte tendencia hacia la tradición del derecho anglosajón y en particular el anglo-americano; así mismo, en el mundo se encuentran en total vigencia sistemas jurídicos que parte de tradiciones diferentes a las nuestras, como lo son las tradiciones del derecho nórdico y el derecho socialista u ordenamientos jurídicos como la Halajá o derecho judío, la sharía y el fiqh o derecho islámico y el derecho canónico.

Existen sistemas completos de derecho y concepción diferentes de justicia, entre las cuales se desarrollan a diario relaciones no solo entre particulares sino entre Estados, de manera que el llamado por procesos de pluralismo jurídico e interculturalidad en Colombia, con grupos que han sufrido un particular flagelo en la historia de este país, no es una mera bagatela.

Un ejemplo de esto lo encontramos en concepciones llamadas a ser universales como los derechos humanos, con una vocación formal de ser “derechos que se exige no sean limitados ni en casos excepcionales, son derechos privilegiados porque no vienen puestos en concurrencia con otros derechos también fundamentales”³⁸ o “derechos universales que poseen validez moral lo cual significa que pueden ser justificados

37 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>].

38 NORBERTO BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, ALFONSO RUIZ MIGUEL (trad.), Madrid, Debate, 1990, pp. 54 a 58.

frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional”³⁹, en la realidad y en una perspectiva histórica por ejemplo “en el periodo de posguerra, no es difícil concluir que las políticas al respecto han estado claramente al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos”⁴⁰, con lo cual lejos de cumplir esa vocación formal, tan solo se presentan como otro mecanismo de propaganda e imposición de un modelo cultural occidental, esto claro respecto al modelo propuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, toda vez que se pueden considerar “cuatro regímenes de derechos humanos en el mundo: el europeo, el interamericano, el africano y el régimen asiático”⁴¹, los cuales presentan amplias diferencias.

En este contexto, surgen concepciones como la de interculturalidad, la cual para TOVAR parte “de una premisa fundamental: el respeto por la diferencia de manifestaciones y prácticas culturales, sociales y espirituales que difieren o no coinciden con aquellas reconocidas o validadas por la sociedad dominante o demográficamente mayoritaria como la occidental”⁴²; por su parte DE SOUSA SANTOS señala que el reconocimiento de la interculturalidad en el marco de Estados pluriculturales y con diversidad étnica, no se agota con la promulgación de preceptos normativos que den un reconocimiento formal de estas culturas, sino que debe efectuarse lo que el autor afirma como la celebración “de la diversidad cultural y el enriquecimiento recíproco entre las varias culturas en presencia”⁴³.

-
- 39 ROBERT ALEXY. *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, MARÍA CECILIA AÑÑOS MEZA (trad.), Bogotá, Derechos y Libertades, 1998, p. 26.
- 40 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, BERTA HERNÁNDEZ TRUYO (ed.), Nueva York, New York University Press, 2002, p. 67.
- 41 *Ibíd.*, p. 66.
- 42 TERESA TOVAR. “Debate y modelo de educación inclusiva”, en ELIZABETH SALMÓN y RENATA BREGAGLIO. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>], p. 121.
- 43 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, Ediciones Abya-Yala, 2012.

Según WALSH la *interculturalidad* hace referencia a un concepto en construcción, ya que contrario a la multiculturalidad y pluriculturalidad, se dirige a un grado “más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proceso y proyecto social político dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas”, de manera que la autora se refiere, “no solo a las condiciones económicas, sino también a ellas que tienen que ver con la cosmología de la vida en general, incluyendo los conocimientos y saberes, la memoria ancestral, y la relación con la madre naturaleza y la espiritualidad, entre otras”⁴⁴; esta concepción de WALSH, es retomada de manera más precisa en la parte final de este texto, en el cual se plantea hacia dónde ir desde el pluralismo jurídico.

Es este sentido, a falta de una ley de coordinación entre los sistemas de justicia en Colombia, el proceder intercultural es a nuestro entender como derecho constitucional aplicado; en el entendido que este proceso se orienta a la garantía de derechos fundamentales de suma importancia (en términos jerárquicos) como por ejemplo la protección de la diversidad étnica y cultural. Facilitar el trabajo intercultural es fundamental, tanto para la justicia indígena como para la justicia ordinaria, para gestar nuevas dinámicas que permitan a los operadores de la justicia sensibilizarse y multiplicar acciones que contribuyan al intercambio de saberes y formas propias de las justicias de los pueblos indígenas; es a través de espacios educativos que se abren nuevas formas de sensibilización encaminados a esa coordinación de sistemas (JEI-JO).

La implementación de un trabajo así, es fundamental para fortalecer y sostener esa coordinación jurisdiccional, entendido como un proceso orgánico que permite garantizar avances en la jurisdicción especial indígena, y a la vez, amplía la seguridad jurídica del sistema judicial nacional. La promoción del enfoque intercultural contribuye en el deber ser que tienen los funcionarios de la rama judicial con las comunidades y con los pueblos indígenas en la promoción de la diversidad cultural.

44 CATHERINE WALSH. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa*, n.º 9, 2008, pp. 131 a 152, disponible en [<https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/tabularasa/article/view/1498>].

Nosotros como organización nos asiste la responsabilidad de cómo hacer llegar a los lugares más difíciles de nuestras comunidades, nos hemos puesto una meta, es el norte político, es la única bandera en la camisa que tiene puesta la Organización Nacional, de cómo llegar a convencer, a educar, toda la sociedad que conforma el Estado colombiano. Desde este ángulo, desde la mirada de las dos cosmovisiones yo creo que entramos a la realidad, yo creo que llegamos al momento preciso, con las miles y miles de problemáticas que atraviesa nuestro país, nosotros estamos queriendo y haciendo un ejercicio, construyendo una realidad, el país que soñamos, el futuro de Colombia y el futuro de nuestras organizaciones (líder indígena)⁴⁵.

Converger desde en estas visiones de mundos ayuda a un entendimiento más profundo de las dinámicas propias de los pueblos indígenas en relación con el sistema jurídico nacional.

La justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena es un capítulo más dentro de la historia del Estado colombiano. Y de esta manera, de socializar en nuestras instituciones, en nuestras comunidades de base, sucede esta reflexión. Yo creo que más de uno lo ha dicho y ha quedado sobre la mesa: las voluntades de las partes y claramente la voluntad política de las juezas, de los jueces, de los magistrados de cómo avanzar este episodio y por tanto todo, cada espíritu del ser humano es protagonista de esta historia (representante indígena)⁴⁶.

Por otra parte, cuando nos referimos a interlegalidad, en el contexto de análisis de los pueblos originarios, el término ha sido utilizado como una forma de referirse a la justicia indígena, como un régimen jurídico híbrido y mixto, ya que “no se construye de manera separada del sistema jurídico estatal, sino que toma de estas piezas (leyes, derechos fundamentales), argumentos y actores (policías, jueces de paz, tenientes gobernadores); y, [...] puede recurrir a distintas formas

45 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. *Módulo de capacitación intercultural indígena*, cit., p. 15.

46 *Ibíd.*, 16.

de justicia (indígena o estatal)”⁴⁷. En este punto es clave destacar que, dentro de los sistemas jurídicos indígenas, existen subsistemas que dan cuenta de lo anterior. Es decir, que para poder explicar la relación entre la justicia propia y la justicia ordinaria, así como la apropiación cultural de algunas características impuestas desde la visión Occidental encontramos al Derecho Propio, como un subsistema que emerge históricamente de las relaciones interculturales (por lo general de formas violentas) para dar cuenta de las distintas formas de articulación de los sistemas indígenas y no indígenas y de cómo resignificar elementos Occidentales y traerlos a las dinámicas de justicias propias de cada pueblo, buscando una integralidad de la justicia en sí misma.

Al respecto, autores como HOEKEMA⁴⁸ han efectuado una reseña de cómo en Colombia se ha hecho una apropiación del término, para establecer una relación más allá de la simple asimilación de elementos del derecho de la sociedad mayoritaria, es así como el autor describe como elemento esencial de la interlegalidad, la apropiación de conceptos e instituciones, y su posterior transformación y adaptación al contexto indígena; como ejemplos cita el *cabildo* y en el caso de Perú, los *jueces de paz*.

También el término en el ámbito de las investigaciones antropológicas hace referencia al proceso de creación de una “amalgama” de ordenamientos, en el sentido de indicar que el proceso de creación y asentamiento de los ordenamientos jurídicos indígenas fue resultado de la influencia del orden jurídico estatal de las comunidades o sociedades mayoritarias⁴⁹.

Así que de la misma manera que se da la coexistencia de procesos macro entre estos sistemas de derecho y justicia propia, es posible abogar por la coexistencia de justicias entre la justicia ordinaria –yo– y

47 EMMANUELLE PICCOLI. “Justicia local mixta en Cajamarca (Perú): análisis etnológico de un pluralismo práctico”, *CUHSO Cultura-Hombre-Sociedad*, vol. 24, n.º 1, 2014, pp. 55 a 79, disponible en [<https://cuhso.uct.cl/index.php/cuhso/article/view/705>].

48 ANDRÉ J. HOEKEMA. “Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal”, *Foro Jurídico*, n.º 12, 2013, pp. 174 a 179, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13812>].

49 MERCEDES NOSTAS ARDAYA y CARMEN ELENA SANABRIA SALMÓN. *Detrás del cristal con que se mira: órdenes normativos e interlegalidad. Mujeres quechuas, aymaras, sirionó, trinitarias, chimane, chiquitanas y ayoreas*, La Paz, Edit. Coordinadora de la Mujer, 2009, disponible en [<https://www.bivica.org/files/derechos-mujeres-indigenas.pdf>].

otras formas de justicia, como lo es la justicia especial indígena -JEI-, esto es reconocer que “los pueblos no son apenas individuos que tienen derechos consagrados en el derecho ordinario. Son comunidades que, en cuanto sujetos colectivos de derecho, tienen un sistema de derecho propio”⁵⁰.

Algunas de las herramientas que permiten llevar a cabo este proceso, se encuentran en la antropología, entre los aportes que realizó al estudio del derecho, existe una sub-área de la antropología denominada antropología jurídica, de principal interés en Latinoamérica, ligada a los procesos de reivindicación de minorías, puede ser entendida como:

Un replanteamiento de la antropología social centrado en estudiar los fenómenos sociales cuando están más estrechamente relacionados con problemas de justicia, obligaciones, derechos, sentimientos y razones que en cierta manera denotan y connotan el ámbito o la cultura de lo jurídico⁵¹.

La antropología jurídica, más que ser una especialidad misma de la antropología, debe ser entendida como una estrategia más para abordar el objeto de estudio, como otras estrategias nacidas por el diálogo entre la antropología y otras disciplinas, esta sub-área emerge de la necesidad de un diálogo con el derecho, nacido del auge de problemáticas como son los “derechos de los pueblos indígenas, derechos consuetudinarios, formas de entender la justicia, conflictos e identidades diversas, conflictos interétnicos, los nacionalismos y las naciones”⁵², su importancia radica en el aporte de “herramientas teóricas, conceptuales y metodológicas para explicar el significado e importancia del territorio para los pueblos indígenas”⁵³.

50 DE SOUSA SANTOS. *Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia*, cit., p. 8.

51 GABRIELA DALLA CORTE CABALLERO. “Realismo, antropología jurídica y derecho. Entrevista a Ignasi Terradas i Saborit”, *Prohistoria: historia, políticas de la historia*, n.º 5, 2001, p. 16.

52 *Ibid.*, p. 17.

53 MILKA CASTRO LUCIC. *Los puentes entre la antropología y el derecho. Orientaciones desde la antropología jurídica*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2014, p. 49.

Una de las principales usuarias de estas herramientas, es la Corte Constitucional de Colombia, con el uso del peritaje antropológico, mediante el cual un experto, un perito, en la rendición de un informe, busca entregar a los jueces los elementos necesarios para realizar la valoración adecuada de una prueba, misma prueba de la cual ellos son evaluadores pero al ser externos al ámbito de valores, cultura, sistemas, símbolos en los que se recogió esa prueba podrían realizar una valoración errada sin la guía un experto, acciones como las siguientes son realizadas por pueblos indígenas, y evaluarlas sin un contexto adecuado poco aportaría a un debate jurídico:

Dejar a niños u'wa gemelos en un hormiguero para que la madre naturaleza –una deidad– los recoja, asesinar un hombre nasa a otro porque es brujo, organizarse para tomar tierras más allá del resguardo, sacar los nukak makú a los niños huérfanos o con defectos físicos de los territorios donde habitan sus clanes y bandas tribales, tener bajo reclusión reservada a un joven ladrón nasa, no heredar los hijos biológicos de un padre wayuu⁵⁴.

Estas acciones corresponden a lógicas que podrían requerir una contextualización para observadores que evalúan desde una visión Occidental, sin embargo, esta necesidad existe en sentido contrario, puede ser necesario explicar a un miembro de una comunidad indígena, las consideraciones culturales que llevaron a tener en cuenta por las autoridades nacionales, por ejemplo, que tan solo se imponga el pago de una multa a quien “sustraiga el cadáver de una persona o sus restos o ejecute sobre ellos acto de irrespeto”⁵⁵, existe una concepción de terminación de la vida con el fallecimiento y que el cuerpo humano pasa a ser considerado un objeto, y se busca proteger “en primer término, la moral individual y comunitaria [...] y, en segundo lugar, la salubridad pública”⁵⁶, lo cual puede ser contraintuitivo para una comunidad en

54 ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *El peritaje antropológico*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010.

55 Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097 de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>], artículo 204.

56 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-162 de 24 de marzo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-162-94.htm>].

la cual los límites de la vida y la concepción del cuerpo humano sean diferentes.

La falta de atención a estas dinámicas conlleva procesos de reivindicaciones por parte de grupos indígenas como los Misak en el Cauca, donde los grupos indígenas forman el “25% de la población”⁵⁷, los cuales se encuentran latentes actualmente, y logran desenlaces que llevan a reconsiderar símbolos que en otro tiempo se daban por permanentes en el territorio, como lo son las estatuas de próceres patrios o conquistadores coloniales, que de antaño se encuentran en plazas y puntos neurálgicos del territorio,

el 16 de septiembre de 2020, ante más de 4.000 representantes de diferentes etnias del departamento, miembros de la comunidad indígena Misak del Cauca derribaron la estatua del conquistador BELALCÁZAR ubicada en el Morro de Tulcán de Popayán, su capital⁵⁸.

Esto debido a que la ubicación de la estatua correspondía a su vez a la de un cementerio indígena y lugar sagrado para esta comunidad; a partir de este hecho, y de una primera acción de índole penal por parte de las autoridades del departamento, se logró llegar a un acuerdo entre la comunidad y las autoridades nacionales, en el cual el Morro de Tulcán, pasa a ser administrado por Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-, y en el cual la estatua del conquistador no regresara al Morro.

También encontramos herramientas de este tipo en la sociología, y su vertiente en sociología jurídica, esta se ha nutrido de la antropología jurídica, donde la mirada a lo cultural, a aquellas cosmovisiones y prácticas heredadas, se enlazan en la interacción con lo social, en el aquí y en el ahora; esta vertiente de la sociología se ha enfocado en el estudio de las interacciones entre sociedad y derecho; por mucho tiempo el estudio del derecho se enfocó en sí mismo, en la consideración del derecho como ciencia y la hermenéutica jurídica como su herramienta, siendo indiferente con las problemáticas sociales; ilus-

57 LILIANA MATOS ZAIDIZA. “Los indígenas misak y el derecho ancestral territorial a la memoria histórica”, *Periódico UNAL*, 29 de septiembre de 2020, disponible en [<https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/los-indigenas-misak-y-el-derecho-ancestral-territorial-a-la-memoria-historica/>].

58 Ídem.

tran esto, sustentos como el normativista de la corriente positivista en Kelsen⁵⁹, en el cual el estudio del derecho se realiza de manera autosuficiente y autorreferencial, a su vez esta lógica para Bourdieu, corresponde al manejo que dan los juristas al capital jurídico que poseen, este “toma la forma de capital simbólico en muchas ocasiones [...] cuando una forma de capital se reconoce mediante categorías de percepción que reconocen su lógica específica o, si se prefiere, como el desconocimiento de su arbitrariedad en su posesión o acumulación”⁶⁰, en este sentido, en especial lo referente al desconocimiento de los otros de la arbitrariedad que puede existir dentro del derecho.

Ya que se crea un espacio jurídico, una frontera entre aquellos que están preparados para entrar en el juego y aquellos que, cuando se encuentran arrojados dentro de él, quedan de hecho excluidos, culpables de no poder operar la conversión de todo el espacio mental –y en particular de toda la posición lingüística– que supone la entrada en este espacio social⁶¹.

De manera que las interacciones entre derecho y sociología, con la inclusión de la problemática social en lo jurídico, funge como una herramienta en la disminución de la arbitrariedad dentro del derecho, con estudios socio-jurídicos como los de pluralismo jurídico y multiculturalismo, es en este sentido que la sociología jurídica, de manera similar a la antropología jurídica, dota de herramientas y metodológicas al derecho para adentrarse en la problemática social.

III. EFICACIA SIMBÓLICA DE LAS DECISIONES JUDICIALES –ESDJ– Y SU SISTEMA DE VALORES FRENTE A LAS PRÁCTICAS DE LAS JUSTICIAS PROPIAS

La falta de una concepción estandarizada de pluralismo jurídico, no es un impedimento para que sea un llamado a entender las dinámicas

59 HANS Kelsen. *Teoría pura del derecho*, ROBERTO J. VERNENCO (trad.), México, Universidad Nación Autónoma de México, 1982.

60 PIERRE BOURDIEU y GUNTHER TEUBNER. *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 191.

61 *Ibid.*, p. 181.

a las cuales se encuentran dichas personas vinculadas a comunidades específicas, similar situación podemos encontrar respecto al análisis de la eficacia simbólica de las decisiones judiciales; como punto de partida, la eficacia simbólica del derecho aparece en el espectro doctrinal jurídico en Colombia de manera concreta desde el desarrollo de la teoría de MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, quien se adentra en las implicaciones sociales de los efectos simbólicos y su función partiendo de LEVI-STRAUSS y de ROBERT K. MERTON, en las obras *El hechicero y su magia* y *Teoría de las estructuras sociales*, señalando que rituales como el de la lluvia o el de la fertilidad indígena, tienden a tener unas implicaciones fuera de su espectro psicomágico a partir de establecerse como herramientas de cohesión social con el fin de evidenciar que la fuerza simbólica, es algo inherente al derecho dado que toda organización normativa requiere una imposición simbólica del poder. Cada pueblo indígena tiene pilares culturales, los cuales generalmente resultan ser principios rectores en la vida de la persona y posteriormente se traslada a la vida comunitaria indígena. Y así seguirá el ejercicio o la réplica de las prácticas culturales garantizando la permanencia de la nación indígena.

Así pues, para GÓMEZ⁶² es imperante reconocer que todo ejercicio jurídico lleva implícito una dinámica con cierta violencia simbólica representada en el ejercicio de poder que produce en la sociedad efectos simbólicos, esto a menudo valiéndose de las formas propias del lenguaje jurídico, dado que los enunciados del derecho crean unas implicaciones distintas a las de las voluntades individuales dotando las normas de una autoridad y unas implicaciones directas a los imaginarios. Esto implica que la forma simbólica del derecho está atravesada por el lenguaje y el poder, en este orden, la eficacia de las normas jurídicas se encuentra determinada por la forma en cómo reaccionan con el entorno social que regulan y su capacidad de orientar material y simbólicamente ese nicho.

En este orden de ideas, la fuerza social del derecho se encuentra determinada por la capacidad de regular los grupos sociales desde la cohesión material y simbólica, alterando las lógicas de los comportamientos sociales desde el desarrollo normativo, que deriva de un

62 JUAN PABLO GÓMEZ RAMÍREZ. "Eficacia simbólica del corpus legal del consumo de SPA en una población de la localidad de Barrios Unidos, Bogotá" (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2016, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/58110>].

sistema de validación resultante del ejercicio de poder o de un proceso identitario entre los individuos y el contenido de la norma, alterando así las percepciones de los sujetos pasivos de la dinámica en sus procesos de legitimidad.

Es así como desde la doctrina, al existir un derecho, este goza de validez en el entendido que ha sido creado en consonancia con unas reglas y con unas pautas de corrección, empero en un Estado social de derecho como el nuestro, la creación normativa de origen jurisprudencial también es una constante en la que los jueces ejercen su rol bajo la potestad de la interpretación normativa que proporciona al legislador la misma Constitución Política de 1991 (arts. 150 y ss.). En consonancia, la protección y en especial la reivindicación de derechos como una pretensión de eficacia normativa, y de complementariedad al sistema constitucional, ha llevado a tensiones en lo concerniente a la validez jurídica y la interpretación, frente a la creación normativa producidas o reconocidas por vía jurisprudencial. Esto es el debate respecto a los derechos reconocidos a minorías por parte de los jueces.

Preguntarse por la decisión o interpretación correcta del derecho frente a un determinado caso, solo tiene sentido si se asume que el derecho tiene *per se* un contenido que no admite discusión –aplicable a los casos fáciles– y que sin embargo, el mismo no agota la solución a todos los casos jurídicos posibles, en tanto hay lugar a la discrecionalidad judicial en aquellos casos –difíciles– en los que la posibilidad de subsumir una norma en un determinado enunciado se presenta como vaga⁶³.

Por lo cual es necesario en este sentido asumir una posición frente al derecho próxima a la teoría de la vigilia⁶⁴ o sus derivados⁶⁵, puesto que tanto la postura de la pesadilla de acuerdo con la cual el derecho solo es tal cuando así lo han decidido los jueces, como la teoría del dulce sueño, según la cual el derecho es un sistema perfectamente coherente en cuyo interior se encuentran todas las respuestas, eliminan

63 LORENA RAMÍREZ LUDEÑA. “El desvelo de la pesadilla: el escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, n.º 11, 2012, pp. 87 a 116, disponible en [<https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2539>].

64 RICCARDO GUASTINI. “El escepticismo ante las reglas replanteado” *Discusiones*, n.º 11, 2012, pp. 27 a 57, disponible en [<https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2537>].

65 HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

por un lado la cuestión de si la interpretación judicial es realmente correcta y por el otro, la necesidad de procesos interpretativos más allá de la exegesis para la determinación de la solución a un determinado caso.

De allí que en la actualidad se considere que la pregunta por la decisión o la interpretación judicial correcta debería asumirse tal y como lo hace GUASTINI⁶⁶ a partir de la consideración de un abanico de potenciales soluciones correctas, o desde un escenario de soluciones jurídicamente plausibles. No obstante, dicho enfoque no soluciona la tensión derivada de la implementación del modelo de Estado social de derecho en el constitucionalismo moderno en relación a la función judicial y, por tanto, la pregunta por la posibilidad y la forma de alcanzar decisiones judiciales correctas en el marco de las condiciones impuestas por este modelo estatal preserva plena importancia.

En este sentido, se hace necesario resolver la cuestión de si los jueces crean o no derecho, con la finalidad de delimitar y abordar el problema planteado con anterioridad. El juez elabora reglas y reconoce derechos con la finalidad de materializar los fines constitucionales de protección a derechos, siendo estos eficientes en tanto los jueces, al elaborar derecho sustantivo, tienden a hacer que el mismo sea consistente. De allí que sea necesario determinar, por tanto, el criterio teórico de validez, en el cual se circunscribe la creación de estos derechos en concordancia con los dictados de la eficiencia sistémica y los paradigmas interpretativos que intervienen en su desarrollo, bien sea que se considere que los mismos son creados por los jueces o, simplemente reconocidos en desarrollo de los contenidos de la Constitución⁶⁷.

En el proceso por resolver estas cuestiones, uno de los enfoques con mayor desarrollo se encuentra en el estudio del lenguaje jurídico, una aproximación concordante con el desarrollo de las categorías de validez e interpretación en el estudio del lenguaje por parte de la lingüística y la lógica, la pregunta por la validez y cómo interpretar determinadas premisas es permanente en estas áreas, y si bien debemos notar que en el lenguaje jurídico como eje central en la simbología

66 GUASTINI. “El escepticismo ante las reglas replanteado” cit.

67 MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ. “Stare decisis y creación judicial de Derecho (constitucional). A propósito de ‘El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano’, de Ana Laura Magaloni Kerpel”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n.º 67, 2003, pp. 351 a 365, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25662redco67357.pdf>].

del derecho, este lenguaje ha estado determinado por los discursos políticos ya que implica una dinámica de poder en sí mismo, sin embargo, es necesario señalar que el sistema jurídico debe nutrirse de sus propias formas para evitar ser instrumentalizado como una mera herramienta discursiva⁶⁸.

GARCÍA VILLEGAS evidenció que esto implicaba un fenómeno de polisemia en el lenguaje jurídico, pero que estaba determinado por la movilidad e incertidumbre que revestía algunas palabras centrales en el discurso jurídico, tales como justicia o igualdad, ya que implican el análisis a los valores de las que se derivan y el sistema de validez social atribuible, sumado a una constante tensión entre estos en el ejercicio del poder. Por tanto, el equilibrio social en términos de GARCÍA VILLEGAS, reside en encontrar un balance en la tensión de valores, a menudo atravesados por un escenario social común toda vez que son valores de interés general; es aquí donde adquieren relevancia los tribunales constitucionales al ser fuente jurisprudencial de sub-reglas nutriendo el fenómeno polisémico del lenguaje jurídico.

Así las cosas, el lenguaje como herramienta para la representación de la realidad (tal como lo señalan los postulados de SAUSSURE, CHOMSKY, MORRIS y COSERIU) se enlaza con la política, donde se hace uso de los discursos valiéndose del carácter polisémico de los enunciados normativos y sociales para crear referentes simbólicos en los espacios de debate. Esto se traduce en que la incidencia social del derecho deriva de la facultad reguladora de los contenidos jurídicos o de la capacidad vinculadora de los símbolos que evoca, es decir que parte de la diferencia entre lo instrumental y lo simbólico del lenguaje; por un lado, la instrumentalización del lenguaje se da en virtud a la posibilidad de transformación de la realidad, mientras que lo simbólico se da mediante el lenguaje que busca la producción de significado modificando los fenómenos de comunicación e interpretación.

68 DAVID GERARDO LÓPEZ MARTÍNEZ,; DANIEL FELIPE GARAVITO RINCÓN, LESLIE DANIELA IBÁÑEZ, ZAMBRANO, EDUARDO JOSÉ ACUÑA GAMBA, CRISTIAN GABRIEL CÁRDENAS ANZOLA, FABIÁN LEONARDO NIÑO GRANADOS, PABLO JOSÉ ARIAS y NURY ALEJANDRA RICAURTE. “¿Reparar o sostener? Eficacia simbólica del derecho en la ley de víctimas”, *Escenarios Sociojurídicos*, edición 6, 2012, pp. 1 a 19, disponible en [<https://www.redsociojuridica.org/red/revista/reparar-o-sostener-eficacia-simbolica-del-derecho-en-la-ley-de-victimas/>].

En el caso del derecho, hablar de una función simbólica del derecho es:

Sostener que este incide en la realidad social con independencia y aun antes de la implementación de sus contenidos normativos; su fuerza reguladora arranca también de las representaciones que evoca la fuerza de sus formas⁶⁹.

Para GARCÍA VILLEGAS, las normas jurídicas como instrumentos prácticos dirigidos a la acción son el eje central de la eficacia instrumental en el derecho, por otra parte, las normas jurídicas implican símbolos dirigidos a la representación, lo que envuelve el poder del derecho como eficacia simbólica. La norma jurídica es entonces un lenguaje institucional sostenido en el ejercicio del poder de nominación y de delimitación de lo legal y de lo justo con implicaciones simbólicas.

Respecto a la polisemia, existe un mayor grado de movilidad e incertidumbre de las palabras, esta es mayor cuando se hace referencia a valores como la justicia o la igualdad, y menor cuando se definen objetos materiales, como casa o árbol, sin embargo, existen pocas dudas cuando se evalúa un solo valor a la vez, y una gran dificultad cuando se presentan dos o más valores en un análisis, el ejemplo por excelencia es la tensión existente entre la igualdad y la libertad, con los cuales sin importar que sean altamente valiosos, en la práctica su protección genera confrontaciones:

Un modelo de organización social que privilegie la libertad deberá enfrentar la desigualdad de sus individuos, viceversa, un modelo empeñado en lograr igualdad deberá restringir algo de libertad para lograrlo. Toda la tensión entre el liberalismo y el socialismo parte de esa dificultad para conciliar estos dos valores⁷⁰.

Lo simbólico es determinante ya que se encuentra vinculado al concepto de legitimidad y acatamiento del derecho, como lo expone GAR-

69 CRISTOPHER CORVALÁN RIVERA. "La función simbólica, la eficacia simbólica y el uso simbólico del derecho: delimitación conceptual y metodológica" (tesis de maestría), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19891>].

70 GARCÍA VILLEGAS. *La eficacia simbólica del derecho*, cit., p. 57.

CÍA VILLEGAS retomando a H.L.A. HART, quien explicaba las dinámicas de aceptación de normas como un proceso en el que los individuos suelen cooperar como acto voluntario al sostenimiento del entramado normativo. Visto así, el acto voluntario del sujeto puede derivar en una aceptación de las normas o un desdén por el cumplimiento de las mismas, lo que implica que la aceptación del derecho requiere tanto de la eficacia instrumental como de la eficacia simbólica para sostener el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esta eficacia en el concepto de la justicia como valor social requiere revisar el ejercicio judicial, así como la efectividad de las sentencias, en materia penal y criminal este ejercicio se puede dar a través de un estudio desagregado de cifras y condiciones penitenciarias que se traduzcan en una modificación sustancial de la conducta criminal, esto implica que en materia penal la eficacia instrumental es parte esencial en la posibilidad de establecer nuevos referentes simbólicos⁷¹.

En este escenario, la pluralidad jurídica logra evidenciar la ineficacia normativa en la materialización de los derechos, GARCÍA VILLEGAS ha señalado también que la ineficacia de las normas puede darse como un juego de tensiones en las que los enunciados normativos se crean intencionalmente bajo la pretensión de crear implicaciones simbólicas que no obedezcan a la realidad haciendo de la eficacia instrumental el único escenario reconocible y esperable de la institucionalidad estatal.

Por tanto, el derecho más allá de la norma puede estar cargado simbólicamente, lo cual conlleva a transmitir mensajes o acciones que se podrían enmarcar en lo político o en lo social, donde la eficacia simbólica del derecho precisamente reside en transmitir discursivamente un imaginario social en el que los valores cuentan con un sistema de preponderancia o jerarquización creando una escala de legitimidad social, por lo que la eficacia simbólica desde quienes la crean la norma puede comprenderse como premeditada, es decir como una estrategia deliberada.

La aplicación de una visión transversal de las condiciones, necesita comprender las condiciones concretas de cada contexto a la hora de establecer los criterios de eficacia, la transversalización permite que

71 JORGE IVÁN CUERVO RESTREPO. "Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa R. El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia. Bogotá, Dejusticia, 2014", *Revista Ópera*, n.º 15, 2014, pp. 149 a 151, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3968>].

el componente simbólico de la eficacia se evidencie, toda vez que se estructura una mayor discusión sobre los derechos y las condiciones que marcan el contexto de la realidad social y los individuos⁷².

Ahora bien, desde la cosmovisión de los pueblos indígenas, las creencias son parte esencial ya que en ellas nos encontramos, estamos, vivimos, etc. En este sentido, las creencias son una realidad tanto legítima, como cultural de las comunidades. Las creencias dan sentido y consciencia a los pueblos y se desarrollan a partir de prácticas rituales protegidas no solo por “derechos propios” sino también por el estado, como por ejemplo el derecho fundamental a la diversidad cultural; en suma, estas creencias se constituyen en las formas en la que operan sus justicias los pueblos indígenas.

Las creencias son formas de socialización del ser indígena (como todo ser humano), a través de actos comunes a todos de prácticas rituales, etc. Todo esto se refuerza también con las dinámicas tradicionales y ancestrales de las comunidades y estas creencias hacen parte profunda del pensamiento indígena y no son fáciles de controvertir, pero pueden transformarse en el tiempo.

De esta manera, vemos como la naturaleza se convierte en la base fundamental de las creencias de los pueblos originarios, entendiéndola como el todo que hace posible las actuaciones sociales de las comunidades. La naturaleza provee todo, alimento, salud, la vida misma está dada por la naturaleza, incluso poderes ancestrales y sagrados que proveen las montañas, los ríos, la selva..., todo esto se transforma en conocimiento y saberes propios. De la naturaleza se desprenden todas las creencias de los pueblos sobre el espacio que se habita, tanto físico como espiritual, es en ella donde todas las formas y prácticas de vida confluyen, el agua, la tierra, el aire, el fuego, la siembra, la enseñanza. Además de ser conocimiento, se tiene la creencia que también es ley (Ley de Origen). En esta relación, los pueblos y la naturaleza han encontrado sus formas simbólicas de identificarse y a través de estas se han desarrollado sus culturas.

72 MICHAEL CRUZ RODRÍGUEZ. “Múltiples derechos, la misma desprotección: la eficacia simbólica de los derechos de las mujeres indígenas desplazadas en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 14, n.º 2, 2012, pp. 289 a 326, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2118>].

... colores, plantas, olores que nos rodean con sus bellezas y virtudes que dejaron nuestros sabios antepasados y nosotros dejaremos nuestro conocimiento, cuando haya derecho y leyes de respeto que nos protejan. Nuestra madre naturaleza nos volverá a recoger [...] es la vida que nos rodea de conocimientos, pero tenemos restricciones que no van a favor de nosotros los que tenemos todo el derecho de poseerlos (testimonio indígena)⁷³.

Desde la eficacia simbólica del ritual indígena propiamente dicho, podríamos explicar el por qué las creencias funcionan. Por ejemplo, el taita, el curaca, el shamán, etc. A través de una serie de acciones, orienta una limpieza o armonización, fumando, tomando y cantando. Estas dinámicas son ritual y la eficacia simbólica es la sanación. Es la sanación efectiva por que funciona, es por eso que la gente ora y pide ayuda a los santos, por que en verdad creen en ellos. Esa es la eficacia simbólica de los rituales. Que van conectados con las creencias indígenas, con la naturaleza y a la vez con su Ley de Origen.

Dentro de los sistemas jurídicos indígenas también existe una eficacia simbólica en donde los pueblos indígenas se encuentran identificados comúnmente y que se explica en un todo, que al mismo tiempo se subdivide para exponer casos particulares, encontramos relatos y exposiciones que nos enseñan a identificar esas características propias de los pueblos frente al tema:

Bueno, hablamos del médico tradicional, en lengua lo llamamos *payé* o medico tradicional, en lengua se llama *marrili* [...] lo voy a escribir, de pronto no lo escriben bien [...] en curripaco. Estas palabritas tienen mucha significación, ¿qué quiere decir el *marrili*? hombre sabio. *Niapagaita* es el sabio cuando ya está rezando, *camicaite*, quiere decir, el hombre sabe más allá de lo que de pronto otros no saben. O sea, el que conoce más allá. O sea, son maestros de los maestros en otras palabras.

... Hay que diferenciar un poco médico tradicional, hay médico tradicional los que curan, hay médico tradicional guerrero. Así está dividido este [...] Hay buenos, hay malos *marrili* como cualquier médico científico u Occidental también ¿no? Y por ahí, que peligroso. Le raja a uno y después lo mata, igualmente otros, otro es el jefe del territorio ancestral, el que tiene la última palabra.

... El *marrili*, es persona de comisión que presta servicio para el territorio, se llama “control territorial por medio de sabiduría espiritual”, ¿por qué? Porque es control a todo lo que es territorio, control de enfermedades, también orienta a su pueblo, control de conflicto social que tiene que ver mucho lo que es, lo que es la parte negativa; entonces controla todos estos males, también controla interés étnica de las comunidades en general, conflictos entre familias, control jerárquico, los clanes control de, de relaciones con los otros grupos étnicos, todo entra ahí, ¿por qué? Porque los indígenas teníamos, el pueblo Curripaco⁷⁴.

En esta narrativa podemos encontrar tres elementos importantes que son las creencias, la eficacia simbólica y el sistema. Vemos como los tres se pueden explicar desde diferentes ámbitos; sin embargo, y desde esta diversidad en el pensamiento seguramente podríamos decir que el “sistema de valores” va en contra de la vida misma de las personas indígenas teniendo en cuenta que se basa en la venganza y suprime la vida. Por otro lado, están los actos shamánicos de los cuales es deducible cierto temor por sus prácticas. Todas estas condiciones suman al desarrollo de la eficacia simbólica ritual y ayudan para que se crea efectivamente que va a suceder, de la misma forma que pasa con el efecto placebo.

Los médicos tradicionales existen dentro de un sistema indígena organizado, que conoce de casos, castigos, penas, etc. De acuerdo a sus prácticas ancestrales que son definidas por la particularidad de cada pueblo indígena. Vemos entonces que la eficacia simbólica logra desarrollarse en un contexto específico, que, además, es reconocido por los pueblos a través de *prácticas ancestrales*.

El procedimiento administrativo-judicial que implica una sentencia es un gran articulado del aparato judicial, que a menudo no se materializa en una transformación condiciones de goce efectivo de otros derechos de los individuos, que tiene una eficacia simbólica del imaginario colectivo, pese al alto nivel de incumplimiento de tales fallos judiciales. Las providencias de jueces son una variable que afecta la eficacia simbólica de una política y/o norma en la medida en que exista una relación legal-formal que se traduzca en una observación de las condiciones sociales materiales que puedan ser ratificarse por medio de la sentencia judicial.

Ahora bien, la política criminal constituye un marco de conceptos e imágenes ideológicos que articulan los argumentos del derecho penal, estudiando las características políticas y sociológicas vigentes, lo que implica que la justicia, eficacia y utilidad de las medidas sustitutivas de las penas, es decir los subrogados penales, los cuales se pueden observar de manera más integral a partir de la política criminal; la cual a su vez puede ser entendida de una manera más clara, desde desarrollados como los de ROXIN, el cual agregó a la doctrina una amplia gama de categorías y desarrollo conceptual en torno a la imputación objetiva, la culpabilidad y la autoría determinando la necesidad de establecer los fines de las penas, lo que permitió pensarse el derecho penal desde sus implicaciones simbólicas mediante la legislación y la aplicación de penas.

En este escenario, la jurisdicción indígena dentro de la expresión del pluralismo jurídico enmarca la posibilidad de crear mecanismos de eficacia simbólica en el derecho ya que se enfrenta al escenario multijurisdiccional, donde los procesos identitarios y de cosmovisión tienen puntos de partida, lógicas distintas y población de destino diferenciadas, haciendo que los criterios típicos de lenguaje jurídico sean entendibles únicamente en la jurisdiccional que representa un sector predominante dentro de la convergencia jurisdiccional.

Uno de los principales problemas para la comprensión de la justicia indígena es que se hemos partido de los procesos que nos son familiares desde la jurisdicción ordinaria para observar los postulados de su jurisdicción, desconociendo que su justicia indígena está estrechamente ligada a la cos-

movisión integral de los pueblos ancestrales, lo que impide un diálogo efectivo entre jurisdicciones⁷⁵.

Así mismo, la JO debe comprender la desigualdad cultural de cada pueblo indígena ya que tienen dinámicas propias que rigen al interior de la comunidad y que son producto de las transiciones históricas. Esto implica la existencia de eficacia de las sentencias judiciales solo en los casos conocidos por la jurisdicción ordinaria, limitando la eficacia en la jurisdicción indígena a una instrumental en los momentos en los que en virtud a la competencia el ordenamiento jurídico ordinario puede dictar sentencia, desconociendo en muchas ocasiones sus tribunales indígenas y la figura de doble instancia.

Para recordar, la soberanía jurisdiccional se aplica territorialmente al espacio denominado como “resguardo” que comprende el área ocupada así como la cultura, la memoria histórica, el desarrollo de las costumbres y la organización productiva del pueblo ocupante, la decisión sobre la jurisdicción será entonces determinada por una evaluación de cada caso concreto. Cuando existe previsión normativa en el cabildo de una sanción al hecho cometido, las partes del conflicto comparten raíz ancestral y en los momentos en que, habiendo una víctima no perteneciente al resguardo, el agresor desconoce el carácter violento de la ofensa cometida.

Desde esta perspectiva, se puede evidenciar que el pluralismo jurídico permite la coexistencia de dos lenguajes jurídicos que funge dado la competencia cuyos subrogados cuentan con una eficacia simbólica dentro del articulado de creencias en cada una de las jurisdicciones. La polisemia de la que habla GARCÍA VILLEGAS adquiere un nivel mayor de complejidad que podrá resolverse solo en función a la competencia jurisdiccional, haciendo que la eficacia simbólica de las

75 MISAEL TIRADO ACERO, MARTHA LUCÍA BAHAMÓN JARA y XIMENA ANDREA CUJABANTE VILLAMIL. “Retos en el pluralismo colombiano: diálogos jurisdiccionales contra menores de edad en comunidades indígenas para la garantía de una protección especial”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO (dirs.). *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2020. En lo referente al Plan Decenal cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017-2027*, Bogotá, Minjusticia, 2017, disponible en [<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>], p. 462.

sentencias se conciba desde una lectura del lenguaje jurídico que se da mediante el diálogo jurisdiccional.

IV. ESDJ EN EL SISTEMA PENAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

El Sistema Penal Penitenciario y Carcelario -SPPYC- se encuentra en cabeza del Ministerio de Justicia y del Derecho, el cual cuenta con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, como una entidad adscrita para el cuidado y manejo de los centros de reclusión, regulada por la Ley 65 de 1993, emergen de este sistema la clasificación y ubicación de las condiciones materiales en las cuales se desarrollará el cumplimiento de una pena.

Las formas son variadas “pueden ser cárceles, penitenciarias, cárceles y penitenciarias especiales, reclusiones de mujeres, cárceles para miembros de la fuerza pública, colonias, casa-cárceles, establecimientos de rehabilitación y demás centros de reclusión...”⁷⁶. Sin embargo, la finalidad es idéntica, “el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad”⁷⁷, es decir la separación de un individuo de la sociedad y la puesta en pausa de su libertad.

Con tal que el SPPYC, es el depositario final o el encargado de materializar las decisiones de los jueces penales, esto partiendo del principio de legalidad, en el cual toda persona sujeta a las restricciones de este sistema, fue procesada con todas las formalidades de ley, por un motivo previamente definido y con un mandato escrito de una autoridad judicial; de manera que nos referimos a última etapa, la materialización de la pena, y nos referiremos a las condiciones concernientes a ella, dejando de lado lo relativo al juzgamiento.

Visibilizar el panorama del SPPYC y en lo particular de los centros de reclusión, es una tarea que pasa por describir las complejas condiciones de sostenimiento que afronta el sistema carcelario y las extendidas condiciones de violación de los derechos humanos.

76 Ley 65 de 19 de agosto de 1993, *Diario Oficial*, n.º 40.999 de 20 de agosto de 1993, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617070>], artículo 20.

77 *Ibid.*, artículo 1.º.

Ya “al comenzar la República -1830- los pocos centros de reclusión que existían estaban en condiciones precarias”⁷⁸; esta es una situación extendida hasta la actualidad, así mismo la situación de hacinamiento carcelario se encuentra evidenciado en la declaración de estado de cosas inconstitucional respecto al sistema penitenciario, a la fecha en tres ocasiones mediante sentencias de la Corte Constitucional: T-153 de 1998⁷⁹, T-388 de 2013⁸⁰ y T-762 de 2015⁸¹, debido a la violación generalizada y sistemática de los derechos de los reclusos.

En la cual, de los 132 establecimientos carcelarios a cargo del INPEC, existe capacidad para 80.900 personas, sin embargo, para marzo de 2021⁸², la cifra de hacinamiento en los centros de reclusión llega al 20,65%, es decir 16.706 adicionales a la capacidad de los centros, a pesar de encontrarse muy por encima del umbral de capacidad esta cifra es producto de las medidas tomadas para el control de la pandemia de Covid-19, con la promulgación del Decreto 546 de 2020⁸³, el cual impulso la sustitución de penas de prisión y medidas de aseguramiento por detenciones domiciliarias, ya que para inicios de 2020, las cifra ascendía al 55% con lo cual cerca de 43.000 personas se encontraban sobrepasando la capacidad carcelaria.

-
- 78 CECILIA MERCADO TORRES, GUSTAVO ADOLFO ARANGO GONZÁLEZ y SANDRA MYLENA SEGURA MEDINA. *De la antigua Dirección General de Prisiones al INPEC 1914-2014. Cien años de construcción de un sistema carcelario y penitenciario en Colombia*, Bogotá, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2014, disponible en [<https://www.inpec.gov.co/documents/20143/64716/RESE%C3%91A+HISTORICA+DOCUMENTAL+100+A%C3%91OS+PRISIONES.pdf/dd03098c-a95e-4f35-50cf-ac703a1573af>], p. 17.
- 79 Sentencia T-153 de 28 de abril de 1998, M. P: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>].
- 80 Sentencia T-388 de 28 de junio de 2013, M. P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>].
- 81 Sentencia T-762 de 16 de diciembre de 2015, M. P: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>].
- 82 CRISTIAN ACOSTA ARGOTE. “El hacinamiento en las cárceles colombianas es de 20% a marzo según datos del INPEC”, *Asuntos: Legales*, 2 de marzo de 2021, disponible en [<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-hacinamiento-en-las-carceles-colombianas-es-de-20-a-marzo-segun-cifras-del-inpec-3133024>].
- 83 Decreto 546 de 14 de abril de 2020, *Diario Oficial*, n.º 51.285 de 14 de abril de 2020, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039042>].

Ahora, esta disminución en el número de privados de la libertad en centros carcelarios no puede ser tomado a la ligera como un triunfo, debido a que hay menos hacinamiento principalmente porque,

de una parte, el número de capturas también se ha reducido y, de otra, porque este, dadas las restricciones para el ingreso de nuevos presos a los establecimientos de reclusión del país, ha aumentado significativamente en los centros de reclusión transitorios⁸⁴.

La situación de hacinamiento, va ligada y concuerda con la situación de los presos, en la cual “la incidencia de depresión en los internos de la cárcel La Modelo de Bogotá es del 24%, un porcentaje alarmante cuando se compara con el 3,2% de Colombia”⁸⁵, en esta centro carcelario “el 38% presenta síntomas de ansiedad”⁸⁶ síntoma que en la población masculina en Colombia tan solo corresponde a un 2,9%, así mismo, “en las cárceles se ve el estrés postraumático. En la prisión lo padece el 46% de los internos”⁸⁷.

La situación del SPPYC, es consecuencia directa de la política criminal, la cual, debido a los altos índices delictivos, ha sido siempre una parte fundamental de la agenda política, por encima de asuntos como la educación o el desarrollo, y lo ha sido de manera permanente en su historia reciente, sin embargo, lejos de convertirse en una herramienta fundamental en su lucha, política que ha sido desplazada a un lugar de inoperancia.

Es decir, las regulaciones del Estado respecto a la política criminal, no cuentan con eficacia instrumental, la evidencia de este fenómeno se encuentra en la inflación normativa que sufre el país en materia

84 MANUEL ITURRALDE, NICOLÁS SANTAMARÍA y JUAN PABLO URIBE. *El coronavirus en las cárceles colombianas*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2020, disponible en [<https://cesed.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/2021/03/Covid-en-carceles.pdf>].

85 CAROLINA LANCHEROS RUIZ. “Las cárceles en Colombia son fábricas de enfermos: U. de los Andes y U. de Harvard”, *El Espectador*, 9 de mayo de 2016, disponible en [<https://www.elspectador.com/salud/las-carceles-en-colombia-son-fabricas-de-enfermos-u-de-los-andes-y-u-de-harvard-article-631433/>].

86 Ídem.

87 Ídem.

penal, la cual lejos de constituirse en cambios y mejoras para el SPPYC, tan solo demuestran cumplir un propósito simbólico.

No puede ser considerada esta situación, un falla o desconocimiento de los encargados de la creación de las normas sobre la efectividad de las mismas, al contrario, es necesario evidenciar que el fracaso material de estas normas es un propósito implícito en ellas, debido a que su finalidad realmente corresponde a un ejercicio político y no penal, es el caso de la creación de nuevos tipos penales, de los cuales se ha visto plagado el campo penal en las últimas dos décadas, son altamente difundidas respuestas por parte de legisladores de elección popular respecto a hechos y crímenes de especial violencia y cubrimiento por parte de la prensa nacional y así mismo, su pronta respuesta respecto a la necesidad de legislar acerca de estos hechos de manera específica, apelando a la falsa falta de un tipo penal particular o a la necesidad de incrementar las penas ya existentes, como motivo de ocurrencia de estos crímenes.

Es decir, la promulgación de normas, se convierte en un instrumento de comunicación entre los electos y el electorado, y cumple un papel simbólico, con éxito en este sentido, respecto a la respuesta del Estado ante la ocurrencia de un crimen, sin embargo, sin fuerza en el aspecto instrumental, un ejemplo de esto lo encontramos en el Acto Legislativo 01 de 2020, el cual modificó el artículo 34 de la Constitución Política, y suprimió “la prohibición de la pena de prisión perpetua”, estableciéndose “la prisión perpetua revisable”, el primer artículo de este acto legislativo prescribe que:

De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua⁸⁸.

Este tipo de promulgaciones, que adolecen de eficacia instrumental, son un ejemplo de actos de eficacia simbólica denominados “actos performativos”,

88 Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2020, *Diario Oficial*, n.º 51.383 de 22 de julio de 2020, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30039613>], artículo 34.

esto es, normas que fueron creadas con el objeto de ser promulgadas, no con el objeto de ser aplicadas [...] fueron promulgadas con la intención de obtener los beneficios retóricos de la promulgación, y sin tener en cuenta los efectos jurídicos de su aplicación [...] dichas normas se agotan en su enunciado mismo, no van más allá del acto por medio del cual se ponen en conocimiento del público⁸⁹.

Esto debido a que un aumento en la duración de una pena, no ataca el principal problema de la criminalidad en Colombia, el alto índice de impunidad, el cual nos ha llevado a ser “el quinto lugar en América Latina en el Índice Global de Impunidad 2017, solo detrás de Venezuela, México, Perú y Brasil, y el octavo en el ámbito internacional de los 59 países que se pudieron medir”⁹⁰.

De manera que, mientras el enfoque de la política criminal del Estado pasa por ser una mera respuesta simbólica, existe una falta de promoción legislativa con fuerza instrumental que ataque los problemas de criminalidad en Colombia y las falencias que se presentan en el SPPYC.

Sin embargo, y en consonancia con lo encontrado por ARRIETA BURGOS “podría decirse que la situación penitenciaria y carcelaria en nuestro país se encuentra sobre diagnosticada”⁹¹, una revisión de la literatura al respecto, muestra un panorama en el cual todos los actores involucrados se encuentran de acuerdo en las falencias del SPPYC,

89 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. “Eficacia simbólica y narcotráfico”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 54, 1991, pp. 419 a 452, disponible en [<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4048>].

90 LEÓN VALENCIA, ARIEL ÁVILA, JUAN ANTONIO LE CLERCQ, AZUCENA CHÁIDEZ MONTENEGRO, DANIELA GÓMEZ RIVAS Y GERARDO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA. Índice Global de Impunidad de Colombia. La impunidad subnacional en Colombia y sus dimensiones (*IGI-Col*) 2019, Puebla, México, Fundación Universidad de las Américas, 2019, disponible en [<https://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-o/justicia/480-indice-global-de-impunidad-de-colombia/file>].

91 ENÁN ARRIETA BURGOS. “El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: continuidades y discontinuidades foucaultianas”, en ADRIANA MARÍA RUIZ GUTIÉRREZ y DAVID ANTONIO RINCÓN SANTA (comps.), Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2017, disponible en [https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/4452/El_sistema_penitenciario_y_carcelario_en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

el grado de hacinamiento y las permanentes condiciones de vulneraciones a los derechos humanos de los presos, de manera que “hacen falta análisis que aborden las dinámicas particulares de cada establecimiento de reclusión, pero desde una perspectiva panorámica –y por ello mismo superficial–, las “falencias estructurales” del sistema están más que identificadas”⁹²; una perspectiva concordante con esto, es la evaluada en el presente texto, una mirada a la relación de las justicias propias con el SPPYC, al papel de los comunidades indígenas en la gestión y creación de política pública, a la situación de los miembros de estas comunidades en el SPPYC.

Para finales de 2019, respecto a miembros de comunidades indígenas “el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– registra 1.496 de ellos privados de la libertad”⁹³; de estos:

1. La mayoría de la población indígena privada de la libertad es masculina.
2. La población está en su mayoría en edad productiva.
3. Proviene de departamentos afectados por el conflicto armado⁹⁴.

El numeral tres, concuerda con la inmersión en la que se han visto envueltos los miembros de comunidades indígenas, en tal sentido que “entre los guerrilleros desmovilizados, el 18% haya indicado pertenecer a algún pueblo indígena, afrocolombiano o Rrom”⁹⁵; y con la ocurrencia de:

92 Ídem.

93 MICHAEL CRUZ RODRÍGUEZ. “Indígenas en prisión, forzados a cambiar su cultura”, *Periódico UNAL*, 17 de febrero de 2018, disponible en [<https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/indigenas-en-prision-forzados-a-cambiar-su-cultura/>].

94 SANTIAGO MEDINA VILLARREAL, MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y LINA MARÍA FORERO. *Situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario*, Bogotá, MinJusticia y otros, 2016, disponible en [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Users/057/57/57/indigenas%20privados%20de%20la%20libertad%20FINAL-ilovepdf-compressed.pdf?ver=2018-02-16-123528-470>].

95 LAETITIA BRACONNIER MORENO. “El diálogo entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la jurisdicción especial indígena en Colombia: ¿la fábrica de una justicia transicional intercultural?”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO. *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2019.

Delitos contra la salud pública relacionados con el narcotráfico, que están presentes en su mayoría en departamentos como Cauca, Nariño y Putumayo, donde las comunidades indígenas han estado más expuestas al conflicto armado, la siembra de cultivos ilícitos, y la ocupación ilegal y el despojo de sus tierras⁹⁶.

A. Centros de armonización indígena

En contravía de las funciones que contemplan la imposición de una pena, “la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”⁹⁷, los miembros de comunidades indígenas privados de la libertad en centros carcelarios:

Al salir de la cárcel, [...] se encuentran en el vacío: no son de la cultura Occidental ni de la cultura indígena. La ausencia de diálogo serio en torno al reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario ha propiciado la polarización identitaria, donde la inexistencia de redes individuales y colectivas es otro factor central en el análisis de este fenómeno⁹⁸.

En este caso, es de especial importancia resaltar la función de reinserción social, ya que la pena en sí, no pretende ser un castigo impuesto, “debe ser entendida como el tratamiento al que es sometido la persona privada de la libertad a fin de que no vuelva a delinquir”⁹⁹. Sino que debe ser el mecanismo mediante el cual, un trasgresor, que no deja de ser un participante más del escenario del país, puede regresar a la sociedad, en el caso de los privados de la libertad pertenecientes a comunidades indígenas esta función cobra mayor importancia.

96 MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO. “Pluralismo jurídico y cultural extinto en los muros carcelarios”, en GUTIÉRREZ QUEVEDO y OLARTE DELGADO. *Pluralismo jurídico y derechos humanos...*, cit.

97 *Diario Oficial*, n.º 44.097, cit.

98 GUTIÉRREZ QUEVEDO. “Pluralismo jurídico y cultural extinto en los muros carcelarios”, cit.

99 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-265 de 28 de abril de 2017, M. P.: ALBERTO ROJAS RÍOS, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-265-17.htm>].

En la actualidad, el sistema penitenciario colombiano no cuenta con un tratamiento con un enfoque étnicamente diferenciado,

lo cual es un problema pues según la Corte Constitucional 39 pueblos indígenas están en riesgo de extinción física y cultural, es decir que cuentan con menos de 200 personas y su idioma y sus tradiciones ancestrales están a punto de desaparecer. La situación se agrava por el hacinamiento carcelario¹⁰⁰.

Ante esta perspectiva, una alternativa que se está implementando por parte de las comunidades es la creación de centros de armonización indígena:

En algunos pueblos de la Costa Atlántica la aplicación de justicia cuenta con un tribunal, en territorios como el Cauca es la Asamblea de Comuneros la que lo hace [...] esto no significa la reclusión en cuatro paredes, sino vinculada a actividades comunitarias dentro del territorio. Vistos desde afuera, podría decirse que estos centros tienen un enfoque de justicia restaurativa relacionada con el restablecimiento de los lazos sociales¹⁰¹.

Este tipo de procesos, considerados por entes como la Corte Constitucional, como de relevante importancia:

Es preciso señalar que la discusión que se ha dado para las comunidades indígenas puede replicarse para algunas comunidades afro, negras, palenqueras y raizales, que, en razón a sus diferencias y diversidades culturales, deban ser tratados en consecuencia (esto es, diferencialmente) por el Sistema penitenciario y carcelario¹⁰².

Son el camino a lograr la materialización de procesos acordados en los diálogos entre la justicia especial indígena y la justicia ordinaria.

100 CRUZ RODRÍGUEZ. “Indígenas en prisión, forzados a cambiar su cultura”, cit.

101 Ídem.

102 Sentencia T-388 de 2013, cit.

Los centros de armonización indígena son las instituciones que cuidan el cumplimiento de las consecuencias jurídicas cargadas sobre los sujetos pasivos de la jurisdicción indígena. No pretendemos definir aquí lo que constituye un centro de armonización, por cuanto la figura es tan diversa como diversas son las culturas indígenas que los administran.

Señalemos, sin embargo, que:

[En] los centros de reflexión y arrepentimiento, los indígenas “no están obligados al encierro en cuatro paredes y pueden moverse con libertad en los recintos, tomar el sol, hacer trabajo espiritual y de producción y preparar sus alimentos”¹⁰³.

La regulación de estos centros es precaria y el compromiso del Estado con su desarrollo es insuficiente:

Estos espacios se consideran como centros especiales para el cumplimiento de las sanciones impuestas en el ejercicio de su jurisdicción propia o incluso recibir a indígenas sancionados por la jurisdicción ordinaria, donde la integralidad de atención en las dimensiones culturales, espirituales y de rehabilitación social, buscan que quien sea sancionado pueda retomar los valores culturales y restaurar el daño causado, sin que la sanción conlleve el distanciamiento de los miembros de sus comunidades y procesos de aculturación en cárceles o centros de detención estatales.

[... Se considera necesario] desarrollar principios de armonización multiculturales que permitan hacer un ejercicio de rehabilitación y armonización cultural con miembros de diversas comunidades en un mismo centro¹⁰⁴.

103 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-097 de 16 de febrero de 2012, M. P: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-097-12.htm>].

104 MEDINA VILLARREAL, GUTIÉRREZ QUEVEDO y FORERO. *Situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios...*, cit.

Su existencia está sustentada, como tuvimos oportunidad de exponer, en la necesidad de reunir en una autoridad, para que sea legítima, las facultades de expedir, decir y ejecutar el derecho. La norma indígena no sería propia si su juez fuera la jurisdicción ordinaria, y la jurisdicción indígena no sería legítima si no pudiera ejercer legítimamente la fuerza coercitiva para ejecutar las sanciones impuestas sobre los sujetos pasivos de su actuación. Al respecto la Corte Constitucional ha indicado:

i) Que si se detiene a un comunero indígena por parte de la jurisdicción ordinaria debe informarse a la máxima autoridad indígena a la cual pertenece, ii) Si hay orden de medida preventiva de privación de libertad proferida por el juez, se debe consultar con la máxima autoridad indígena para determinar si hay compromiso de sus autoridades para que se cumpla la sanción en el territorio del comunero, si es así, el INPEC debe verificar las condiciones del lugar de privación de libertad, iii) Si se emite sentencia condenatoria con medida de privación de libertad, se consulte a la máxima autoridad del cabildo al que pertenece el comunero y se verifique compromiso de supervisar por parte de sus autoridades tradicionales, el cumplimiento de la sanción, luego se verificarán la condiciones del centro de privación de libertad por parte del INPEC, para que finalmente el juez de conocimiento pueda ordenar y permitir que el indígena cumpla su pena en el territorio¹⁰⁵.

A pesar de lo anterior, se observa una falta de articulación con las autoridades nacionales que deberían acompañar su actividad penitenciaria.

En sentencia T-097-12, se discutió un caso en el que la comunidad Zenú reclamaba el reconocimiento de su centro de armonización para el propósito de cumplimiento de pena impuesta en contra de miembros de su comunidad, quienes se entregaron a esta autoridad. Elevado el asunto ante el INPEC, consideró esta entidad que:

105 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-921 de 5 de diciembre de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>].

No es posible considerar el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena “Cacique Mexión” como parte de la estructura de centros penitenciarios y carcelarios por tres razones: en primer lugar, porque en los establecimientos de orden nacional tanto a nivel penitenciario como carcelario, se reúnen actualmente condiciones especiales para la población indígena; en segundo lugar, porque según las normas, cuando se trate de delitos objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, las personas pertenecientes a etnias indígenas deberán ser reclusas en los establecimientos regentados por parte del INPEC, mientras que si se trata de delitos cometidos con ocasión de las reglas de cada comunidad en particular, aquel deberá autorizar lugares especiales de reclusión, avalados por la propia comunidad y ajenos al manejo del INPEC y por ende no incluidos dentro de la estructura de los establecimientos regentados por dicha Institución; por último, en relación con la prueba pericial aportada en la inspección judicial al Centro “Cacique Mexión”, el representante de la entidad accionada concluye que las condiciones de reclusión ofrecidas a miembros de la población indígena por parte del INPEC, son diferentes a las presentadas en dicho centro de reclusión, por lo cual este no puede ser incluido como parte del sistema penitenciario nacional regentado por el Instituto al no contar con las condiciones de seguridad requeridas por la entidad¹⁰⁶.

No se trata aquí de señalar un deber de inspección, aval o aprobación de los centros de armonización, sino de deber de la autoridad competente de acompañar la actuación, legítima por derecho propio, de las comunidades que administran estos centros de reclusión. En concepto de la ONIC:

... así como el INPEC presta sus servicios a los pueblos indígenas para el cumplimiento de las medidas impuestas por las autoridades indígenas a sus miembros, los pueblos indígenas que cuenten con un sistema penitenciario tradicional e idóneo para garantizar las finalidades de las medidas impuestas por la jurisdicción ordinaria, tienen el derecho

a exigir que se recurra a sus propios establecimientos de reclusión que garantizan de manera integral el derecho a la diversidad étnica y cultural de los mismos.

Así mismo, por virtud de la Sentencia T-635-08:

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario está obligado a efectuar una interpretación de las normas aplicables acorde con los tratados internacionales de derechos humanos y con los principios de favorabilidad, buena fe y primacía de lo sustancial sobre lo formal, razón por la cual no le es posible exigir requisitos irrazonables o desproporcionados o imponer barreras de acceso a los beneficios que otorga la ley a las personas privadas de la libertad que no tienen asidero en las normas aplicables...¹⁰⁷.

Ahora bien, el reconocimiento de la JEI constitucionalmente le ha dado a esta jurisdicción la autonomía frente a la implementación de justicia para los distintos pueblos indígenas en nuestro país a través de los usos y costumbres propios; así mismo se establecen medidas constitucionales impositivas a las cuales se deben ajustar estas justicias y prácticas indígenas. Por lo general, desde los pueblos indígenas se ha establecido un sistema jurídico que propenda por restaurar y reparar el orden natural de las sociedades indígenas y no indígenas si se quiere, todo esto, de acuerdo a su Ley de Origen, teniendo en cuenta que para muchos de los pueblos la aplicación de las “penas” degradan al ser humano y no reparan finalmente la falta cometida. Como se ha establecido antes, la JEI tiene importantes connotaciones para los pueblos indígenas, que se dan a partir del artículo 246 de la Constitución Política ya que, reconoce la justicia propia y permite administrarla no solo dentro de los territorios reconocidos como resguardos sino aquellos tradicionalmente ocupados por las comunidades.

En varios casos para los pueblos indígenas las “casas de reflexión” o centros de armonización cumplen con una labor básica en la resocialización del ser en sí mismo, labor, que de alguna manera cumple también la justicia ordinaria; no obstante, la aplicación de las sanciones se hace de forma integral, porque lo que se busca es la causa que llevó a esa persona

107 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-635 de 26 de junio de 2008, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-635-08.htm>].

a cometer la falta y en estas dinámicas de justicia la espiritualidad es un eje transversal. Para los pueblos es indispensable poder sanar (a través de la medicina propia-remedio) y al mismo tiempo resarcir el daño cometido. Estas prácticas para la justicia ordinaria pueden terminar siendo perjudiciales para la vida en comunidad ya que no resuelven, en algunos casos, las acciones de reincidencia por parte de sus miembros.

Los centros de reflexión buscan tanto la resocialización del ser humano, como reparar a la víctima; sin embargo, aunque ya existen avances importantes en el tema, aún falta camino por recorrer. Así mismo, en los procedimientos se tienen en cuenta el origen de la conducta, la motivación que llevó a la persona a la desarmonía, estas prácticas propenden por restablecer el orden, aunque en casos particulares como el de violencia sexual y homicidio es más complejo de manejar porque no se cuenta con resultados efectivos frente a la resolución de estos conflictos. De la misma manera, respecto a esto, la justicia ordinaria no logra asegurar una efectividad completa a través de los procesos judiciales (mecanismos de resolución de conflictos) que se han establecido, así como la falta de garantías procesales para las víctimas en estos procesos.

Por último, es importante señalar que la gran mayoría de los pueblos indígenas han hecho el esfuerzo de asimilar conceptos, desarrollando una apropiación cultural de conceptos, instituciones y normatividad (desde lo punitivo) del sistema jurídico nacional que de alguna manera ha sido el sistema impuesto por la sociedad mayoritaria. De la misma manera, ha retomado aspectos del sistema carcelario nacional; es por eso, que hoy día muchas comunidades cuentan con centros de reclusión y establecimientos penitenciarios con personas que hacen las veces de custodia, guardia, etc. Como los “centros correccionales indígenas”, y que, son formas del derecho punitivo que han venido transformando las dinámicas culturales de los pueblos originarios en nuestro país.

La deuda del reconocimiento de los centros de armonización, y su articulación con el sistema penitenciario nacional es patente. Están probadas y reconocidas las afectaciones a los derechos fundamentales de los indígenas obligados a permanecer en centros de reclusión ordinarios, y garantizada la autoridad de las autoridades tradicionales para juzgar, imponer y ejecutar sanciones en contra de los miembros de sus comunidades¹⁰⁸.

CAPÍTULO SEGUNDO

La justicia especial indígena -JEI- y la justicia ordinaria -JO-

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A. Desde la Colonia

Ocurrida la llegada de las carabelas españolas al nuevo mundo, tuvo COLÓN¹⁰⁹ un encuentro con JUAN II de Portugal¹¹⁰. Quien le inquirió sobre la legitimidad de España sobre el descubrimiento de las tierras de América en virtud del tratado de Alcaçovas-Toledo, según el cual el atlántico había sido dividido teniendo como línea imaginaria a las Canarias, lo cual representó un problema de legitimación sobre dichas tierras para la Corona española, toda vez que según el instrumento, la navegación permitida para el reino de Castilla, se limitaba al espacio comprendido por las canarias, y el resto pertenecía a Portugal. Es así

109 Génova, 31 de octubre de 1451 - Valladolid, 20 de mayo de 1506.

110 Lisboa, 3 de marzo de 1455 - Alvor, Portimão, 25 de octubre de 1495.

como Colón afirmó al rey portugués que su travesía hacia las Indias la había llevado a cabo navegando por las Canarias. Esto significó el primer problema de legitimidad sobre la empresa conquistadora, cuáles eran los justos títulos que tenía España sobre el Abya Yala (América)¹¹¹.

Cuáles fueron los detonantes de la arremetida española en el territorio precolombino, causantes de la desaparición progresiva de las variadas identidades culturales aborígenes que entonces existían y cómo en los tiempos modernos han sido el origen de la falta de conciencia y reconocimiento de los pueblos indígenas, sus costumbres, lenguas, ordenamiento territorial y sus formas de resolver los conflictos sociales.

Existen opiniones encontradas sobre esta inquietud. Algunos consideran que los españoles no tenían la intención de reemplazar la cultura existente a fuerza de imposición. PÉREZ LUÑO¹¹², refiere que la llegada de los españoles estuvo marcada por el pacifismo y tratamiento amigable para con los indígenas; situación auspiciada por el carácter flemático y no bélico de los pueblos aborígenes. Con lo cual señala que la dominación territorial no obedeció a un querer intencionado de los conquistadores, quienes al igual que los pueblos que dominaron otras latitudes, siempre estuvieron motivados por el deseo de descubrimiento y expansión territorial. Por su parte, OSUNA sostiene la existencia de una intención de dominación a partir de la firma de las capitulaciones de Santa Fe. Las cuales establecen una relación contractual, donde la corona otorgaba permiso y apoyo a un privado para llevar a cabo una expedición en tierras desconocidas, teniendo como objeto un ánimo de lucro consistente en garantizar el dominio y anexión de tierras a la corona a cambio de beneficios¹¹³.

111 Sobre el análisis del tratado Alcaçovas-Toledo, las diversas posiciones que sobre este se tienen en la literatura histórica y como el reino de España gracias a la contribución del nuevo papa ALEJANDRO VI, quien, a través de una interpretación de los principios eclesiásticos, sirvió como árbitro entre los dos imperios en la resolución del problema jurídico que implicaba la navegación y descubrimiento de América. OSCAR CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 73 a 75.

112 ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO. “El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, Madrid, 1991, pp. 13 a 28, disponible en [<https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1435>].

113 ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO. “Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, Madrid, 1991, pp. 77 a 102, disponible en [<https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1438>].

La empresa que proponía COLÓN a los reyes de España, no contó con la aquiescencia de estos, quienes desde un principio, como muchos, consideraron que su travesía implicaba un gran riesgo y una locura. Así fue como el conquistador del nuevo mundo, solicitó la ayuda de fray JUAN PÉREZ, quien lo apoyó en la venta de la idea bajo argumentos de tipo cristiano, ofreciendo particularmente que la expedición:

... permitiría llevar ayuda a los cristianos del continente, trabajar por la conversión de los infieles y, [...] usar los beneficios económicos de la empresa para financiar una cruzada que liberara Jerusalén de los musulmanes¹¹⁴.

Lo que tienen en común las teorías que adjudican la dominación y eliminación de la cultura indígena por parte de los españoles, es el deseo de mostrar que no existían móviles altruistas en las expediciones, sino que por el contrario, estuvieron precedidas por fuertes deseos de conquista, expansión territorial y sometimiento de los pueblos y culturas. De manera que la exploración de nuevos territorios a ultramar por parte de los Imperios español y portugués, son considerados como uno de los pilares fundamentales de la narrativa creada a partir de la llamada *Leyenda Negra*.

El fray BARTOLOMÉ DE LAS CASAS¹¹⁵ es considerado como el creador involuntario de la leyenda negra, a partir de su creciente crítica a los conquistadores españoles por el salvaje y despótico tratamiento que les brindaban a los indígenas. Así pues, el dominico abogó por la protección de estos pueblos, para lo cual fue uno de los impulsores de la trata de esclavos, para que fueran estos quienes realizaran las labores a las que hasta ese momento habían sido sometidos los indígenas. Sin embargo, posteriormente y al darse cuenta de cuál era el trato que le daban los conquistadores portugueses a los esclavos africanos, decidió reivindicar su posición anunciando que el sometimiento de estos era igual de injusto que al que se realizaba con los indígenas¹¹⁶.

114 JAVIER FLORES. “Cristóbal Colón y las capitulaciones de Santa Fe”, *Historia National Geographic*, 2019, disponible en [https://historia.nationalgeographic.com.es/a/cristobal-colon-y-capitulaciones-santa-fe_14075].

115 Sevilla, 1474 o 1484 - Madrid, 18 de julio de 1566.

116 BERNAT HERNÁNDEZ. “Bartolomé de las casas, las crónicas portuguesas y la leyenda sobre los negros esclavos”, en EMILIO CALLADO ESTELA (ed.). *Frailes, santos y devociones. Historias dominicanas en homenaje al profesor Alfonso Esponera*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Sin embargo, a pesar de lo terrible que fue la llegada de los conquistadores al territorio precolombino, hay quienes consideran como vimos antes, que todo se debió al movimiento expansionista natural de los imperios. Este planteamiento lo comparten quienes consideran que la leyenda fue el producto de una intencionada propaganda, que tenía como fin hacer ver a España como un sistema de gobierno y Estado lleno de fragmentaciones internas, fruto de una falta de cultura y amoralidad de sus habitantes. Siendo este orquestado por quienes querían descalificar moralmente la expedición a las indias, en la cual no participaron los Imperios francés, inglés y holandés¹¹⁷. Este ha sido y seguirá siendo el debate de los estadios académicos por darle un propósito a la conquista del nuevo mundo.

La afectación de la demografía aborígen tuvo como principales causas el territorio y el clima. De manera que en las zonas costeras de América y las islas del Caribe se evidenció un aumento del deceso de indígenas, muy superior al observado en terrenos altos característicos por su presencia de montañas y clima frío¹¹⁸. Los decesos también se vieron impactados por la gran cantidad de epidemias mortales que trajeron consigo los conquistadores españoles, y para las cuales los indígenas no estaban preparados. Así es como de acuerdo con la investigación de BORAH, hubo una disminución aproximada del 90% de la población debido a este tipo de enfermedades¹¹⁹. La dominación cultural y la eliminación de los miembros de las comunidades indígenas también tuvieron como origen la evolución cultural de las comunidades. Es así, como por ejemplo culturas avanzadas como la Inca y la Azteca se adaptaron con mayor facilidad a la asimilación cultural impuesta por los colonizadores¹²⁰.

117 JAVIER SÁENZ DEL CASTILLO Y CABALLERO. "La leyenda negra hispanoamericana", *Arbil, Anotaciones de pensamiento y crítica*, n.º 90, 2005, disponible en [<http://www.arbil.org/90leye.htm>].

118 SHERBURNE FRIEND COOK y WOODROW WILSON BORAH. *Ensayos sobre historia de la población. México y el Caribe*, México, Siglo XXI Editores, 1977.

119 WOODROW WILSON BORAH. "¿América como modelo? El efecto demográfico de la expansión europea sobre el mundo no europeo", en SHERBURNE FRIEND COOK y WOODROW WILSON BORAH. *El pasado de México: aspectos sociodemográficos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

120 DANIEL JIMÉNEZ SCHLEGL. "La percepción espacio-temporal en el choque de culturas hispana e indígena en Iberoamérica y el problema de la modernización", *Crítica Jurídica*, n.º 19, 2001, pp. 67 a 84, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3202>].

La posición de los pensadores que auspiciaron la leyenda negra, como el fray BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, hizo que fuera necesario dotar de legitimidad las actuaciones llevadas a cabo por los conquistadores en tierras americanas. Uno de los episodios históricos que mayor relevancia tuvo en el nacimiento y consolidación de este pensamiento, fue el que tuvo lugar en 1511, fray ANTÓN DE MONTESINOS¹²¹ luego de observar los tratos crueles y el acondicionamiento social y cultural al que se vieron sometidos los indígenas, pronunció fuertes palabras en contra de estas actuaciones, las prédicas celebradas por el dominico en los días 21 y 28 de diciembre de 1511 tuvieron un gran impacto en la forma de ver la Conquista. Aquí, FAJARDO SÁNCHEZ citando al dominico fray BARTOLOMÉ, da una breve muestra de los planteamientos esbozados por MONTESINOS en pro de la defensa de los indígenas:

... todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan oprimidos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y creador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen almas racionales? ¿No estáis obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto, que en el estado [en] que estáis no os podéis más salvar que los moros o turcos que carecen y no quieren la fe de JESUCRISTO¹²².

121 Castilla, c. 1475 - Provincia de Venezuela, 27 de junio de 1540.

122 LUIS ALFONSO FAJARDO SÁNCHEZ. "Fray Antón de Montesinos: su narrativa y los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de nuestra América", *Hallazgos*, vol. 10, n.º 20, 2013, pp. 217 a 244, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/hallazgos/article/view/1180>].

Los dos sermones del padre MONTESINOS produjeron gran malestar en la comunidad de españoles encomenderos, llegando a pensar algunos que por los tratos que habían procurado a los indígenas, podrían perder su alma. Este malestar general impulsó a promover la reunión de varios teólogos, quienes deberían declarar el alcance de los derechos de los indígenas y cuál era el trato que se les debía dar. A esta reunión se le dio el nombre de Junta de Burgos, celebrada en 1512 y a partir de la cual se crearon las Leyes de Burgos¹²³. Este primer cuerpo normativo impuso el buen trato para con los indígenas y su catequización debía realizarse con el mayor cuidado posible. También, a partir de estas normas, se crearon las bases para la encomienda, ya que era una obligación de los españoles encomenderos cuidar de los indígenas que le fueran repartidos, mantener su unidad y brindarles los espacios necesarios para su vivienda y el desarrollo de actividades agrícolas. También se impuso el deber de los españoles de dotar a los indígenas a su cargo de vestido; darles buena alimentación y dotarlos de un espacio dedicado exclusivamente a la devoción católica. En materia de derechos laborales, las leyes de Burgos señalaron periodos laborales de hasta cuatro meses, tras los cuales estaban obligados a conceder 40 días de descanso; la protección de las mujeres en estado de embarazo; el derecho a la educación, entre otros¹²⁴.

La intervención de algunos frailes dominicanos ayudó a proteger los pueblos indígenas de los conquistadores españoles. De forma que, al considerarlos sujetos de protección, cambiaron las formas en las cuales fueron sometidos y explotados por los españoles, quienes en adelante tuvieron que encontrar una forma de legitimar la conquista. Para explicar este punto, analizaremos cómo se construyó la subjetividad de los indígenas para legitimar la posición de dominio que los españoles ostentaban sobre ellos.

Comenta LIBARDO ARIZA que los españoles al llegar al nuevo mundo se enfrentaron a la siguiente pregunta: ¿cómo legitimar el dominio sobre estos pueblos si dentro de las categorías de individuos existentes, no hay una que coincida con la de los indígenas? Fue a partir de esta pregunta que autores como FRANCISCO DE VITORIA, fray BARTOLOMÉ

123 CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*, cit., p. 76.

124 RAFAEL SÁNCHEZ DOMINGO. "Las Leyes de Burgos de 1512 y las bases del derecho internacional en Francisco de Vitoria", en RAFAEL SÁNCHEZ DOMINGO y FERNANDO SUÁREZ BILBAO (coords.). *Leyes de Burgos de 1512 v centenario*, Madrid, Dykinson, 2013.

DE LAS CASAS y GINÉS DE SEPÚLVEDA, contribuyeron a otorgar esta subjetividad que tanto requerían los conquistadores y bajo la cual los indígenas, por ser inferiores a los españoles, debían ser adoctrinados y conducidos a un avance de su cultura y desarrollo.

De acuerdo con ARIZA, la posición más radical de la subjetividad de los indígenas, es la que se encuentra en la obra de GINÉS DE SEPÚLVEDA, quien consideraba inferiores a los indígenas por una serie de adjetivos con los cuales procuraba demostrar lo grandes que eran los españoles en comparación con ellos. Su obra se basa en tres argumentos clave: i) el carácter poco belicoso de los indígenas y cómo esto era considerado un valor de los cobardes y faltos de sentido común; ii) la enervación de sus expresiones artísticas, lingüísticas y su orden normativo por el poco desarrollo que tenía en comparación con el de los españoles; y iii) la consecuente inexistencia de una cultura que deba ser preservada¹²⁵. Afirma entonces GINÉS DE SEPÚLVEDA que los indígenas son inferiores frente a los españoles por su falta de virtudes y los asimila con los animales por la particularidad de sus formas de expresión, con lo cual justifica el sometimiento por la fuerza en lugar de una conminación diplomática. De tal forma aseveró el pensador, que el sometimiento debía ser a la fuerza debido a la naturaleza salvaje y poco virtuosa, hacían parte de pueblos a los cuales:

Conviene el dominio heril más bien que el regio o el civil, y enseñan que esto sucede por dos razones: o porque son siervos por naturaleza, como dicen que se dan en ciertas regiones y climas del mundo, o porque debido a su depravación de costumbres o a otra causa no pueden ser mantenidos de otro modo en el cumplimiento de su deber. Una y otra cosa concurre en el caso de estos bárbaros todavía no bien pacificados¹²⁶.

Por su parte, FRANCISCO DE VITORIA de un corte más diplomático, aceptaba la diversidad de los indígenas y no los consideraba *per se* como salvajes, ignorantes, incultos y carentes de virtud. Por el contra-

125 JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA, cit. en LIBARDO JOSÉ ARIZA. “Identidad indígena y derecho estatal en Colombia”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 30, 2004, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/25086.pdf>], pp. 24 a 27.

126 Ídem.

rio, consideraba que este estado en el cual se encontraban, se debía a otros factores ajenos a su voluntad, por lo cual no podían ser culpados y sometidos a la fuerza. El dominico estableció una doctrina del *derecho de intervención al servicio de la civilización*¹²⁷.

Esta doctrina afirmaba que los indígenas eran considerados seres humanos como cualquier civilización que existiese en la tierra, y que el derecho natural a ser tratados con dignidad emanaba de Dios, por lo cual ni el papa, ni la monarquía, podían atentar contra ellos.

VITORIA estudió la legitimidad del dominio de los españoles a partir del concepto de capacidad jurídica. Entonces afirmaba que los pueblos indígenas, como cualquier otro pueblo, eran dueños de sí mismos y de sus bienes, condición que no mermaba por el hecho de no tener una cultura igual de desarrollada a la de los españoles. El dominico promulgó un proteccionismo de los indígenas, ya que, aunque no los consideraba por sí mismos corruptos y carentes de virtud, si consideraba que los españoles al estar dotados de esa virtud y valores superiores, tenían la obligación moral de velar por su desarrollo e instrucción¹²⁸.

DE LAS CASAS también reconocía la preeminencia de los derechos de los indígenas como un pueblo más perteneciente a la tierra y por lo cual bajo el mandato de Dios, no era justo considerarlos no merecedores de un trato digno. De manera que la usurpación de sus territorios por la fuerza, constituirá una violación a su libre determinación como pueblos, partiendo del hecho de que debía existir coordinación entre la soberanía española y la jurisdicción de los indígenas. Por lo tanto, su sometimiento debía ser voluntario y auspiciado por una instrucción de la religión de forma pacífica, sin embargo, consideraba que la concesión dada por la Iglesia a la Corona, era la que daba legitimidad a la conquista¹²⁹.

La legitimación de la Corona reconocía el carácter espiritual de esta y había obtenido su permiso por parte de la Iglesia con la ayuda del papa ALEJANDRO VI¹³⁰, sin embargo, también competían por esta legitimación los intereses económicos de los españoles que realizaron la travesía a América con fines de lucro. Estas fueron las causas del

127 RODRIGO CONDE. "La defensa de los indios americanos por Francisco de Vitoria. Su reto ante la actual globalización", *Isla de Arriarán: revista cultural y científica*, n.º 14, 1999, p. 296.

128 *Ibíd.*, p. 297.

129 CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*, cit., p. 79.

130 Játiva, España, 1.º de enero de 1431 - Roma, 18 de agosto de 1503.

desconocimiento de la cosmovisión de los indígenas y la imposición de la cultura española precedida de los “requerimientos”, los cuales tenían un fin explicativo del carácter espiritual de la conquista y servían de medio para pedir el consentimiento de los indígenas para que aceptaran de forma obligatoria el adoctrinamiento religioso¹³¹.

DE LAS CASAS fue uno de los pioneros en la defensa de la racionalidad y espiritualidad de los indígenas. Sus planteamientos parten del concepto de la tolerancia como la forma en la cual los pueblos podían relacionarse sin desconocer y eliminar las creencias y costumbres de los ajenos. Fue en su texto *Treinta proposiciones muy jurídicas*, donde promovió el respeto por las identidades culturales y rechazó la imposición a la fuerza de la cultura y doctrinas españolas que se estaban llevando a cabo en el territorio americano. ÁLVAREZ GARCÍA¹³² cita el siguiente aparte del texto aludido, el cual sobre la tolerancia afirma lo siguiente:

Entre los infieles que tienen reinos apartados que nunca oyeron nuevas de CRISTO ni recibieron la fe, hay verdaderos reyes y príncipes, y el señorío, dignidad y preeminencia real les compete de derecho natural y de derecho de las gentes, en cuanto el tal señorío se endereza al regimiento y gobernación de los reinos, confirmado por el derecho divino evangélico; los mismo a las personas singulares el señorío de las cosas inferiores, y, por tanto, en el advenimiento de JESUCRISTO, de los tales señoríos, honras, preeminencias reales y lo demás no fueron privados en universal ni en particular *ipso facto nec ipso iure*.

Este proceso de legitimación no estuvo marcado por la imposición férrea de una sola ideología. Es así como observamos que aun cuando se estaban llevando a cabo actos crueles en contra de los indígenas por considerarlos una raza inferior sometible –auspiciados por la Corona–, se permitía la libertad de opinión y pensadores como de las CASAS y SEPÚLVEDA, promovieron desde sus obras pensamientos de crítica y apoyo a la conquista. La obra de DE LAS CASAS, afirma que

131 LUCIANO PEREÑA. *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid, Mapfre, 1992.

132 HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA. *Los precursores de la libertad de expresión en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 126.

los indígenas, solo por ser considerados realizadores de prácticas objetables desde puntos de vista cultural, religioso y social, no podían ser desclasificados, toda vez que los grandes monarcas, príncipes y notables españoles, pese a sus actos reprochables, no habían sido destituidos de su reconocimiento como seres humanos y el respeto inherente de sus opiniones y creencias¹³³. Con lo cual, se aseguraba que existía un derecho a ser tratado de forma digna sin importar el tipo de cultura y cosmovisión que tuviera determinado individuo.

La consecuencia de las ideas sobre la legitimidad y el reproche a los tratos que se habían dado a los indígenas que se llevó a cabo desde la misa del cuarto domingo de adviento dada por MONTESINOS, y los debates entre VITORIA, SEPÚLVEDA y DE LAS CASAS, consiguió que la Corona se ocupara en dotar a los pueblos indígenas de cierta igualdad ante la ley. Aunado a esto, la máxima autoridad eclesiástica también promovió los derechos de los indígenas, cuando el papa PAULO III por medio de la bula *Sublimis Deus*, dejó claro que los indígenas no podían ser sometidos a la esclavitud ni privados de sus bienes y tenían plena capacidad para aceptar la posesión que de ellos efectuaran los españoles¹³⁴.

Fue así como surgieron instituciones como la encomienda. Con la cual fue posible continuar la explotación y abuso de los indígenas –bajo el argumento del sometimiento a voluntad–, amparando esta conducta bajo la institucionalidad de las leyes. La simple explotación hasta el deceso de los indígenas, demostró a la Corona que no era sustentable en el largo plazo. Entonces surgió la encomienda como una forma de respetar la dignidad de los indígenas por la que tanto pelearon los pensadores dominicos y se aseguró el suministro de mano de obra indígena a órdenes de los españoles.

De acuerdo con GUILLERMO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹³⁵ citado por ÁLVARO TIRADO MEJÍA, la institución económica de la encomienda consistía en:

... un núcleo de indígenas, por lo general un clan o una tribu, [...] era obligado [...] a pagar un tributo que fijaban los oficiales de la Corona, como cesión de la carga fiscal de-

133 Ibid., pp. 127 a 130.

134 CRUZ BARNEY. *Historia del derecho indiano*, cit., p. 81.

135 GUILLERMO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *De los chibchas a la Colonia y a la República (del clan a la encomienda y al latifundio en Colombia)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1949, p. 179.

bida al rey y con obligación para el beneficiario, entre otros deberes, de ocuparse de la catequización adocctrinamiento de los indios, quienes seguían dentro de la administración y jurisdicción de la Corona¹³⁶.

Con este tipo de figuras, los españoles establecieron una relación con los indígenas de vasallaje, movidos por su deseo de obtener riqueza mediante la explotación de la fuerza de trabajo ajena y el suministro de rentas para la Corona. Como anota TIRADO MEJÍA, la encomienda tuvo como fin principal la prestación de servicios a los nobles españoles por parte de grupos indígenas. Lo interesante de esta institución, fue el hecho de que los españoles se valieron de la existencia de comunidades organizadas para establecer con base en estas sus propios feudos en tierras ajenas, respetando de esta forma organizaciones territoriales ancestrales, pero agregándoles una nueva forma de producción de capital para los nobles y la Corona¹³⁷. Es importante también señalar que además del respeto por las organizaciones territoriales, los españoles procuraron la indivisibilidad de los clanes, ya que en las primeras etapas de la encomienda se permitía que, al fallecer el español encomendero, los indígenas fueran repartidos entre otros nobles, separando así sus grupos. Sin embargo, gracias a la contribución de GONZALO JIMÉNEZ DE QUESADA, quien argumentó que esta repartición traía consigo la desintegración de los grupos y su despoblación, consiguió que la Corona aboliera esa práctica y garantizara la no separación de los clanes¹³⁸.

Otra institución usada en la colonia y que ya era practicada en el territorio americano, era la mita. Esta consistió en la destinación de miembros de comunidades indígenas para que realizaran labores al servicio de los españoles a cambio del pago de una remuneración. Existían distintos tipos de mita dependiendo de la labor realizada, la minera, la agraria y la industrial. Lo particular de esta institución, fue la retribución económica que tenía derecho a percibir el indígena por el servicio prestado, sin embargo, esto, aunque parecía un avance en el respeto por los indígenas, simbolizó todo lo contrario. Por ejemplo, en la mita minera eran usados tanto esclavos africanos como indígenas,

136 ÁLVARO TIRADO MEJÍA. *Introducción a la historia económica de Colombia*, Bogotá, El Áncora Editores, 2000, pp. 23 y 24.

137 Ibid., pp. 24 y 25.

138 Ibid., p. 25.

sin embargo, la existencia de una remuneración hizo que los indígenas en cierta medida se emanciparan de los españoles, ya que eran ellos mismos quienes con su ingreso, procuraban su subsistencia. Esto significó que al dejar de percibir los españoles un menoscabo económico el detrimento físico de los indígenas, no les importaba destinarlos a trabajos pesados que eventualmente produjeron la enfermedad y la muerte, con lo cual se evidenció de nuevo, un descenso demográfico de los pueblos indígenas y la desintegración de las comunidades¹³⁹.

B. Desde la Constitución de 1886

La Constitución de 1886 se caracterizó por dar a la religión católica un protagonismo similar al que había tenido en la época colonial. Dentro de los episodios más relevantes de la importancia que tenía el favor de la Iglesia en la construcción del Estado colombiano, se encuentran las tratativas previas a la firma del Concordato de 1887, sostenidas entre el gobierno del presidente RAFAEL NÚÑEZ¹⁴⁰ y la Santa Sede. El texto de la nueva carta iniciaba con la proclama de “En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad¹⁴¹”, fue producto de la alta admiración que sentía el presidente NÚÑEZ hacia las encíclicas expedidas por el papa LEÓN XIII¹⁴², en las cuales se dejaba claro que “... es imposible realizar ninguna tarea social y política del Estado en contra de los sentimientos religiosos de la mayoría de la población y sin la colaboración de la Iglesia católica¹⁴³”, estas ideas calaron profundamente en el presidente, quien consideraba que los estados eran débiles cuando sucumbían ante las ideologías liberales que promulgaban el federalismo, la separación entre la Iglesia y el Estado, ya que estas habían sido la causa principal del desequilibrio estatal que condujo a la Guerra de los Mil Días.

139 Ibid., pp. 30 a 33.

140 Cartagena, 28 de septiembre de 1825 – íd., 18 de septiembre de 1894.

141 CONSEJO NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia, 1886.

142 Carpineto Romano, Italia, 2 de marzo de 1810 - Ciudad del Vaticano, 20 de julio de 1903.

143 FERNÁN ENRIQUE GONZÁLEZ GONZÁLEZ. “El Concordato de 1887: los antecedentes, las negociaciones y el contenido del tratado con la Santa Sede”, *Credencial Historia*, n.º 41, 2013, disponible en [<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-41/el-concordato-de-1887>].

En efecto, la Constitución de 1886 se enfocó en la reconstrucción de la República de Colombia como un Estado unitario, sin tener presente la competencia política que se había desvirtuado en la Constitución de Rionegro (federalismo); por el contrario, lo que buscaba era la creación de una comunidad uniforme reducida a obedecer los dogmas impuestos por la fe de una misma religión y bajo el sometimiento de una sola instancia legislativa. Todo esto, sin atender a los procesos históricos que habían moldeado la nación hasta ese momento, como los llevados por los indígenas desde la colonia y su resistencia frente a estos; estos procesos y formas de resistencia frente a los poderes estatales excluyentes instaurados por la Constitución de 1886 hicieron que surgieran liderazgos importantes para la historia del “movimiento indígena” de la época como el de la cacica GAITANA y MANUEL QUINTÍN LAME¹⁴⁴, entre otros. Al mismo tiempo, se llevaron luchas por la conservación de las lenguas nativas, saberes, tradiciones, formas de producción, usos, costumbres y administración de justicia; estas luchas, derivaron paulatinamente en el reconocimiento de sus autoridades, el respeto limitado a sus formas propias de justicia, que fue dándole forma a un cuerpo normativo jurisprudencial, legislativo y luego constitucional.

De esta manera, la facultad de los pueblos originarios para administrar justicia empieza a reglamentarse también a partir de la Ley 89 de 1890: “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, aún en vigencia a pesar de tener más de un siglo de expedición; hace referencia a las formas de aplicar justicia por parte de los indígenas en Colombia y también reconoce la conformación de los cabildos como autoridades para impartir justicia al interior de las comunidades. “Art 1.º. La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas” (Ley 89 de 1890)¹⁴⁵. De la misma manera, el

144 Popayán, Cauca, 26 de octubre de 1880 - Ortega, Tolima, 7 de octubre de 1967.

145 Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-139 de 9 de abril de 1996, M. P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>].

artículo 5.º señala: “Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el gobernador del cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto”. Sin embargo, aunque esta ley avanzó en el reconocimiento para los pueblos indígenas de las formas propias de administración de justicia, así como la reglamentación del cabildo, posee algunas limitantes que vale la pena destacar:

- En esta ley solo se reconoce el derecho de los Cabildos a impartir justicia y se deja de lado a las autoridades tradicionales que hacen parte de las comunidades indígenas y que también son encargadas de impartir justicia.
- Esta norma atiende con claridad a las orientaciones que se desprenden del contexto del momento, en el que la Iglesia tiene cierta injerencia en los asuntos relativos de la República, enfocando las sanciones únicamente a faltas contra la moral; entendida esta, como todas las formas y pensamientos distintos a la Iglesia.
- No da oportunidad para que sean las comunidades quienes en su ejercicio de autonomía definan las penas, castigos y/o formas de resarcimiento.

Esta normativa y fundamento jurídico se basa en postulados eclesiásticos y conservacionistas, lo que implica una invisibilización de las formas organizativas propias de los pueblos originarios en su momento. Ahora bien, más allá de estas particularidades, es claro que, con esta norma los pueblos indígenas tenían facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos internos, sin embargo, varios pueblos dentro de su desarrollo cultural y en ejercicio de su autonomía han articulado acciones y luchas (como las dadas por QUINTÍN LAME) enfocadas en la reivindicación de derechos como la identidad, la autonomía y la cultura; buscando mantener sus culturas libres de elementos ajenos (impuestos en su mayoría por el Estado) a los usos y costumbres propias como por ejemplo: la practicas tradicionales, la cultura propia, su relacionamiento con la madre tierra; dinámicas discriminadas y en muchas ocasiones satanizadas por el Estado¹⁴⁶.

Por último, las luchas indígenas se ven reflejadas en el proceso a través del cual se configuró la Asamblea Nacional Constituyente que dio vida a la Constitución de 1991, que estableció garantías constitucionales frente al ejercicio de la justicia propia de los pueblos indígenas en Colombia. Todo esto, partiendo de la premisa de que la Constitución de 1886 estaba generando obstáculos para la garantía de derechos de diferentes sectores sociales (incluido el indígena).

Con el vuelco político impulsado por grupos alzados en armas como el M-19 y el Movimiento Armado Quintín Lame en las décadas anteriores, el gobierno teniendo en cuenta el clamor popular el 24 de agosto de 1990, dictó el Decreto 1926 de 1990¹⁴⁷, a través del cual se convocaba a elecciones para conformar la Asamblea Nacional Constituyente. Es así que, dentro de los propósitos de la constituyente se estableció la participación de grupos históricamente marginados como los indígenas, afro, etc., en busca de asegurar su vinculación a la vida democrática institucional en aras de alcanzar la participación de las diversas fuerzas sociales.

De esta manera y frente a la necesidad del reconocimiento de las diferentes jurisdicciones de los pueblos indígenas, se presentaron iniciativas por parte de los delegados indígenas, donde se planteaba principalmente el derecho constitucional de poder ejercer las justicias propias en los territorios indígenas y lograr una articulación de estas con el sistema judicial nacional donde se logre “contar con formas de control social propias que aseguren la cohesión social del grupo, mediante la aplicación de sanciones por parte de autoridades propias (normatividad propia, sanciones, etc.)”¹⁴⁸, así mismo, dentro del proceso de construcción del articulado constitucional y después de los

indígena podría ser el de Nabusímake en la Sierra Nevada de Santa Marta, territorio sagrado para los Arhuacos y en donde a finales del siglo pasado se dio la expulsión de la misión capuchina. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006*, CSJ y ONIC, Bogotá, 2006, disponible en [<https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/lecciondefallos.pdf>].

147 Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990, *Diario Oficial*, n.º 39.512 de 24 de agosto de 1990, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1371701>].

148 FRANCISCO ROJAS BIRRY. Ponencia: “Los derechos de los grupos étnicos”, *Gaceta Constitucional*, n.º 67, 4 de mayo de 1991, pp. 14 a 21.

debates respectivos frente al tema de la jurisdicción indígena por parte de la Asamblea Constituyente, en sesión plenaria del 1.º de julio de 1991 se aprobó el artículo 246, que da el reconocimiento a esta jurisdicción especial y que finalmente después de unos pequeños cambios, quedó redactado de la siguiente manera: “Art. 246: 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”.

Con la Constitución de 1991, se da un avance importante frente a los errores, en términos de marginación e invisibilización, que históricamente el Estado colombiano había cometido hasta entonces frente a los pueblos indígenas. Así mismo, es importante destacar que para este momento se acercaba la celebración el quinto centenario de la conquista española, lo que ayudó a poner en la mesa de la Asamblea Nacional Constituyente el tema indígena; todo esto, hizo que la sociedad colombiana volteara la mirada hacia sus ancestros, para de esta manera, integrarlos al proceso participativo institucional y lograr así que los pueblos indígenas se sintieran representados en la Constitución al reconocer por parte de esta, los sistemas propios de control social que han existido desde siempre en los pueblos originarios.

C. Desde la Constitución de 1991

La Constitución Política de 1991 reconoció por primera vez la pluralidad cultural de nuestra nación. Entre otras, imprimió la vocación laica del Estado, estableció la circunscripción especial indígena, y permitió a estas comunidades un nivel de autogobierno y autodeterminación que respondiera al sensible grado de diferenciación social, económica y cultural de estas comunidades, frente a la tradición liberal que imponía la nueva Carta Política.

Aunque la vocación de la Constitución del 91 sea la convivencia y desarrollo unitario del conglomerado social colombiano, no puede desconocerse, con fundamento en un concepto formal de igualdad, las diferencias culturales y las condiciones históricas de aislamiento y discriminación que demandan una atención especial y diferenciada para las comunidades indígenas; que garantice las oportunidades de una integración ordenada y dialogante, en la que las nuevas formas

de organización social escuchen, aprendan, absorban y asimilen tanto de las tradiciones indígenas, como estas lo hagan del modelo del Estado moderno.

Preservar las tradiciones de los pueblos indígenas, valga insistir, no solo incumbe a un interés antropológico por la diversidad humana, sino que es pilar de la construcción de una identidad nacional fuerte, estable y duradera, que mire más allá de los modelos importados y, en cambio, reconozca, celebre y reivindique su historia y tradición para compartir su propia experiencia civilizatoria con el mundo del que forma parte. Solo la nación que dialoga con su tradición en un plano de igualdad, podrá dialogar en el mismo plano con otras culturas, pensamientos y tradiciones.

El ordenamiento jurídico colombiano resultaría discriminatorio, si impuesto a rajatabla en las comunidades indígenas. El concepto liberal de propiedad, el principio cercenado de solidaridad, y la misma vocación laica del Estado colombiano, no se ajustan a la tradición viva de las comunidades indígenas que habitan nuestro territorio. Acoplarse a ellas de forma absoluta implicaría, *per se*, el desconocimiento de las identidades que la Carta reconoce.

Con esto en mente, la Constitución del 91 prevé mecanismos que buscan asegurar la participación de las comunidades indígenas en la construcción permanente de la identidad nacional colombiana, y la preservación de su propia identidad en sus comunidades.

Por una parte, las comunidades indígenas, que representan el 4,4% de la población colombiana en 2020, tienen garantizada una participación en el 1,8% en el Senado de la República, con dos curules por circunscripción especial, y del 0,5% en la Cámara de Representantes, con una curul (arts. 171 y 176, CPC).

Los territorios indígenas, por otra parte, son entidades territoriales independientes, con presupuesto y gobierno propio.

Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

Dentro de estos territorios, las autoridades indígenas ejercen funciones especiales fundamentadas en el texto constitucional.

Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por

consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional.
8. Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Es decir que, al mismo tiempo, los miembros de las comunidades indígenas tienen el derecho especialmente garantizado a la participación política “integrada” en el Congreso de la República y, por otra

parte, tienen el derecho de autogobernarse. Nos encontramos frente a un proceso de construcción de una sociedad plural que se ejecuta en dos frentes: en el “global” (que comprende a las distintas culturas de la nación), se asegura la participación de las voces diversas que por motivos históricos han sido relegadas. En el frente “local”, en cambio, se asegura la no intromisión aplastante de la cultura dominante, cuya acción irregular amenaza la misma existencia de ese “otro” que representan las culturas diversas.

Desde un punto de vista sistémico y epistemológico, es predecible y se constata, que existirán tensiones allí en donde la experiencia local se articula con la global. Se presentarán contradicciones reales o aparentes, se enfrentarán intereses superpuestos, sistemas de valores que velarán por proteger uno u otro bien y por destinarlo a uno u otro propósito.

En este contexto, el respeto por el derecho especial indígena pasa necesariamente por el aval a la autonomía y especialidad de la jurisdicción indígena, reconocida por el artículo 246 de la Carta Política:

Artículo 246. 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.

Como se desprende de lo que se ha dicho, no se trata solo de un juez especial para un derecho particular (como la jurisdicción civil o penal) sino de un juez que materializa una idea de justicia independiente y legítima dentro del sistema legal colombiano.

Un juez que garantiza el derecho a la identidad de su circunscripción, que no solo aplica el derecho indígena, sino que adapta la legislación ordinaria a la práctica de su comunidad. Que no solo impone el imperio de la ley sobre la práctica social, sino el imperio de la cultura sobre la práctica legislativa.

A diferencia de otras jurisdicciones, y con las salvedades que se expondrán más adelante, no se puede hablar de una jurisdicción supeditada a superiores jerárquicos, como están supeditadas las instancias, sino de una sección independiente que dialogue en un plano de igualdad con la justicia ordinaria, que interactúe en un escenario en que las distintas concepciones culturales no pugnen por imponerse unas sobre

otras, sino que reconozcan en sus diferencias concepciones igualmente válidas y valiosas para la construcción de la identidad colombiana.

De allí que, con mayor claridad que nuestra Carta Política colombiana, la Ley superior de Bolivia se refiera a la jurisdicción indígena como la “autoridad natural” de sus comunidades, mientras que la de Venezuela la considera la “autoridad legítima”¹⁴⁹.

La terminología no es inicua. En fallo reciente del Consejo de Estado¹⁵⁰, la Sala de Consulta de esta corporación reconoció la primacía de las autoridades indígenas para “ejercer control y vigilancia en relación con el medio ambiente en sus territorios”, en un conflicto de competencia entre el Cabildo Indígena Resguardo de Belalcázar con la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

En un caso de aprovechamiento menor de recursos naturales, miembros del cabildo talaron dos árboles de tamaño considerable, generando afectaciones sobre una quebrada adyacente. Ejerciendo sus funciones, la CAR pretendió tomar conocimiento de esta afectación, pero se enfrentó a la oposición del cabildo, que interpuso “el derecho del resguardo para ejercer la autoridad dentro de su territorio” el derecho de autogobierno de su comunidad, lo que desencadenó el conflicto de competencias resuelto por el Consejo de Estado.

La corporación jurisdiccional consideró que, a pesar de que las CAR son la:

... máxima autoridad ambiental dentro de su jurisdicción
[...] Como los territorios indígenas se asimilan a los municipios, aquellos tienen la facultad a prevención para ejercer la potestad sancionatoria ambiental dentro de sus territorios de acuerdo a sus usos y costumbres y respecto de los miembros de sus comunidades.

En consideración a los principios de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”, “minimización de las restricciones a su autonomía”, “mayor autonomía para la decisión de los conflictos internos”, y de “mayor conservación de la identidad cultural” extraí-

149 RAQUEL YRIGOEYEN FAJARDO. “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, *El Otro Derecho*, n.º 30, 2004, pp. 171 a 195, disponible en [<https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/128elotdro30-06.pdf>].

150 Consejo de Estado de Colombia. *Auto 2019-00117*, Bogotá, 2019.

dos de un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁵¹, el Consejo de Estado concluyó que, sin desplazar de manera general a la CAR, el asunto puesto en su conocimiento caía bajo la competencia de la autoridad indígena, a la que correspondía conocer los hechos, decidir y, dado el caso, sancionar la falta ambiental y ejecutar su decisión.

Aunque el resultado de esta controversia resultó favorable para la comunidad indígena, no se puede dejar de resaltar el papel de la jurisdicción ordinaria, en ausencia de un desarrollo legal concreto, para “reconocer” la competencia de las autoridades indígenas en la materia litigiosa.

Esta tensión somete la competencia especial a la ordinaria, y muestra la relevancia de cuestionar la forma en que ambas secciones dialogan.

II. LA LEY DE ORIGEN (LO ESPIRITUAL Y EL ORDEN NATURAL DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS) EN CONEXIÓN CON LA JUSTICIA PROPIA EN LA JEI

Una de las relaciones más importantes con la que cuenta cada uno de estos pueblos, es el espacio geográfico en el cual se encuentran asentados, de ahí que se haya previsto en la Carta Política que “las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación [...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables”¹⁵², toda vez que el territorio se encuentra profundamente relacionado no con la concepción o idea misma de ese espacio, sino con una cosmovisión propia; el espacio es parte integral de la religión, la cultural, la economía; y dentro de esa concepción cuentan con el reconocimiento y “el respeto a la autodeterminación de los pueblos”¹⁵³, concepción de vital importancia, toda vez que el grado de reconocimiento internacional, no es el de una población, sino el de un pueblo, un pueblo capaz de autodeterminarse.

De esto emana que:

151 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-514 de 30 de julio de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>].

152 Constitución Política de Colombia de 1991, art. 63.

153 Constitución Política de Colombia de 1991, art. 9.º.

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (C. P., art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes¹⁵⁴.

Un sujeto colectivo, ha definido la Corte Constitucional como titular de derechos, incluyendo el derecho a la vida, un importante reconocimiento dentro de los procesos que suscitaron la expedición de la Carta Política de 1991, un reconocimiento a la importancia cultural de actores que hasta entonces se encontraban ignorados, expresado a su vez en el artículo 7.º, “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”¹⁵⁵, dándoles un rol de iguales entre los diferentes, entre las consideraciones especiales necesarias para generar dicha igualdad con los demás asociados del Estado, se encuentra la consideración a sus formas especiales de justicia.

Con cada comunidad, con cada pueblo, se encuentra un orden, una armonía, a la cual se aboga mantener, las labores necesarias para esto, provienen de preceptos ligados al ser mismo de cada comunidad, siendo creadoras de sistemas complejos de derecho entre los suyos, en consonancia con su cosmovisión.

De manera, que día a día coexisten estos múltiples sistemas en el entorno nacional, todos a su vez relacionándose con la justicia ordinaria, con la denominación global de justicia especial indígena, la suma de estas cosmovisiones no crea una sola, cada una es única y compleja, la JEI no deja de ser un escenario más que un crisol, ya que es el escenario en el cual cada comunidad puede trabar una discusión con la JO. Es posible que la existencia de la JEI y la JO permita explorar el sendero de la unidad de la justicia en el marco del escenario de fortalecimiento mutuo y la superación de las debilidades, siempre y cuando las condi-

154 Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1993 de 14 de octubre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>].

155 Constitución Política de Colombia de 1991, art. 7.º.

ciones permitan la interacción entre las partes, y se afiance el respeto recíproco como derrotero con el fin de que se genere confianza entre las particulares de la JEI y la JO.

Dentro de estos sistemas existen tres elementos de importancia, que debemos considerar, primero la Ley de Origen:

Es la ciencia tradicional de la sabiduría y del conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y lo espiritual. Su cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos como Pueblos Indígenas guardianes de la naturaleza¹⁵⁶.

Pero además, la Ley de Origen no es algo que fundamente uno o varios sistemas, esta ley es un mandato cultural de los pueblos indígenas, un mandato constitucional si se quiere, en términos occidentales, que se ha escrito en los territorios y en el ser mismo de las y los indígenas durante siglos; es algo que no se ve, pero se siente, no se escribe, pero se transmite oralmente, etc., son costumbres que se obedecen de forma natural al interior de los pueblos. “Es natural vivir el río, es natural vivir la montaña, es natural vivir la naturaleza...”.

En segundo lugar, el Derecho Mayor es,

la ciencia que los indígenas hemos recibido de nuestros mayores y caciques, para defender nuestros territorios, para hacer nuestros gobiernos y vivir de acuerdo a nuestras costumbres, por el hecho de ser de aquí: por estar en nuestra casa, por ser legítimos americanos¹⁵⁷.

Es por eso que el Derecho Mayor es el derecho que rige internamente a los pueblos indígenas y es a través de este se ha desarrollado todo un carácter y sistema étnico del derecho.

156 TRABAJO COLECTIVO PUEBLOS INDÍGENAS ONIC - ÁREA DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN ONIC. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Sistemas de Jurisdicción Propia*, Bogotá, ONIC, 2007, disponible en [<https://www.onic.org.co/canastadesaberes/114-cds/publicaciones/jurisdiccion-especial-indigena/1473-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-sistemas-de-jurisdiccion-propia>].

157 Ibid., p. 16.

Por estas razones es importante entender que son fundamentos arraigados en el derecho natural como el mito indígena que dan la legitimidad necesaria a los procesos judiciales y que, además, es particular de cada uno de los 115 pueblos que están reconocidos hoy en Colombia.

En consonancia el Derecho Propio “tiene su fundamento en el pensamiento y en la sabiduría de los mamos, los jaibanás, los taitas y los mayores, quienes tienen la misión de ordenar y mantener el equilibrio del mundo a través del mandato de la Ley de Origen”¹⁵⁸.

Por tanto, el derecho propio es un sistema que surge de la unión en la historia de los pueblos indígenas con formas occidentales impuestas; estos, se desarrollan a partir de la acción de reivindicación por la pervivencia de cada pueblo. Así mismo, es un derecho híbrido que se va transformando de acuerdo a la particularidad de cada pueblo, pero que a la vez se deriva de un derecho general (marco dominante) y es por eso que se considera como un derecho que se expresa hacia afuera.

Existen tantas concepciones como pueblos puedan existir, LORENZO MUELAS gobernador del pueblo guambiano, al narrar el proceso en el cual su pueblo se unió para reclamar sus derechos dice:

Pero a alguien se le ocurrió pensar que somos originarios de estas tierras y, por lo mismo, tenemos derechos a ellas. Así nació el Derecho Mayor. La Ley de Origen y la Ley Natural es el mismo derecho mayor, pero que tienen otro nombre de acuerdo a la filosofía de cada pueblo. Decimos Derecho Mayor por ser antiguo. Porque somos originarios de estas tierras. A nosotros nos parió la tierra, un gran caudal, una avalancha hizo nacer a nuestro pueblo. No entramos por el Estrecho de Bering. Hace 10, 20 y 30 mil años nos desarrollamos, y nosotros somos herederos de esos antepasados, y somos hijos de ellos y somos parte de ese derecho, el Derecho Mayor¹⁵⁹.

158 Ibid., p. 18.

159 LORENZO MUELAS. “Del Derecho Mayor a la Constitución en Colombia”, en OMAR BONILLA (ed.). *Somos hijos del sol y de la tierra. Derecho Mayor de los pueblos indígenas de la cuenca amazónica*, CONAIE, Acción Ecológica, Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, Oilwatch, s.f., disponible en [<https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Elderechomayor.pdf>].

Elementos comunes entre los pueblos, pero sin duda, cosmovisiones únicas, como la del pueblo Iku de la Sierra Nevada de Santa Marta:

Antes de existir la ley positiva, nosotros venimos cumpliendo la Ley de Origen como mandato supremo y esta ley nos recuerda la misión de responsabilidad que tenemos que tener los seres humanos para cuidar y preservar nuestra madre tierra. Para nosotros todo lo que existe en la naturaleza tiene una función y es por eso que los elementos que encontramos en la naturaleza como piedras árboles, ríos, montañas, nevados, mares, son sagrados y representan para nosotros sitios de energía, puntos de equilibrio universal¹⁶⁰.

O en el caso de la comunidad indígena del resguardo de Tuquerres, pueblo de los pastos, quienes crearon un “Manual de Justicia Propia del Territorio Indígena de Tuquerres y Reglamento Interno y de Convivencia del Pueblo Indígena del Territorio de Tuquerres”, en el cual transcriben parte de sus mitos fundacionales y expresan sus concepciones sobre la Ley Natural:

Es la norma que regula y dinamiza los ciclos biológicos y relaciones de vida desde los microorganismos hasta las especies más desarrolladas, que a su vez conforman los nichos, los ecosistemas, la madre tierra y la relación del hombre como parte de la naturaleza y del cosmos [...] Esta norma natural se constituye en otro soporte cultural dentro de la proyección de las territorialidades, en tanto, según las culturas milenarias, no puede darse un ordenamiento natural y cultural por fuera de esta ley...¹⁶¹.

160 GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ y KASOKAKU MESTRE BUSINTANA. “Concepción cultural y aplicación de La Ley Origen del pueblo iku (arhuaco)”, en OMAR BONILLA (ed.). *Somos hijos del sol y de la tierra. Derecho Mayor de los pueblos indígenas de la cuenca amazónica*, CONAIE, Acción Ecológica, Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, Oilwatch, s.f., disponible en [<https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Elderechomayor.pdf>], p. 57.

161 FUNDACIÓN DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES SOCIOPOLÍTICAS, ECONÓMICAS Y CULTURALES – FUNDACIÓN PROYECTAR. *Manual de justicia propia del territorio indígena de Túquerres y reglamento interno y de convivencia del pueblo indígena del territorio de Túquerres*, territorio

El Derecho Mayor:

El derecho o la ley que nace del territorio y la comunidad, dentro de la planeación permite conocer y ordenar los principios y valores naturales y culturales, para convertirlos en norma cultural que orienta y promueve la conducta y responsabilidad de las autoridades y las comunidades de observar la Ley de Origen y la Ley Natural en las diferentes prácticas sociales, ambientales, políticas y culturales, para que se garantice la gobernabilidad, administración, organización, el equilibrio y armonía de la vida del territorio y de las poblaciones de la región¹⁶².

No es de extrañar que el concepto de derecho propio, sea necesariamente amplio, ya que es una “normativa que surge en el seno de las comunidades, por oposición al derecho que se les impone desde afuera”¹⁶³, este origen en las comunidades, le brinda una condición más amplia que incluso el seno de las comunidades pertenecientes a pueblos indígenas; el reconocimiento y protección a estos sistemas de origen étnico ha permitido que la protección al derecho propio se extienda a otras comunidades.

En el caso de Colombia, esta protección se encuentra extendida a comunidades como las poblaciones negras y afros, respecto a la cual “la Ley 70 de 1993, reconoce los Consejos Comunitarios como formas de administración interna, a través de las cuales se estructuran fórmulas propias de conciliación para la superación de controversias”¹⁶⁴ o el reconocimiento sobre el Kriss Romaní como un “sistema jurídico propio denominado [...] conformado por un conjunto de disposiciones

indígena de Túquerres, 16 de noviembre de 2009, disponible en [https://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/upload/SIIC/ReglamentosInternos/mj_tuquerres.pdf], pp. 13 y 14.

162 Ibid., p. 14.

163 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-882-11.htm>].

164 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 18 de octubre de 2017, M. P.: DIANA FAJARDO RIVERA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-644-17.htm>].

que se transmiten de generación en generación de forma verbal”¹⁶⁵ para el pueblo romaní o gitano.

Esta interpretación ha permitido a las altas cortes determinar, al realizar una interpretación sistemática de la legislación, que la expresión “las normativas especiales para los pueblos indígenas”, puede ser aplicada en general a las comunidades étnicas.

Así mismo, este derecho propio no es estático, como no lo es una cultura, “puede abarcar construcciones jurídicas influenciadas por el derecho estatal y otras tradiciones jurídicas, en virtud del reconocimiento del carácter dinámico de la cultura”¹⁶⁶.

Existen dos límites generales al ejercicio de justicia por parte de las comunidades indígenas:

1. Un mínimo en término de cumplimiento de estándares de derecho humanos.
2. El ejercicio de actos arbitrarios que afecten la dignidad humana violando derechos fundamentales.

Estas limitaciones resultan de relevancia cuando las prácticas de derecho propio tienen un sentido penal, en cuyo caso “el derecho penal indígena es de carácter consuetudinario”, contrario al derecho penal occidental, este se basa en costumbres expresadas de forma oral, de manera que es el “producto de la sucesión de generaciones en el tiempo, siglos tras siglos, que han ido señalando las conductas reprobables socialmente y estableciendo para ellas determinadas sanciones”¹⁶⁷.

La jurisdicción especial indígena, es el resultado material de un pensamiento espiritual transformado en costumbre a través de los tiempos, ese pensamiento es Ley de Origen; y de ella se derivan todas las formas organizativas y todas las formas de justicias propias de los pueblos indígenas. De esta forma, las comunidades han visibilizado la

165 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-359 de 26 de junio de 2013, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-359-13.htm>].

166 Sentencia C-882 de 2011, cit.

167 MARÍA LUISA SORIANO GONZÁLEZ. “El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 16, 2012, pp. 183 a 213, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15232>].

existencia de este mecanismo de resolución de conflictos que durante siglos ha seguido construyéndose como medios de control social para los pueblos originarios y que a través de ellos se puede garantizar una estabilidad organizacional, todo esto, teniendo en cuenta que sus bases están argumentadas en las prácticas de los usos y costumbres tradicionales de cada pueblo.

Para los pueblos y comunidades la elección de las autoridades en términos de justicia, termina obedeciendo a la experiencia, la sabiduría y “el camino recorrido” por parte de ellas. Pero cuando estas no responden a los intereses comunitarios son reemplazadas y de acuerdo a la Ley de Origen, los castigos, faltas y sanciones son acordadas en comunidad según las leyes propias de cada pueblo. De esta forma vemos como la Ley de Origen establece y regula las diferentes formas de justicia y que estas, a su vez, configuran la JEI.

Todas las autoridades tradicionales indígenas concurren en el propósito establecido por la Ley de Origen, que es resguardar el orden armónico de la naturaleza; en ese sentido, a las autoridades se les han conferido atribuciones generales, ya que tienen (o deben tener) las facultades necesarias para conocer sobre todos los ámbitos y hechos que ocurren en el territorio. Sin embargo, dichas facultades no pueden ejercerse de manera ilimitada, todas las acciones por parte de las autoridades deben estar dentro de los límites que la normatividad constitucional que el Estado establece. De esta manera, las autoridades deben guiarse a través del principio de autonomía el cual orienta sus actuaciones y decisiones.

Es entonces, que encontramos un orden establecido en algunos pueblos indígenas que permiten entender las estructuras jurídicas de pueblos indígenas:

1. Ley de Origen (ordenamiento jurídico-JO).
2. Derecho Propio (JEI-JO).
3. Subsistemas de Derecho Mayor (dinámicas externas e internas relacionadas al delito / desarmonías territoriales, familia, niñez, mujer, etc.).
4. Usos y costumbres (derecho consuetudinario).

5. Atribuciones generales derivadas de la Ley de Origen, Derecho propio y Derecho Mayor.
6. Rituales (armonización, limpiezas, etc. / instancias de conciliación).
7. Normatividad interna a obedecer, por lo general es oral (códigos penales, de familia, civil, etc.).

Esta forma de administrar justicia para nosotros es milenaria y no es de ayer, no es implementada por medio de afuera sino desde que existimos como pueblos aquí en Colombia, o de todos los pueblos que existimos tenemos, ese origen; aparte de que empezó el hombre, la naturaleza, todo eso desde ahí comienza [...] la justicia parte desde la cocina, desde la educación, de obrar correctamente, el estar equilibrado con la naturaleza y a veces eso es lo que hemos. Un poco hemos olvidado, hemos desviado de ese principio, y a veces nosotros mismos no queremos aceptar esas leyes, porque nosotros hemos aislado de lo realmente fundamental, pero esa es la visión con el cual como pueblo guambiano venimos trabajando a través de la memoria, oralmente transmitiendo, que si una persona trasgrede debe aprender y corregir, y yo debo igualmente aceptar las correcciones, igualmente debo armonizar, y de allí ya entonces sabré que, que la justicia es realmente parte viva y yo la aplico¹⁶⁸.

III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DESDE LA JUSTICIA ORDINARIA FRENTE AL ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO

El papel que los pueblos indígenas representan en la esfera nacional, y la representación que poseen en la Carta Política, lejos de ser un premio o regalo, era un pendiente en la larga lista de los que debe considerar un Estado para lograr sus fines. Sin embargo, subsisten múltiples escenarios en los cuales se presentan controversias.

Este choque de concepciones es evidenciado repetidamente en los conflictos por competencia, suscitados ante las cortes respecto a la jurisdicción que debe aplicarse a determinados casos, entre la JO y la JEI, si bien, “el 93% de las sentencias confirmaron la competencia de la jurisdicción ordinaria y únicamente el 2% asignaron la competencia a la jurisdicción indígena. El 5% restante fueron decisiones inhibitorias”¹⁶⁹, estos casos no dejan de ser terrenos de encuentro y disputa, más que de concepciones legales, de concepciones culturales.

El diálogo interjurisdiccional existente entre la JO y la JEI reconoce características propias de cada sistema que complementan cada justicia entre sí; sin embargo, “la prisión” como se ha planteado desde Occidente, a través de una visión netamente punitiva desde la cual se restringe el derecho a la libertad. Estas dinámicas en términos indígenas, representan pérdida de identidad e integridad cultural de las personas indígenas que hacen parte del sistema de justicia ordinaria en el país. Así mismo, crea graves afectaciones a derechos fundamentales relacionados a lo económico y lo social también. Y si bien, ya se han fijado criterios mínimos para la resolución de estas desavenencias, cuando se encuentran en conflicto conceptos y valores¹⁷⁰,

- 1) A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; 2) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; 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; y 4) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas¹⁷¹.

169 ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO y ALDEMAR RAMOS VEGA. “El transitar de la jurisdicción indígena en Colombia: de la jurisprudencia de las cortes colombianas a la cárcel”, en GUTIÉRREZ QUEVEDO y OLARTE DELGADO (dirs.). *Pluralismo jurídico y derechos humanos...*, cit.

170 TIRADO ACERO, BAHAMÓN JARA y CUJABANTE VILLAMIL. “Retos en el pluralismo colombiano: diálogos jurisdiccionales contra menores de edad en comunidades indígenas...”, cit.

171 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254 de 30 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>].

La libertad es un derecho y un valor caro a la cultura occidental. De allí que en Colombia, su restricción se limite a los casos expresamente considerados por la ley penal, mediado un debido proceso, y otorgando al perseguido la amplia ventaja de la duda razonable en su favor.

La Constitución Política lo contempla así en su artículo 28:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

La institución de la prisión, por otra parte, ha sido ampliamente criticada como un arcaísmo de la sociedad actual, entre otras cosas, porque no cumplen con su objetivo resocializador frente al delincuente ni reparador frente a la víctima del delito; genera costos elevados para el Estado; vulnera los derechos fundamentales del prisionero y de su entorno, y lo sustraen de la vida productiva; responden y perpetúan dinámicas racistas y clasistas; e inculcan un grave daño adherido al riesgo de error judicial¹⁷².

Las propuestas del abolicionismo punitivo, relegadas como ingenuas o idealistas, no tienen mayor eco en el diseño de políticas públicas reales, pero su debate gana fuerza con las reivindicaciones de grupos históricamente marginados (y por lo tanto vulnerables a una

172 CLAIRE DELISLE, MARIA BASUALDO, ADINA ILEA y ANDREA HUGHES. “The International Conference on Penal Abolition (ICOPA): exploring dynamics and controversies as observed at ICOPA 15 on Algonquin territory”, *Champ Penal*, vol. XII, 2015, disponible en [<https://journals.openedition.org/champpenal/9146>].

política criminal discriminatoria) y con la crisis de hacinamiento carcelario tan conocida en nuestro país, entre otras¹⁷³.

Con estas voces como protagonistas, nos interesa revisar las perspectivas alternativas sobre la práctica punitiva que provienen de las culturas indígenas de nuestro país, y que gozan de la aplicación práctica que no se encuentra en las culturas mayoritarias del país y del mundo.

Y es que, mientras que en Occidente la prisión es la pena por excelencia,

... algunos pueblos han enviado indígenas a la cárcel, pero en casos muy específicos, sin embargo, resalta que la mayoría de los pueblos indígenas prefieren no hacerlo ya que en los centros carcelarios se vulneran derechos humanos y considerando que dentro de su cosmovisión y naturaleza cultural hay otros mecanismos para el agresor que cometa acciones antijurídicas procurando mecanismos de auto corrección más que un castigo.

Señala la autoridad que aquí comenta (Organización Nacional Indígena), que el concepto mismo de pena es ajeno a las tradiciones de algunas comunidades indígenas:

Indica que para las comunidades indígenas no es un concepto propio o natural el de la “pena” sino que se hace referencia a acciones de armonización, sanción, curación, remedio por lo que no pueden generalizar sobre las posibles “penas” aplicables en el ejercicio de la jurisdicción indígena ya que cada pueblo indígena las maneja dentro de su sistema de derecho propio conforme a su cosmovisión y concepción de justicia.

La idea de sanción no deja de constituirse en una carga para el sancionado. Pero su aplicación no se limita a restringirlo, y no le impide jugar un papel en su comunidad:

... la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia una serie de sanciones válidas impuestas por autoridades indígenas que son las siguientes: i) la expulsión de la comunidad (Sentencias T-254 de 1994 y T-048 de 2002); ii) el cepo (Sentencia T-349 de 1996); iii) el fuele (Sentencia T-523 de 1997; iv) capacitación de acuerdo a las instrucciones que se manifiesten en cada reunión anual de autoridades. Aparte de esto se mantendrían presos en diferentes comunidades, deberían trabajar en terrenos comunitarios para producir su comida y ayudar a sus familias. Adicionalmente, deben cumplir con el trabajo de refrescamiento espiritual con los médicos tradicionales que designen las autoridades y mayores.

Algunas medidas no dejan de ser chocantes para el espectador occidental. Entre ellas se reseñan dentro de su diversidad cultural el “cepo, látigo, encierro en pozos sin agua y sin comida, entierro del cuerpo, y la picazón de hormigas, entre otros”¹⁷⁴.

Pero dejando a un lado la extrañeza del extranjero, no deja de ser notoria la contrastante y mucho más rica visión de la “armonización, sanción, curación, remedio” frente a la simple restricción de la libertad de la cultura occidental:

Se propende por los llamados de atención, para que el implicado sea aconsejado, o sanado por los mayores de la comunidad, y a veces también se ordenan trabajos en fincas, represas o caminos, o participación en talleres de capacitación. Solo cuando se trata de casos graves, los indígenas son remitidos al Centro de Reflexión y Arrepentimiento Cacique Mexión o a los calabozos y ahí permanecen por tiempo indefinido o hasta que la familia del implicado repare el daño causado. También se utiliza el “cepo” que se ubica en un sitio público, para que cumpla una específica función disuasiva en el radio de la comunidad. Cuando las conductas consisten en desobediencia o desconocimiento de los mandatos de las comunidades, corrupción o cual-

quier falta relativa a los asuntos públicos del pueblo zenú, y son cometidas por líderes o autoridades, las sanciones son de orden político y social. Las penas pueden consistir desde la pérdida de la palabra hasta la imposibilidad de ocupar cargos de representación de la comunidad, y en otros castigos, con miras a que se logre la reparación, la reconciliación y finalmente la resocialización del individuo. Se resalta igualmente en el documento que “el régimen sancionatorio de la justicia indígena zenú, no es de encierro y aislamiento permanente, lo contrario la sanción es de puertas abiertas, y reparativa, para permitir la reconciliación y el sanamiento del individuo con las víctimas y la comunidad¹⁷⁵.

De nuevo, es relevante escuchar y exponemos a continuación un caso en el que el engranaje de la visión indígena ha desencajado con la cultura mayoritaria.

En Sentencia T-921 de 2013¹⁷⁶, se hace discutir a los sistemas de justicia ordinarios e indígenas en materias particularmente sensibles al ordenamiento constitucional colombiano. De manera transversal, los derechos de los niños, los derechos sexuales y los derechos a la autonomía de los pueblos indígenas discuten su prevalencia, concurrencia, compatibilidad y complementariedad en el ordenamiento colombiano.

En el caso que generó el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la relación sentimental entre un mayor de edad designado con el seudónimo “Cesar” y una menor de 13 años, a quien la sentencia llama “Catalina”; comuneros ambos del Resguardo de San Lorenzo, jurisdicción de Riosucio; fue confrontada con el ordenamiento jurídico nacional por el embarazo de la que entonces era menor de 14 años.

La relación, según se extrae de los hechos establecidos, era consentida tanto por la menor como por sus padres, y avalada por la comunidad.

Por el enfoque de nuestro estudio, no se busca sentenciar el caso ni redundar sobre los argumentos que sustentaron la decisión final de la Corte Constitucional en sede de revisión. En cambio, resaltaremos, en lo que atiene a nuestro tema de interés, cómo se comunican los representantes de la cultura mayoritaria que intervienen en el asunto

175 Sentencia T-097 de 2012, cit.

176 Sentencia T-921 de 2013, cit.

estudiado, y señalaremos los que consideramos atinos y desaciertos en la forma en que dialogan con la cultura y jurisdicción indígena protagonista en el contexto de los hechos.

En el trámite del caso, se observa con claridad una insuficiente, cuando no inexistente, intención comunicativa por parte de la cultura mayoritaria frente a la indígena. De manera reiterada y apenas meditada, los intervinientes afirman de forma implícita la incompetencia de la jurisdicción indígena para proteger los derechos en juego por la conducta del procesado; suponen el estado de las comunidades indígenas y de sus miembros y de sus costumbres como una especie de minoría de edad o de inconsciencia; y se postulan como intérpretes idóneos y jueces suficientes de las tradiciones de la cultura minoritaria a la que, en cambio, nunca se le permitió decir su derecho (*iuris dictio*).

Conocida la relación entre Cesar y Catalina por la Fiscalía colombiana, debido al embarazo de esta, Cesar fue capturado y sometido a la jurisdicción ordinaria por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en un procedimiento irregular en el que el indiciado fue extraído de su comunidad con engaños, impidiendo que recibiera asesoría y acompañamiento de las autoridades competentes.

Iniciado el proceso, la representación letrada de Cesar puso de presente el conflicto de competencias entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, pero el Consejo Superior de la Judicatura retuvo el asunto en la jurisdicción ordinaria considerando:

- (a) la prevalencia del interés del menor sobre el reconocimiento de fueros especiales, (b) [que] teniendo en cuenta el grado de culturización y el nivel académico del imputado no es posible aseverar su arraigo y obediencia ciega a los usos y costumbres que rigen las comunidades indígenas sin que por ello se haya dejado de pertenecer a las mismas;
- (c) la víctima es menor de 13 años y el victimario tiene 26 años y grado universitario y que las relaciones sexuales no serían consentidas.

Denunciemos de inmediato la referencia al “grado de culturización” del imputado como sustento del CSJ para considerar que Cesar no podía “obedecer ciegamente” los usos y costumbres de su comunidad (las comunidades).

Esta afirmación, en un solo momento, implica que el camino natural de la “culturalización” es el abandono de las costumbres indígenas de los miembros de estas comunidades; y que esos “usos y costumbres” se siguen “ciegamente” por quienes no se han integrado, como Cesar, a la cultura mayoritaria colombiana.

Puede ser que la redacción de esta posición obedezca a una involuntaria comparación de los hechos con los eximentes de responsabilidad y atenuantes penales que consideran la ignorancia, la pobreza u otras circunstancias gravosas para determinar la culpabilidad del delincuente y la posibilidad de exigirle un comportamiento sobre otro. La redacción similar así lo sugiere. Sin embargo, esto no haría más que empeorar la carga discriminatoria implícita en la declaración de la autoridad, por motivos que saltan a la vista.

En cualquier caso, el pronunciamiento del CSJ señaló, además, que el interés de la menor prima sobre el “reconocimiento de fueros especiales”, y con esto sentó por primera vez, en el caso, la noción infundada de que estos derechos colisionaban con la jurisdicción indígena, noción recurrente que varios intervinientes repetirían sin someterla a la menor duda.

Con esta segunda afirmación, el CSJ borró de plano la legitimidad del sistema de justicia indígena, al suponer que su aplicación haría nugatorios los derechos que cualquier jurisdicción debería proteger.

Razonable sería, por ejemplo, negar que un asunto de familia que involucra a menores de edad se reduzca a los cánones de derecho privado, o que un hurto se analice exclusivamente desde la perspectiva de la responsabilidad fiscal. En estos casos, es claro que algo faltará al análisis, que habrá intereses jurídicos desprotegidos, subestimados o simplemente incomprensibles en las lógicas de las jurisdicciones especializadas.

En cambio, cuando el mismo juicio se hace de la jurisdicción indígena, se revela el prejuicio, la desconfianza, el desconocimiento de la legitimidad y de la igualdad del otro; en fin, la condescendencia con que se juzgan las culturas minoritarias desde las mayoritarias.

Frente a esta decisión, el procesado pidió “protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre, al debido proceso, al juez natural, a la diversidad cultural, a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural”¹⁷⁷, que habrían sido

vulnerados, entre otras, por la imposición de la jurisdicción ordinaria a su asunto.

Transcurridas las instancias, que omitimos por economía, el asunto llegó a la Corte Constitucional en sede de revisión, procedimiento dentro del cual la autoridad convocó la participación de varios intervinientes, cuyos pronunciamientos pasamos a analizar.

En un mismo pronunciamiento, y para opinar que Cesar debía ser juzgado por la jurisdicción ordinaria, la representación del Ministerio Público indicó haber “[consultado] las tradiciones indígenas y la interpretación del rol de la mujer dentro de la comunidad, la edad en la que contraen matrimonio varía de los 12 a los 15 años, debido a que desde su nacimiento son comprometidas en matrimonio”, pero después, de manera inconsistente señaló que, para que procediera el ruego de Cesar de ser remitido a su autoridad jurisdiccional natural debía existir “una norma que permita las relaciones sexuales y el embarazo de una menor de 14 años dentro de la comunidad indígena” pero que “no se hace referencia a ella ni tampoco está contemplada dentro de las costumbres que practica la comunidad Embera - Chamí”.

Con lo anterior, el Ministerio Público se postula como voz autorizada del derecho indígena, cuando declara que ha “consultado” sus tradiciones para considerar imprudente el traslado del asunto a esa jurisdicción; peor aún, supone que el ruego del procesado dependería de que el sistema jurídico de su comunidad le permitiera cometer el ilícito del que se le acusaba, como si la jurisdicción indígena se redujera a un principio de favorabilidad para el procesado. Y todavía más, señala que la conducta de Cesar quedaría en la impunidad si se remitiera a la justicia indígena, aun cuando en su propio concepto, no hay una permisión legal que avale la conducta del procesado en la jurisdicción que reclama.

La consecuencia parece ser que, para el Ministerio Público, la jurisdicción indígena sería incapaz de aplicar las normas vigentes para proteger los derechos fundamentales de Catalina y, en cambio, la organización social sería incapaz de ver más allá de las tradiciones consultadas por el Ministerio y dejaría el asunto impune.

Notorio es, que ni el Ministerio Público ni el csj hicieron mención alguna de los requisitos a cumplir para estar en la competencia de la jurisdicción indígena, o porque el caso en particular no cumplía con ellos. En cambio, se preocuparon por sentenciar su incapacidad “intrínseca”, la incompatibilidad entre la sociedad indígena y los valores fundamentales de la sociedad colombiana, y la necesidad de que estos

valores sean sustraídos sin miramientos de la competencia de la cultura minoritaria.

En cambio, la opinión de la Organización Nacional Indígena consideró que “en el caso concreto se debe aplicar el fuero indígena como un derecho que les asiste a los pueblos indígenas y a los dos elementos que lo conforman: el de carácter territorial o geográfico”.

La diferencia de este pronunciamiento es sustancial pues, a diferencia de otros actores del proceso, la organización no pretende ser juez del asunto, sino que reclama que el mismo se remita, precisamente, al juez natural.

Aunque emite su opinión al respecto, la organización no pretende proveer la solución material del caso, sino que reseña la razón por la que la autoridad legítima para decidir debería ser la jurisdicción indígena y lo hace con los fundamentos regulatorios vinculantes para todos los asociados del Estado colombiano, frutos del acuerdo constitucional que fundó el pacto de convivencia nacional y que guía su desarrollo, en vez de recurrir a juicios de valor unidireccionales que evalúan el valor, la legitimidad o la competencia de una cultura desde los cánones y estándares de otra.

Opiniones similares fueron dadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que consideró que lo relevante para la solución del caso era valorar “si la comunidad indígena cuenta con una organización capaz de poner en marcha la jurisdicción especial indígena” y “comprobar que el comportamiento [...] no quede en la impunidad”.

El gobernador del cabildo indígena del resguardo de San Lorenzo, LEONARDO GAÑÁN GAÑÁN, consideró incomprensible la razón por la que:

Presentando todos los elementos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como son el geográfico, el personal, el institucional y el objetivo, el Consejo Superior de la Judicatura no haya permitido la aplicación de la jurisdicción indígena, negando el derecho del pueblo indígena.

De lo anterior, anotamos tres posiciones relevantes asumidas por los intervinientes, la primera, por el CSJ, que tomó como punto de partida la incompetencia, incapacidad o en todo caso ilegitimidad de la jurisdicción indígena para tratar con derechos fundamentales; asumieron unas veces que la comunidad del investigado acolitaría su actuación por una especie de arcaísmo mental y cultural, o por una incapacidad

supuesta de pasar por encima de consideraciones culturales al momento de sopesarlas con la protección de derechos fundamentales de una menor de edad.

La segunda, asumida por el Ministerio del Interior, consistió también en juzgar el asunto al que acudió como interviniente, sentenciando a favor la conducta del investigado por acorde, en opinión de la autoridad, a la cultura de Cesar y Catalina, de la que se declaró implícitamente conocedor.

La tercera, última y más adecuada, fue la de señalar a la jurisdicción indígena como la competente para pronunciarse sobre el asunto.

La jurisdicción especial no se reduce a un derecho del procesado, sino a un reconocimiento de la legitimidad de la cultura de la que hace parte. El bien jurídico que protege la jurisdicción no pertenece exclusivamente al procesado sino a su comunidad, y se violenta cuando un tercero pretende decidir sobre lo que a esta le corresponda, aún si su decisión u opinión es favorable y “acolita” la cultura apropiada.

En este caso, la Corte Constitucional realizó un estudio extenso sobre la relación entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, para encontrar sus principios, los elementos necesarios para la procedibilidad de su actuación, y los límites de sus decisiones.

En la sentencia encontramos los mínimos indiscutibles que hacen a la validez del derecho y de la decisión judicial colombiana, y la forma en que estos mínimos hallan su expresión en la normatividad de las comunidades indígenas.

Puede reconocerse la existencia de cuatro (4) principios (i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) 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 y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

En cuanto a los límites de la actuación de la jurisdicción indígena encontramos que:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de las siguientes limitaciones al ejercicio de la jurisdicción indígena: (i) Los derechos fundamentales y la plena vigencia de estos últimos en los territorios indígenas. En este sentido, no podrá afectarse el núcleo duro de los derechos humanos; (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa; (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, y (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana.

En el caso concreto, se rememoró la concurrencia de cuatro elementos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que un asunto sea conocido por la jurisdicción indígena:

(i) El elemento personal exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena, lo cual se encuentra plenamente acreditado en este proceso a través de la constancia emitida por el señor LEONARDO GAÑÁN GAÑÁN – Gobernador Indígena Embera – Chamí – del Resguardo de San Lorenzo, quien manifiesta claramente que el señor “Cesar” hace parte de esa comunidad.

(ii) El elemento territorial establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, el cual no solamente se agota en una acepción geográfica, sino que además se puede extender donde la comunidad indígena despliega su cultura. En este caso, la relación sentimental de “Cesar” con “Catalina” se presentó al interior de la comunidad, por lo cual también se cumple el elemento territorial.

(iii) El elemento institucional u orgánico indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y

costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Este requisito se encuentra plenamente acreditado en el proceso teniendo en cuenta la organización jurídica de la Cultura Embera - Chamí que cuenta con sus propios tribunales y con un sistema de justicia adecuado para garantizar los derechos de los sujetos procesales y de la propia sociedad.

(iv) El elemento objetivo se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria. En este caso, el bien jurídico presuntamente afectado se refiere a la libertad, formación e identidad sexuales de la menor, bien jurídico individual que afectó de manera directa a un miembro de la comunidad indígena, pero en ningún caso a un miembro de la sociedad mayoritaria.

Al respecto, cabe agregar que, de acuerdo a las pruebas recaudadas en sede de revisión, tanto la Organización Nacional Indígena de Colombia, como el Resguardo de San Lorenzo, han manifestado que los hechos sucedidos requieren un análisis especial de acuerdo a la cosmovisión indígena de la Comunidad Embera - Chamí, lo cual debe ser tenido en cuenta en virtud de la autonomía indígena.

Se discutió, así mismo, la evidente relevancia de los derechos fundamentales de la menor involucrada en el asunto estudiado por la alta corporación, pero concluyó esta, con acierto y corrigiendo el yerro que cometiera en un principio el CSJ, que:

8.3.2.5. Sin embargo, la consideración del interés superior del menor en este caso no es incompatible con la aplicación del fuero penal indígena, pues como ya se dijo, la jurisdicción indígena también tiene el deber de velar por la protección de los derechos humanos y dentro de estos por los derechos de los niños, por lo cual esta jurisdicción también debe salvaguardar el interés superior de la menor afectada.

8.3.2.6. En este sentido, de ninguna manera puede afirmarse que remitir el proceso a la jurisdicción indígena afecta el

interés superior, sino que, por el contrario, hacerlo podrá hacer velar porque efectivamente las autoridades del Resguardo Embera - Chamí puedan salvaguardar dicho interés de acuerdo a los parámetros de la diversidad, tal como lo ordenó la Sentencia T-002 de 2012.

Algunas consideraciones finales para tener en cuenta dentro de todos estos procesos que se adelantan en la JEI y la JO:

El concepto de la justicia especial indígena muestra de una manera clara desde la legalidad la potestad de impartir justicia de los pueblos indígenas; esto, es indispensable para poder comprender lo excepcional de la JEI y que no deja espacio para otras interpretaciones. Antes de la llegada de los españoles ya existían las “jurisdicciones” y los “sistemas jurídicos” en las gentes que habitaban estos territorios y desde esa época, poco se han transformado los conceptos, el solo hecho de que existan dos sistemas en igualdad de condiciones y que por naturaleza son completamente diferentes, nos debe llevar a pensar las diferentes formas de operarlos. De esta manera, es el sentido común quien debe orientar a los jueces sobre la idea de que JEI al ser una jurisdicción especial, ya no está dentro de los parámetros “normales” de la justicia y que, además, ha sido expresada en conceptos de la corte constitucional.

La JEI ha sido un hito dentro de los procesos indígenas en Colombia y en Latinoamérica en las últimas décadas, que se han ido configurando de acuerdo a cada país, de la misma forma se ha convertido en un desafío para la interpretación jurídica de la sociedad mayoritaria dentro de los procesos judiciales y que además ha sido un gran avance en términos de hacer entender que esta jurisdicción en cuanto a su potestad de impartir justicia es tan antigua como los mismos pueblos indígenas; teniendo en cuenta que estas formas hacen parte de su derecho natural, que debe ser respetados por todas y todos tanto indígenas como no indígenas. Todas estas características se hacen importantes en la medida que la interpretación, tanto de la jurisdicción como de la coordinación, deben darse desde el reconocimiento de la diversidad étnica y ajustarse, como lo ha dicho la Corte, a la visión multicultural y pluriétnica que reconoce que los diferentes sistemas jurídicos deben mantener una coexistencia mínima con el sistema jurídico nacional.

Todo esto debe tener un carácter inclusivo en el tiempo que debe ser acoplado a un sistema jurídico pluralista que permita lograr una articulación eficiente, que preserve la diversidad étnica cultural, la autonomía individual-colectiva, la independencia de cada jurisdicción y que se pueda construir desde todas las perspectivas jurídicas.

Este carácter de la JEI, es algo que debe ser tenido presente en todo momento por las autoridades judiciales y las autoridades indígenas en lo relacionado con casos indígenas; en este punto se estará en una realidad atípica que implicará destrezas particulares, como el distanciamiento, que le permita lograr una coordinación con la JEI de manera inmediata y concreta y que debe atender porque se encuentra frente a una realidad jurídica que está especialmente protegida por el Estado y que consiste en que, como se dijo anteriormente, la persona indígena que comete un “delito” (dentro o fuera del territorio) hace parte de un orden cultural diferente (aunque conozca el occidental) y se debe aplicar el sistema jurídico del pueblo al que pertenece respetando la autonomía jurisdiccional.

Encontramos en este sentido, que además de las necesidades nombradas, se crean otros espacios de pedagogía que permiten a las sabedoras y los sabedores conocer nuevos elementos, como también el sistema judicial nacional conocer la ancestralidad de las prácticas y saberes de los pueblos indígenas. Esto, desde un principio de diálogo intercultural que permita la construcción de una autonomía intercultural, ampliando el espectro de lo intercultural sin quedarse en el pensamiento de que este solo es un espacio donde confluyen y se asimilan las distintas culturas dentro de un precepto exclusivo de cultura nacional. Ahora bien, desde la interculturalidad es importante atender a los “planes de vida” también como elementos que son la vida diaria de los pueblos indígenas, de ahí la importancia de estas conversaciones con el conocimiento Occidental del derecho; ya que esos usos y costumbres lo traducen a partir del derecho consuetudinario, pero estas prácticas van mucho más allá de la reflexión de espacios de autonomía e interculturalidad.

Encontramos entonces, que quienes ejercen estas prácticas judiciales indígenas son una gran diversidad de actores como sabedores, líderes, médicos, etc. Y que todos ellos se encuentran en lo colectivo y comunitario que permiten armonizar todas las situaciones dadas en las comunidades. La cosmovisión es un criterio transversal en el ejercicio de la justicia para los pueblos; ese y otros criterios tradicionales son los que van a permitir entender las distintas concepciones sobre los

sistemas de justicia que se tienen y comprender a través de estas, cómo se puede articular al conocimiento de justicia occidental. De la misma forma entender, cómo se logra concretar en la práctica procesos y procedimientos que responden a lo comunitario de las diferentes culturas.

Como hemos visto, en el funcionamiento paralelo la JEI y la JO encontramos varios conflictos de competencias. Y como en este caso la legislación no ha logrado concretar las maneras de coordinación entre ellas; es imperativo que para resolver el caso, el intérprete deba atender a las características propias de cada caso, más que todo, las características del sujeto y la territorialidad de las acciones como elementos fundamentales para establecer la competencia. Como también sabemos, la solución puede variar dependiendo de las variables de: i) si la falta es cometida dentro del territorio, ii) si la falta es cometida de manera individual por un indígena a una persona no indígena por fuera del territorio. Para la primera variable, si la falta es cometida dentro del territorio (resguardo) son las autoridades indígenas quienes ejercen el derecho jurisdiccional; en la segunda variable, entran a jugar un papel importante otras características para poder resolver el conflicto, ya que el juez no puede resolver la duda razonable solo con el elemento general de la territorialidad. De esta manera, es fundamental que el juez brinde todas las garantías necesarias para que el proceso se tramite bajo la jurisdicción correspondiente y no caer en errores que vulneren los derechos fundamentales del debido proceso y del acceso a la justicia, que por ley son susceptibles de ser tutelados. Sumado a las demás afectaciones que se puedan derivar de estas decisiones, teniendo en cuenta que los sistemas jurídicos indígenas tienen competencia para conocer sobre todos los conflictos y temas (autonomía indígena, familia, mujer, tierras, etc.).

De hecho, la JEI se ha tejido y configurado sobre la diversidad de pensamientos que son los sistemas jurídicos indígenas y que, además, poseen una alta complejidad cultural, característica de los pueblos originarios. Es por esto que cualquier sistema jurídico indígena es competente para conocer, gestionar y solucionar cualquier caso de sus territorios. Esta jurisdicción tiene capacidades plenas y sus prácticas deberán ser avaladas de acuerdo a los procedimientos judiciales; así mismo, la coordinación se hará cuando sea necesario, atendiendo a principios de cooperación, equidad, autonomía, etc.

Por último, rescatar que la jurisdicción especial indígena muchas veces es tomada como una justicia alternativa. Sin embargo, la justicia indígena para los pueblos indígenas no es algo disyuntivo, es un man-

dato propio y si bien en algunos casos se ha visto que las gentes se acomodan a otras jurisdicciones, no es de libre elección el sometimiento al derecho propio y más cuando este se deriva de su Ley de Origen.

Nuestras Leyes de Origen, nuestro Derecho Mayor, asumen la responsabilidad con todos los pueblos del mundo. Es un derecho de nosotros y para nosotros, no son unas leyes subterráneas sino del centro de la tierra, lo que es muy diferente; no son leyes chiquitas, sino que atienden a los animales y las yerbas indefensas y eso es diferente. Son leyes para la vida y para después de la vida, porque también hay deberes y derechos de los muertos y con los muertos¹⁷⁸.

178 ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. “Acerca de Leyes de Vida... y de Leyes de Muerte”, ponencia presentada en el *Seminario sobre Jurisdicción Especial Indígena*, Popayán, CRIC, Defensoría del Pueblo, 1997.

CAPÍTULO TERCERO

Hacia una construcción de una política criminal desde la justicia propia y la apuesta por una complementariedad jurisdiccional

I. LA DECONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA, LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA POLÍTICA PENAL

La construcción de una política criminal, requiere la discusión de los elementos que la conformarán, y el marco desde el cual será desarrollada. Entre los puntos a discutir, se encuentra establecer los límites o fronteras de dicha política criminal, en una aproximación general podemos considerar que esta “se ocupa de comportamientos socialmente reprochables, a través de un amplio catálogo de medidas sociales, jurídicas, culturales, entre otras, las cuales deben ser lo más variadas posible”¹⁷⁹, así mismo, ha sido de pacífica reiteración por parte de la

179

OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL. ¿Qué es la política criminal?, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015, disponible en [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/o/documento/queespoliticacriminal-ilovepdf-compressed.pdf>].

Corte Constitucional, la noción dada en la Sentencia C-646 de 2001, sobre política criminal como:

El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción.

Este conjunto de respuestas puede tomar variadas formas, no solo jurídicas, sino de índole social o cultural, sin embargo, la política criminal se encuentra principalmente ligada a lo jurídico y a su manifestación y ejecución en el sistema penal, es así como surgen expresiones en sede judicial como “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”¹⁸⁰, y se predica una correspondía entre los niveles de la política criminal y la política penal:

1. Criminalización primaria: construcción y definición de normas y estrategias penales.
2. Criminalización secundaria: procesos de investigación y judicialización.
3. Criminalización terciaria: ejecución de las sanciones penales, ya sea en centros penitenciarios o en otros centros¹⁸¹.

Sin embargo, a pesar de esa correspondencia, no se puede olvidar, y se insiste en que a pesar de que es claro que la política criminal, se encuentra más allá de lo penal, nuevamente llega hasta respuestas estatales de índole social o cultural, la visión predominante de esta política está estrechamente ligado a lo penal, esta percepción de la política criminal solo desde lo jurídico, y a su vez solo desde lo penal, conlleva una visión cercenada, que ignora la política criminal como una política pública, la cual contempla acciones y planes, para lograr

180 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-504 de 4 de noviembre de 1993, MM. PP.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-504-93.htm>].

181 OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL. ¿Qué es la política criminal?, cit.

la mejora de las condiciones de vida de toda la población; en el caso de Colombia, esto incluye a cerca de dos millones indígenas, los cuales constituyen aproximadamente el 4,4% de la población colombiana¹⁸².

Así mismo considerando a la política pública, como “la etapa central y, en ocasiones más técnica, de la toma de decisiones públicas”¹⁸³, la cual conlleva una serie de condiciones para su creación, “la primera es que la política efectivamente exista; la segunda es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho”¹⁸⁴, y es aquí en la tercera condición “los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática”¹⁸⁵, que se encuentra la necesidad de permitir una mayor vinculación a los pueblos indígenas, en la creación de una política criminal, que también contemple formas de conocimiento y justicia diferentes a las cotidianas para los organismos judiciales del país.

Para GARCÍA las políticas públicas:

Son acciones del Estado que resuelven situaciones que necesitan de una acción colectiva, implicando la acción coordinada de los diferentes sectores gubernamentales y la participación de la sociedad, independientemente del carácter general o particular del problema¹⁸⁶.

182 DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Población Indígena de Colombia. Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*, Bogotá, DANE, 2019, disponible en [<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>].

183 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646 de 20 de junio de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>].

184 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-351 de 19 de junio de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-351-13.htm>].

185 Ídem.

186 JOSÉ RAMÓN GIL GARCÍA. “Pensamiento sistémico y dinámica de sistemas para el análisis de políticas públicas: fundamentos y recomendaciones”, *Documentos de Trabajo*, n.º 2012, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2008, disponible en [<http://mobile.repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/784/93360.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].

Por su parte JEAN-CLAUDE THOENIG¹⁸⁷ brinda una definición a partir de su objeto de estudio, y señala que se caracteriza por “la atención que se presta en su estudio a un tema de gran importancia: el trabajo de las autoridades investidas de legitimidad pública o gubernamental. Dicho trabajo abarca múltiples aspectos, que van de la definición y selección de prioridades de intervención hasta la toma de decisiones, su administración y evaluación”.

Es importante el concepto que encuentra JOSÉ LUIS MÉNDEZ, cuando parte de la definición genérica que se ha construido de las políticas públicas como “la acción por parte del Estado dirigida a cumplir cierto objetivos”, la cual considera “excesiva” y “estirada”, por no comprender su concepto contrario o como lo denomina “contrario” empírico. Así es como para construir un concepto más específico de lo que es una política pública, procede a señalar diferencias entre política, decisión y otro tipo de situaciones. De manera que concluye señalando que por política pública se debe entender a aquellas:

Situaciones en las que el Estado, ante un problema determinado, ejecuta una estrategia o programa de acciones dirigidas a su solución a través de ciertos inventivos (monetarios, legales, de organización, etc.) y formas (gestión pública directa, gestión semi-pública, sub-contratación, etc.)¹⁸⁸.

Y es que “la indiferencia y el no reconocimiento hacen que los sistemas de justicia indígena estén permeados por la justicia penal”¹⁸⁹, esto a pesar de que:

Existen algunos sistemas de justicia indígena que resisten a través de los ritos de armonización y sanación originarios: la justicia wayúu con el palabrero, el sistema de justicia ko-

187 JEAN-CLAUDE THOENIG. “Política pública y acción pública”, *Gestión y Política Pública*, vol. VI, n.º 1, 1997, disponible en [http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.VI_No.I_1ersem/TJ_Vol.6_No.I_1sem.pdf].

188 JOSÉ LUIS MÉNDEZ M. “La política pública como variable dependiente: hacia un análisis más integral de las políticas públicas”, *Foro Internacional*, vol. XXXIII, 1 (131) enero-marzo, 1993, disponible en [<https://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi/article/view/1329>], pp. 116 y 117.

189 GUTIÉRREZ QUEVEDO. “Pluralismo jurídico y cultural extinto en los muros carcelarios”, cit.

gui y arhuaco con el mamo, y los sistemas de justicia del Cauca con sus tewala y las asambleas, entre otros¹⁹⁰.

Dentro de estos mismos reconocimientos no hay una constante para las justicias propias de los diferentes pueblos indígenas, pues el proceso:

No fue producto de un diálogo intercultural y ha obedecido más a factores sociales, políticos e históricos de cada pueblo, lo que ha generado que, en algunos casos, estas justicias propias se tornen híbridas, en algunas ocasiones implementando aspectos de la justicia ordinaria y en otras reafirmando su diversidad y autonomía¹⁹¹.

Aun cuando el paradigma imperante en la materia, es el populismo punitivo, mismo sobre el que autores como ROXIN ya han manifestado su erróneo, esto es:

Aumentar o dar una pena no cambia en nada la existencia de crímenes y por eso la medida más eficaz contra la criminalidad es tratar de cambiar los orígenes y las causas de estos comportamientos; por ejemplo, la pobreza, es una causa muy importante. O tomar medidas preventivas para evitar el delito. En todo el mundo se piensa que aumentar penas es una respuesta efectiva a los crímenes y esa es también la explicación de por qué la pena de muerte existe hasta hoy, a pesar de que en la teoría penal y criminológica no hay ninguna justificación para la pena capital¹⁹².

190 Ídem.

191 OLARTE DELGADO y RAMOS VEGA. “El transitar de la jurisdicción indígena en Colombia:..., cit.

192 JUSTICIA EL TIEMPO. “El populismo punitivo es una tendencia errada en todo el mundo. Entrevista a Claux Roxin”, *El Tiempo*, 17 de marzo 2017, disponible en [<https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/entrevista-a-claus-roxin-sobre-el-proceso-de-paz-en-colombia-68588>].

II. SISTEMAS SOCIALES Y SU ENLACE CON LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Hacer mención de teoría de sistemas y sistemas sociales, es una inherente referencia a NIKLAS LUHMANN, titánica propuesta que inició en la década de 1970, de generar un sistema completo para expresar e interpretar a la sociedad, casi medio siglo después, dicha labor continúa traspasando concepciones en diferentes áreas de la academia, después de todo el objetivo de LUHMANN, era universal; el punto de partida, la comunicación, no será para LUHMANN, el individuo, como tradicionalmente se ha planteado.

Tanto la economía, la política, la ciencia, etc., como el derecho, serán sistemas determinados por su estructura, en el caso del derecho, su estructura, esta “solamente se puede especificar mediante sus propias estructuras qué comportamiento es conforme a Derecho y cuál contrario a Derecho, y asume al respecto una competencia exclusiva en la sociedad”¹⁹³; es así que “el Derecho determina, exclusivamente con referencia a normas jurídicas o a decisiones jurídicas, lo que es Derecho y lo que es contrario a Derecho”¹⁹⁴; esto se materializa como el ejercicio del derecho solo es posible mediante el ejercicio mismo del derecho, y al realizar este ejercicio, se hace participando del sistema jurídico.

Para LUHMANN, se puede entender el sistema jurídico como:

Un contexto de comunicación operacionalmente cerrado y, a la vez, informacionalmente abierto, que se diferencia y delimita mediante sus propias operaciones en un entorno social y al mismo tiempo, determina en qué aspectos se deja influir por su entorno. El sistema está especificado exclusivamente mediante sus propias estructuras. No hay un derecho que se pudiera introducir desde fuera en el sistema y, por otra parte, tampoco un derecho que pudiera ser exportado desde el sistema al entorno. Todas las comunicaciones que son procesadas jurídicamente son procesadas por el siste-

193 NIKLAS LUHMANN. “Dos caras del Estado de derecho”, en *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, Bogotá, Externado, 2014, p. 40.

194 Ídem.

ma, se han de basar en el recurso al Derecho ya existente y, de este modo, contribuyen a la reproducción del Derecho¹⁹⁵.

Sin embargo, la espiritualidad de los pueblos indígenas en Colombia se percibe como base fundamental en la construcción de los sistemas jurídicos propios y también como sustento de las diferentes herramientas que tienen los pueblos para impartir justicia dentro de sus comunidades, y que, seguramente sirvan como insumos para una coordinación jurisdiccional.

Es importante entender la espiritualidad como algo anterior a todo principio o elemento de legalidad o legitimidad, reglamentario del derecho de los diferentes pueblos indígenas y es en ella donde radica -desde una visión Occidental- los elementos esenciales de la constitucionalidad indígena. De esta manera, la espiritualidad no es un factor ontológico que cimiente un sistema, sino por el contrario es un mandato cultural, dado a través de la Ley de Origen, que puede ser percibido como una disposición “constitucional” que ha sido ancestralmente grabada en los territorios y al interior de cada indígena; que se consagra a través de prácticas tradicionales como la oralidad, el tejido, las danzas y es aceptada por los pueblos originarios de forma natural. Es por esta razón que los fundamentos utilizados en el derecho natural encuentren sus raíces en el mito indígena, dándole de esta manera la legitimidad necesaria al proceso judicial que logra mantener una condición “étnica” diferenciada y en ese sentido, darle un reconocimiento a la jurisdicción propia sin más formalidad que la designada por la Ley de Origen.

La espiritualidad está ligada de manera profunda a la ancestralidad de los pueblos, a sus formas de vida, cultura, etc. Es la base organizacional de los mismos. Identidades, cosmovisiones y lengua, son características esenciales para comprender el papel que juega la espiritualidad en las formas de pensar, construir y asegurar los sistemas de jurisdicción propios y, en consecuencia, entender la importancia que esto implica para la coordinación jurisdiccional con la rama judicial en Colombia. Es en esta espiritualidad, que los pueblos indígenas encuentran formas particulares de aplicar y administrar su justicia propia; en concordancia de los usos y costumbres propias, además de la protección de las normas constitucionales de los derechos de los pueblos originarios.

Vemos entonces que la ritualidad, el mito, el respeto, etc., están íntimamente relacionados a la espiritualidad que se reflejan en esa memoria histórica de cada pueblo, convirtiéndose en costumbres, usos y tradiciones que reflejan culturas particulares de los pueblos; sus cosmovisiones, valores y pensamientos, así como las luchas por ese reconocimiento de una sociedad históricamente invisibilizada, se han convertido en características primordiales que han forjado las identidades culturales y políticas de cada pueblo.

Ahora bien, para explicar mejor la concepción de la justicia en los pueblos indígenas, es importante identificar algunas características principales que marcan la relación espiritual y cosmogónica de los pueblos y comunidades enmarcados en los territorios, elementos primordiales que se manifiestan a través de sus mitos y formas de gobernanza ancestral. Una de estas características como ya se ha enunciado, es la relación intrínseca espiritualidad-territorio y Ley de Origen; ya que, para los pueblos indígenas lo material es una extensión de lo espiritual, por ende, se concibe el territorio como un ser vivo que hace parte de un todo universal (naturaleza) y es en este donde se “desarrollan” cultural, social, económica y ancestralmente de acuerdo a las formas organizativas que la naturaleza ha orientado a través de la Ley de Origen.

Entender al territorio como un sujeto, nos da una noción más amplia de algunas propiedades esenciales propias de la naturaleza y que, en una visión desde los pueblos originarios, se expresan en elementales que hacen parte de ella, dándole de esta manera:

Un valor metafísico que afecta directamente su relacionamiento con ella. Es decir, le otorga alma a cada uno de los elementos del mundo natural: montañas, ríos, fuego, plantas, piedras, etc. Si hacemos una lectura histórica en perspectiva, podríamos interpretar que el otorgarle alma a la naturaleza es una acción política de igualdad, que busca desvirtuar la concepción de la naturaleza como objeto, como en tiempos de la colonia sucedió con los indígenas. Pues, en 1537, los europeos negaron la existencia del alma de los indígenas, quienes fueron concebidos como *salvajes*¹⁹⁶.

Y en este sentido, vale la pena reflexionar sobre la existencia de una correlación mutua de cuidado entre los pueblos y la naturaleza. Mientras la naturaleza provee lo necesario para la vida (aire, tierra, elementos vitales, etc.) los pueblos y comunidades retribuyen este bienestar defendiendo la biodiversidad y cuidando su medio ambiente; dándole un valor adicional a ese pensamiento ancestral.

Este relacionamiento se configura a través de prácticas ancestrales (ontológicas) conectadas a la transmisión de saberes dados de generación en generación, y que a su vez se derivan de las experiencias materiales e inmateriales, tanto propias como las de sus antecesores, generando una apropiación más profunda de su territorio-naturaleza que ha llevado a la construcción de una identidad colectiva; tenemos entonces a la identidad como un elemento fundamental para comprender el significado de unión entre los pueblos originarios y la naturaleza. Es por eso, que tanto los territorios como las identidades que devienen de estos, así como las diferentes formas de relacionamiento con el espacio material de los pueblos y comunidades, generan vínculos con ese territorio (espacio geográfico) específico apropiándose del mismo y expresándolo en formas simbólicas propias.

En consonancia,

el hombre es un ser simbólico porque supone una capacidad espiritual, libre y autónoma para producir en todo momento “representaciones” determinadas, formadas a partir de las impresiones” y en este sentido “las formas simbólicas constituyen los caminos de la objetivación del espíritu”¹⁹⁷.

Dentro de las formas simbólicas encontramos el mito, las leyendas, el lenguaje, etc., que, en la perspectiva del autor en referencia,

el lenguaje y el mito están íntimamente relacionados, y en las primeras etapas de la cultura humana, su cooperación tan patente que resulta casi imposible separar al uno del otro, de manera que siempre que encontramos a un ser humano, lo hallamos en posesión de la facultad del lenguaje, y bajo la influencia de la función mitopoiética¹⁹⁸.

197 ERNST CASSIRER. *Filosofía de las formas simbólicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 18.

198 MARÍA G. AMILBURU. “Ernst Cassirer”, en FRANCISCO FERNÁNDEZ LABAS-

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y atendiendo a esa autoformación, la cual ha sido desarrollada por los pueblos a través del tiempo y de su conocimiento propio, la *mitopoiésis* se convierte entonces, en una forma de lenguaje propio que se extiende a través de las narraciones de las y los ancestros para originar el mito, y que posteriormente serán las bases fundadoras de las leyes de origen de los diferentes pueblos indígenas; que a su vez, son la raíz y los principios rectores que constituyen los usos, costumbres y sistemas jurídicos propios. Es a partir de la comunicación oral que la Ley de Origen toma fuerza y es en esa transmisión de saberes ancestrales que confluye uno de los principios ordenadores que orientan el caminar de los pueblos indígenas:

La Ley de Origen es la ciencia tradicional de la sabiduría y del conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y lo espiritual. Su cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos como pueblos indígenas guardianes de la naturaleza. Así mismo, regula las relaciones entre los seres vivientes, desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad y la convivencia en el territorio ancestral legado desde la materialización del mundo¹⁹⁹.

Todo esto se traduce en formas de organizarse y de fortalecer el ejercicio de gobernabilidad, entendida como:

... un sistema que opera hacia el interior de los pueblos indígenas y también hacia el exterior, referida al ejercicio de los sistemas de identidad y autoridad propios; de regulación y control social interno de los pueblos indígenas; y a las relaciones de estos sistemas con los gobiernos nacionales. Además, analiza las relaciones históricas entre pue-

TIDA y JUAN ANDRÉS MERCADO (eds.). *Philosophica: Enciclopedia filosófica online*, 2010, disponible en [<https://www.philosophica.info/voces/cassirer/Cassirer.html>].

199 CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL HUILA -CRIHU-. *La Ley de Origen y los pueblos indígenas*, 18 de julio de 2013, disponible en [<https://www.crihu.org/2012/09/la-ley-origen.html>].

blos indígenas y gobierno, signadas por la oposición y el conflicto. Señala también, que la gobernabilidad le ha dado a los pueblos indígenas cimientos importantes para recuperar un sentido de igualdad, de pertenencia, de identidad colectiva, lo que los hace fuertes para enfrentar el conflicto y resistentes para vivir y recrearse²⁰⁰.

Es en esta diversidad de pensamientos, culturas e identidades donde encontramos a los pueblos indígenas y sus diferentes formas de justicias propias, que nacen a través de sus cosmovisiones, realzando su diversidad como pueblos originarios, su cultura, su arte, sus sistemas jurídicos, entre otros. Por ejemplo, no es lo mismo hablar de un *arhuaco* que de un *muysca* o un *nasa*. Es por eso que la denominación de “indígena” impuesta por la colonia, no puede tomarse como una generalidad correspondiente a una sola forma cultural, ya que puede confundir. Por el contrario, si hablamos interculturalmente de los pueblos indígenas, es indispensable hacerlo desde la pluralidad de 115 cosmovisiones, culturas, identidades, justicias propias, etc., existentes en este territorio denominado Colombia.

En este sentido, el accionar intercultural debe estar dirigido a la singularidad de cada uno de los pueblos que habitan el territorio nacional, para de esta manera poder interactuar con cada una de sus justicias; es por eso, que la búsqueda de la igualdad para los pueblos la encontramos materializada en esa especificidad de cada cultura²⁰¹. De

200 GLADYS JIMENO SANTOYO. *Gobernabilidad indígena y territorio*, Ontario, Fundación Canadiense para las Américas, 2006, disponible en [https://www.focal.ca/pdf/indigenous_Jimeno_gobernabilidad%20indigena%20territorio_January%202006_FPP-06-01_s.pdf].

201 “... Las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad...”, vemos entonces que, para la corporación los derechos fundamentales pueden llegar a tener una prevalencia entre ellos mismos; sin embargo, esa prevalencia debe tener presente características primordiales como: “... las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento, o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la

esta forma, no se trata de aplicar una norma por cumplir la formalidad, sino de no ir en contra de los derechos de los pueblos indígenas, atendiendo a cada una de sus especificidades.

Para los pueblos indígenas la espiritualidad está relacionada con los rituales (armonización), el respeto por sus tradiciones que convergen en memorias históricas de usos y costumbres transformadas en culturas; a los valores, esencias, credos convertidos en cosmovisiones; así como las luchas por el reconocimiento como colectividades diversas que habitan los territorios, lo que los ha llevado a forjar esas identidades políticas a través de sus particularidades culturales. Es así que en la espiritualidad confluyen tres características principales: identidades, culturas y cosmovisiones que actúan de manera sincrónica; organizando los pilares fundamentales del “ser” indígena. Todo esto forma un sistema propio y vital para los pueblos que, de ser vulnerado por las externalidades de la sociedad mayoritaria, podría causar la pérdida de toda una cultura. Vemos entonces como la espiritualidad se convierte en el eje transversal que vincula diversos procesos ancestrales con los sistemas jurídicos propios, apuestas políticas y cosmovisiones en la realidad que vivimos actualmente.

III. EL DIÁLOGO CON LOS SABEDORES PARA LA CONVERGENCIA DE LA JEI Y LA JO

Dentro de los primeros procesos que se dieron después de la expedición de la Constitución de 1991, en la justicia ordinaria y las comunidades indígenas, se encuentra el dirigida por el magistrado CIRO ANGARITA BARÓN, en Sentencia T-428 de 1992, en el cual la Comunidad Indígena de Cristianía, del departamento de Antioquia, se vio afectada por la realización de una carretera en terreno circundante a su comunidad debido a la existencia de una falla geológica, que afecta toda la zona, así como:

Destrozos en las construcciones ubicadas en zona aledaña a la carretera; de manera específica en el trapiche, el beneficiadero de café, un establo, varias corrales y viviendas,

‘justicia del caso concreto’ de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto”. Sentencia C-139 de 1996, cit.

todos los cuales han quedado inservibles. Las remociones de tierra, junto con el uso de dinamita y la utilización de parte del terreno perteneciente a la comunidad como botaderos de tierra, se mencionan como causa de la destrucción de las instalaciones señaladas²⁰².

La acción buscaba la suspensión de las obras, en primera y segunda instancia, fue negado el amparo de los derechos de la comunidad, la acción de tutela fue seleccionada para revisión por parte de la Corte Constitucional.

En la decisión adoptada por la Corte, en la cual revoca las decisiones de las instancias anteriores y concede la orden de suspensión de las obras a la Comunidad de Cristianía, “hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad”²⁰³, se le da una especial importancia a la protección de la diversidad étnica y cultural.

Ya que, para ANGARITA, los indígenas:

Ya no son simples comunidades “bonitas” para turistas, para demostrar el pluralismo étnico y la diversidad cultural. Son interlocutores válidos e iguales ante el Estado colombiano. Por eso, si se va a hacer una carretera que es muy importante para el desarrollo del mercado interno y la consolidación de la economía local, y si la carretera va a pasar por el resguardo, los indígenas tienen derecho a que se les consulte, porque tanto como el desarrollo, es importante el respeto a esa comunidad²⁰⁴.

202 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-428 de 24 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-428-92.htm>].

203 Ídem.

204 MARÍA TERESA HERRÁN. “Ciro Angarita, el magistrado que se salió del molde”, *Semana*, 30 de septiembre de 2017, disponible en [<https://www.semana.com/nacion/articulo/ciro-angarita-retador-libro-de-maria-teresa-herran/542287/>].

Para él “perder una etnia es infinitamente más importante que dejar de hacer una carretera, porque eso es irrecuperable, es irreversible”²⁰⁵, y el caso se dibujaba como una confrontación entre dos intereses generales, el de la comunidad indígena y el de los beneficiarios de la construcción de la carretera, y según esto,

si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés, las pretensiones de comunidad indígena poseen un mayor peso. Mientras que su interés se funda en el derecho a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés del resto de la comunidad está respaldado en el derecho a la terminación de una obra concebida para el beneficio económico de la región²⁰⁶.

Uno de los eventos cruciales en el desarrollo de estos diálogos lo encontramos en el desarrollo del Acuerdo de Paz colombiano de 2012, en el cual se incorporó:

Un capítulo étnico como consecuencia de las movilizaciones y la agenda política de los grupos étnicos. Así mismo, jueces indígenas y afrodescendientes fueron nombrados en la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, la cual está llamada a aplicar un “enfoque étnico-racial”²⁰⁷.

E incluso en el reconocimiento de la diferencia, se fijó un innovador protocolo para el manejo de los conflictos de competencia entre la JEP y la justicia especial indígena, en el cual, en caso de un conflicto de competencia,

en primer lugar, un magistrado de la JEP tiene a cargo la exposición de los hechos, las conductas y los comparecientes; Luego, la autoridad indígena debe realizar una narración y comprensión del caso desde su cosmovisión y argumentar sobre su competencia...

205 Ídem.

206 Sentencia T-428 de 1992, cit.

207 BRACONNIER MORENO. “El diálogo entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la jurisdicción especial indígena en Colombia:..., cit.

Una vez culminadas ambas exposiciones, las partes adelantarán un diálogo intercultural para definir cuál de las jurisdicciones es competente para asumir el caso y los mecanismos de coordinación y articulación que consideran pertinentes.

De no lograr un consenso sobre el escenario de articulación y coordinación, podrán declarar la existencia de un conflicto de competencias. En este tipo de caso, se deberá transcribir en un documento el diálogo dado y remitirlo a la Corte Constitucional, la cual tiene entonces la última palabra en cuanto a la jurisdicción competente²⁰⁸.

Estos espacios al interior mismo del sistema judicial, en los cuales se considera el diálogo intercultural, permiten discutir y entender el sentido de los conceptos que, de ordinario uso para los jueces de la JO, conllevan un sentido diferente para la JEP, como, por ejemplo:

El término utilizado como el equivalente de “sanción” en la lengua nasayuwe del pueblo nasa, se refiere más bien a las ideas de “remedio” o “sanación”. El término “justicia”, para calificar la justicia nasa, se debería más bien traducir como “armonía”.

El mismo concepto de “jurisdicción indígena” es considerado como Occidental, pues es usado en Colombia para tratar la competencia propia de las autoridades indígenas para impartir justicia en sus territorios, desde el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución de 1991, pero constituye una traducción muy aproximativa de las prácticas del derecho propio²⁰⁹.

Es importante enfatizar en distintas medidas interculturales que permitan garantizar la aplicación del principio constitucional de la diversidad étnica y cultural; teniendo en cuenta que el sistema jurisprudencial multicultural no ha podido resolver los problemas de protección

208 *Ibíd.*, pp. 219 y 220.

209 BRACONNIER MORENO. “El diálogo entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la jurisdicción especial indígena en Colombia:..., cit., p. 230.

que se han generado para las personas indígenas en el país. Esta perspectiva intercultural de la que se ha venido hablando hace algún tiempo en los pueblos indígenas, nos da luces de cómo organizar y armonizar herramientas e instrumentos desde las dos justicias (JEI-JO) encaminadas hacia un tránsito de lo punitivo hacia lo restaurativo con un enfoque propio intercultural según la cosmovisión de cada pueblo.

Para las comunidades indígenas, la cárcel constituye un elemento cultural que no identifica sus prácticas tradicionales y que, además ha sido impuesto por Occidente; esto ha llevado a que las personas indígenas entren en dinámicas de aculturación, separándolos de sus vínculos individuales y comunitarios. A esto se suman las condiciones de vulnerabilidad de las que son víctimas, así como la falta de políticas interculturales que garanticen la protección efectiva de los pueblos indígenas y sus integrantes. Según la Corte Constitucional: “Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos”²¹⁰, caracterizando esta situación como un estado de cosas inconstitucional que de alguna manera el sistema actual no ha podido resolver.

En la construcción de la justicia ordinaria en nuestro país, no se han logrado implementar los distintos espacios ni las herramientas necesarias para evitar el desarraigo de las personas indígenas, situaciones que se suman al grave riesgo de extinción física y cultural de las que son víctimas los pueblos originarios en Colombia. De esta manera, desde la interculturalidad se propone un diálogo más abierto donde se pueda establecer un enfoque diferencial, así como medidas de justicia restaurativa donde se deben privilegiar los casos de las personas indígenas. Dinámicas que tengan en cuenta lo espiritual como un eje transversal de la construcción de justicias propias de cada uno de los 115 pueblos indígenas en el país.

Las relaciones establecidas hasta el momento en esa “colaboración” entre ambas justicias son ambivalentes en la medida que una buena parte de la información no es compartida entre ellas mismas; ya que esta se encuentra disipada en distintas instituciones y los detalles de cada caso no son claros, así como tampoco las autoridades que emiten las órdenes de condena. Es en este punto donde se encuentran bastantes diferencias entre muchos casos de personas indígenas so-

metidas a la justicia ordinaria y aquellos que se han sometido a la justicia especial indígena. Respecto a ello, es importante tener en cuenta que el Convenio 169 de la OIT establece que: “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos [indígenas y tribales] deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”, y que, en tales casos: “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (art. 10.º). Lo que implica que la cárcel debe utilizarse como última opción para la imposición de “penas”²¹¹.

Por otro lado, el estado de cosas inconstitucional ha venido agravando la situación de vulnerabilidad de las personas indígenas dentro del sistema de justicia ordinaria que ha fragmentado los lazos con las comunidades a las que ellos y ellas pertenecen.

Esto es, el estado de cosas inconstitucionales, tan solo ha tenido un efecto simbólico, ya que: “Desde una perspectiva instrumental, el ECI no ha logrado incidir, masivamente, en la protección de los derechos fundamentales de los reclusos”²¹².

A esto se le suman la falta de información real de las condiciones y características de las personas indígenas dentro del sistema, lo que ha dificultado la creación de políticas públicas con un enfoque diferencial. Además, la ambivalencia del sistema jurisprudencial actual queriendo trasladar la cárcel como un mecanismo punitivo a los distintos territorios indígenas; es aquí donde se plantean dos herramientas desde la visión indígena: i) la aplicación real del enfoque diferencial en el sistema jurídico y ii) el fomento de centros de armonización por parte del Estado colombiano. Todo esto teniendo en cuenta que el sistema normativo multicultural requiere un constante diálogo interjurisdiccional que no ayuda al avance de los procesos de justicia para las personas indígenas.

Este enfoque multicultural, les otorga a las justicias indígenas el grado de hermanas menores de edad hasta tanto no cuenten con sus propios centros “carcelarios”, así como esta asume que las sociedades

211 Para los pueblos indígenas las penas, como lo plantea el sistema punitivo Occidental no existen. Para los pueblos originarios se trata de una desarmonización que debe ser equilibrada a través de la medicina y la espiritualidad porque son enfermedades del cuerpo que deben ser erradicadas a través de estas prácticas ancestrales.

212 ARRIETA BURGOS. “El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: continuidades y discontinuidades foucaultianas”, cit.

indígenas se configuran de manera similar; de esta manera, basta solo con permitir la coexistencia de los pueblos indígenas. En este enfoque normativo es apenas normal que para que una persona indígena pueda cumplir con una “pena” impuesta por la JO en el territorio, se deba llevar toda la infraestructura y todo el relato del sistema punitivo mismo. Como se había planteado con anterioridad, la propuesta desde los pueblos indígenas va más allá de la “cárcel” y se enfoca desde la interculturalidad para desarrollar el consenso, el diálogo, el respeto y la protección de los derechos individuales, en un marco de ambiente y naturaleza como eje rector de las decisiones. Así mismo, el relacionamiento entre las sociedades existentes sin ninguna clase de jerarquías entre ellas.

En este sentido, este enfoque sobrepasa la visión de la cárcel y argumenta que, aunque una persona indígena deba purgar condena en prisión, su derecho fundamental a la igualdad involucraría la adopción de medidas con un enfoque diferencial que permitan mantener sus raíces culturales, sus vínculos comunitarios y que de la misma manera se le permita desarrollar su cosmovisión. En este sentido se propone desde esta perspectiva que se implemente el enfoque diferencial para cada condena de las personas indígenas, o bien, se cumpla la pena en el territorio; de esta manera, no es adecuado ni necesario hacer el traslado de los mecanismos de orden punitivo a los territorios indígenas. Todo esto, conlleva a tener un mayor nivel de apertura tanto al diálogo como a la comprensión del carácter restaurativo de las diferentes justicias indígenas existentes en los pueblos originarios en Colombia.

... un enfoque diferencial indígena materializado en el cumplimiento de la pena en un lugar de reclusión propio que establezca el resguardo indígena al cual pertenece el miembro indígena -imputado o condenado-; o la creación de establecimientos de reclusión especiales, proporcionados por el Estado; o, en su defecto, pabellones diferenciados dentro de las mismas cárceles ordinarias, son medidas constitucionales que protegen la identidad cultural y la diversidad étnica, así como la intención del legislador, quien quiso brindar una protección especial en los lugares de reclusión a sujetos especialmente protegidos por la Constitu-

ción, como las mujeres, los adultos mayores, los niños, los discapacitados y las minorías étnicas, entre otros²¹³.

Lo realmente importante para lograr la coordinación entre las dos jurisdicciones y para que la JEI actúe de manera independiente, es que se puedan construir canales con relaciones jurídicas estrechas, que además contengan elementos basados en principios de independencia judicial con una protección plena de la diversidad étnica y cultural en un diálogo permanente y eficiente con el Estado colombiano. En este punto, no se trata de convertir a las autoridades tradicionales indígenas en legisladores (Occidentales) ni viceversa –teniendo en cuenta que ya los son cada uno en sus respectivos ámbitos–, tampoco se trata de la imposición cultural de uno u otro lado, ni mucho menos de que los procesos judiciales se conviertan en métodos de aculturización en medio de los páramos y las selvas. Todo esto, lo que busca es que se respete de manera consciente los sistemas jurídicos indígenas y la autonomía e independencia de sus formas propias de juzgar; así como el reconocimiento de la justicia especial indígena.

Ahora bien, dentro de toda la complejidad que representan los sistemas jurídicos indígenas y la significación de conceptos como la “cárcel”, el “delito” y el “castigo” entre otros. Es de vital importancia tener en cuenta que las reivindicaciones de los pueblos indígenas, además de estar basadas en un componente espiritual profundo, parten también desde lo identitario y cultural; ya que se producen desde la integridad cultural, principio por el cual han venido luchado históricamente los pueblos indígenas. Este principio es fundamental para poder comprender la relación y competencia de la JEI con los pueblos. Así como el autorreconocimiento de las diversas particularidades culturales de cada uno de los 115 pueblos originarios, a través de la defensa del territorio, la educación propia, sus prácticas ancestrales, sus lenguas nativas, etc. En el entendido que los pueblos indígenas son sujetos colectivos y no individuales.

213 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-642 de 4 de septiembre de 2014, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>].

IV. HACIA DÓNDE IR DESDE EL PLURALISMO JURÍDICO

El pluralismo jurídico implica la aceptación de diversos sistemas jurídicos originados a partir de fuentes diferentes al Estado, con lo cual se aleja de la concepción monista, según la cual el derecho era creado a partir del poder soberano y de la existencia de un orden estatal²¹⁴. Conforme con este planteamiento, es que autores como ROULAND²¹⁵ aseveran que el *pluralismo jurídico*, “afirma la existencia de derechos no estatales, que nacieron en contextos sociales específicos”. Luego, EHRLICH²¹⁶ agrega que entonces se debe alejar la mirada de la concepción de un derecho meramente estatal, toda vez que el “centro de gravedad” de este “no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma”.

Para VALENCIA TELLO, “hasta el momento no existe ningún acuerdo sobre cómo conceptualizar el pluralismo jurídico presente en las sociedades y en los Estados, pues dependiendo de la visión y disciplina de cada autor, el concepto invoca diferentes contenidos”²¹⁷; sin embargo, es claro que estos estudios versan sobre:

La existencia de sistemas normativos por fuera del Estado, es decir, sistemas normativos no oficiales como los culturales, que pueden ser regulados por la costumbre, la religión o la economía, etc.; los cuales son vinculantes para las personas que pertenecen a comunidades específicas²¹⁸.

Para MICHEL VON DE KERCHOVE y FRANÇOIS OST, el pluralismo jurídico hace alusión a:

214 MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO. “Pluralismo jurídico y cultural en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 26, 2011, pp. 85 a 105, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2880>].

215 NORBERT ROULAND. *Anthropologie juridique*. Francia, 1988, disponible en [http://classiques.uqac.ca/contemporains/rouland_norbert/anthropologie_juridique_1988/anthropologie_juridique.pdf].

216 EUGEN EHRLICH. “Respuesta a Kelsen”, en *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

217 DIANA CAROLINA VALENCIA TELLO. “Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 45, 2020, pp. 121 a 154, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6331>].

218 *Ibid.*, p. 123.

... la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas²¹⁹.

Agrega GEORGES GURVITCH²²⁰ que la fuente del pluralismo jurídico no es el derecho emanado de un ente estatal, sino de los denominados *hechos normativos*, por lo cual el derecho de las comunidades tiene su fuente en las acciones de la misma comunidad. Conforme con lo anterior, SANTI ROMANO señala que el derecho debe ser analizado no solo desde la noción de normas jurídicas, toda vez que afirma la existencia de sistemas jurídicos en los cuales es el juez quien al resolver los conflictos propone las normas que han de ser aplicadas. Conclusión de lo anterior, es la afirmación que hace cuando señala que “el derecho positivo no está en condiciones de decidir por sí solo el carácter jurídico de otros órdenes sociales²²¹”.

BOBBIO identifica dos fases en el desarrollo del pluralismo jurídico:

... la primera fase corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, principalmente a través de la Escuela Histórica del Derecho que afirma que los derechos emanan directa o indirectamente de la conciencia popular. Existe, no solo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio. Esta primera forma de pluralismo jurídico tiene cierto carácter estatista. La segunda fase corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir, un grupo social organizado. La consecuencia de la teoría institucionalista

219 MICHEL VON DE KERCHOVE, y FRANÇOIS OST. *Le système jurodoque entre ordre et désordre*, París, PUF, 1988, p. 163.

220 GEORGES GURVITCH. *L'idée du droit social: notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*, París, Sirey, 1932.

221 SANTI ROMANO cit. en ALFREDO SÁNCHEZ CASTAÑEDA. “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. I: Derecho romano. Historia del derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

es una fragmentación ulterior de la idea universal del derecho así como un enriquecimiento del problema de las relaciones de los sistemas jurídicos, puesto que ya no solo se parte de relaciones entre diferentes sistemas estatales sino también de los diferentes a los estatales: supra-estatales, infra-estatales, colaterales al Estado y anti-estatales²²².

Partir desde el pluralismo jurídico, conlleva reconocer tanto los esfuerzos y avances que se han realizado en el reconocimiento de las otras formas de entender y ejercer justicia, sin embargo, también es ir en contra de la falacia de que el Estado ya contempla “el pluralismo jurídico y cultural, la diversidad étnica y cultural y la jurisdicción indígena y, en el momento de la aplicación, se niegan todos sus derechos”²²³, el uso de esta falacia, es por ejemplo, el reconocimiento y codificación que se ha dado al fuero indígena, sin embargo el mismo, “difícilmente se aplica por la postura monista de la justicia colombiana”²²⁴.

Para GUTIÉRREZ QUEVEDO, avanzar en esto podría considerar dos caminos: “i) una política seria de reconocimiento de la diversidad, del otro y ii) una política de autorreconocimiento y autoprotección para reconocer quiénes somos”²²⁵.

De manera que “las justicias propias existan en sus territorios, debe haber un *reconocimiento estructural de la diversidad* de una manera seria y enfática en perspectiva de autorreconocimiento”²²⁶.

Para GARCÍA VILLEGAS constituye el éxito de una sociedad, lograr un balance adecuado entre las tensiones que se generan al confrontar determinados valores, en este caso con el fin de “reconocer la justicia étnica en toda su riqueza y con sus criterios propios de validez”²²⁷, lo cual implica que:

222 NORBERTO BOBBIO cit. en SÁNCHEZ CASTAÑEDA. “Los orígenes del pluralismo jurídico”, cit., p. 482.

223 GUTIÉRREZ QUEVEDO. “Pluralismo jurídico y cultural extinto en los muros carcelarios”, cit.

224 Ídem.

225 Ibíd., p. 57.

226 Ibíd., p. 59.

227 DE SOUSA SANTOS. *Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia*, cit., p. 8.

La justicia estatal deberá aprender y reconocer en la justicia étnica un interlocutor válido. En materia de justicia transicional, la justicia estatal deberá estar en la capacidad de aprender las formas de concebir el daño y la reparación que por siglos han manejado los pueblos étnicos²²⁸.

En este sentido, el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas impulsará también los estudios comparados en materia de derecho. Teniendo presente que los sistemas jurídicos se convierten en una de las expresiones más significativas de las 115 culturas que existen en Colombia en la actualidad; es aquí, donde se deben empezar a trabajar sobre cómo se constituyen estos sistemas culturalmente y ese ejercicio comparativo nos debe orientar una ruta hacia la sensibilización de razonamientos jurídicos producidos a partir de la perspectiva indígena. Es por eso, que para los pueblos indígenas, las tradiciones jurídicas propias son usadas de forma tal que se puedan clasificar diferentes temas a partir de un eje estructural como por ejemplo la cultura (y lo que se desprende de ella). Finalmente, las tradiciones jurídicas no son más que los mismos usos y costumbres practicadas y que se han naturalizando en las distintas sociedades indígenas en términos de justicia; ya que, son estos, los que han venido contribuyendo en la significación y re-significación en relación con la naturaleza y la estructuración de lo jurídico a partir de sus mitos de origen y principios metajurídicos (cosmovisiones). Acá se tiene en cuenta las distintas formas en las que funciona el derecho desde lo propio (operativamente) y el valor que se adquiere a partir de la legitimidad que se logra desde las comunidades indígenas.

Así mismo, la Corte Constitucional plantea que “el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente”, lo que implica que el Estado colombiano, a través de la rama judicial, tiene la responsabilidad de dar garantía para que todas las formas de tradiciones jurídicas, no solo la correspondiente a la sociedad mayoritaria sino todas aquellas que se derivan de los pueblos indígenas, puedan operar y coexistir de forma pacífica dentro del ordenamiento judicial de Estado. Sin embargo, este camino aún es largo teniendo en cuenta que el *réspice polum* del sistema judicial nacional deriva de Occidente, y no en las luchas y el legado

cultural que aún pervive de los pueblos originarios en el país. No son tradiciones extintas de las que se habla, son características culturales que están vivos en los pueblos indígenas a través de sus prácticas y ordenamientos jurídicos con particularidades propias de cada pueblo y en este sentido es la rama judicial la garante de salvaguardar la armonía entre la pluralidad de los sistemas jurídicos en el país.

Ahora bien, dentro del pluralismo jurídico debemos entender que la cultura es parte esencial de los pueblos indígenas, porque es en ella que encontramos todos los aspectos de las diferentes sociedades y de ahí se desprenden tanto las tradiciones jurídicas, como los sistemas propios de gobiernos en términos de justicia propia. Lo cultural es transversal en todos los ámbitos de las sociedades indígenas y lo encontramos en el desarrollo de la vida misma, ya que no se limita a un aspecto en específico. Nace de lo espiritual (desde el interior) convirtiéndose en costumbres, bailes, lenguajes, imágenes, etc. La cultura se refleja desde las acciones de vida que practican los sujetos, internamente desde lo espiritual a través del pensamiento (estructura mental) y exteriormente se refleja en signos y símbolos que se desarrollan en las prácticas rituales, el diario vivir, etc.

Con la confluencia de diferentes sistemas jurídicos que se “articulan” para referir nuevas concepciones de mundo y en palabras del taita LORENZO MUELAS: “Pensamos distinto y sentimos distinto y, cuando se piensa, se habla, y se siente distinto, es inevitable que se actúe distinto”²²⁹. Estas palabras deben orientarse hacia las formas que tienen los pueblos indígenas de ver el derecho en el marco del pluralismo jurídico. Una buena parte de la resistencia de los pueblos indígenas se enmarca en el razonamiento que tiene lugar entre su cosmovisión jurídica, las demás formas jurídicas y el colonialismo, que ha traído una violencia epistemológica inherente a ella. De esta forma, todo el pensamiento y el conocimiento indígena que surja en adelante dentro del pluralismo jurídico, evidenciará nuevas formas de pensamientos que se entrelazan para transformar aquellos paradigmas desde los cuales se ha venido observando el derecho y la justicia de los pueblos indígenas:

Nada más equivocado que la idea que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas ancestrales, que se han mantenido inmutables desde

la época precolonial. Si bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, también contendrá otros de origen colonial, y otros que hayan surgido en la contemporánea²³⁰.

Existen amplios ejemplos, como la solidaridad y la meritocracia, o el ambiente sano y la libertad de empresa, son justamente estas tensiones las que resuelven los tribunales constitucionales, entre ellos la Corte Constitucional, respecto al principio de diversidad étnica y cultural vs. el sistema de derechos fundamentales.

Mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones [...] Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C. P., art. 2.º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C. P., arts. 1.º y 2.º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C. P., arts. 13 y 70)²³¹.

V. LA COMPLEMENTARIEDAD INDÍGENA Y SU SIGNIFICANCIA PARA LOS SISTEMAS OCCIDENTALES

La dualidad en el Abya Yala no puede ser entendida desde las perspectivas occidentales impuestas a través de la colonialidad; esta dualidad en los pueblos no se reduce a contraposiciones de pares (luz/oscuridad, frío/calor, vida/muerte, etc.) sino que se enfoca en la continuidad-identidad que existe entre ellos. De esta manera, vemos como el

230 CORPORACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO CIUDADANO. *Ejercicio del derecho propio. El caso del Tribunal Superior Indígena del Tolima*, CRIT, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) - Checchi and Company Consulting, 2005.

231 Sentencia T-254 de 1994, cit.

cuerpo no es contrario al alma, sino que más bien es la continuación de esta y al mismo tiempo el que la alimenta y la orienta. Cuando hablamos, decimos, la boca que emite las palabras y cuando decimos pensamiento, nombramos el cuerpo y el cerebro que piensa; de esta manera el cuerpo:

No se define como el lugar de los datos biológicos, es decir de lo material e inmanente y tampoco es el límite que marca la frontera entre el ser interno y el mundo exterior. En las tradiciones de las mujeres indígenas organizadas, el cuerpo tiene características muy distintas de las del cuerpo anatómico o biológico moderno [...] Entre el afuera y el adentro, existe un intercambio permanente y continuo. Lo material y lo inmaterial, lo exterior e interior están en interacción permanente y la piel es constantemente atravesada por flujos de todos los tipos²³².

Así, la dualidad no es un concepto abstracto que se pueda estudiar desde el pensamiento occidental ni desde ningún lenguaje simbólico de otras culturas orientales; ya que, la dualidad en los pueblos originarios andinos, como lo habíamos nombrado con anterioridad, se habla, se vive, se baila, se siente, se hace ley... y se expresa tanto en femenino como en masculino. Y se refleja a través de los mitos de origen donde cada pueblo tiene un brazo femenino y uno masculino; donde cada uno tiene una función en la creación.

De esta manera, los pueblos se configuran en una dualidad que está atravesada por la complementariedad, entendida por los pueblos indígenas como la conjunción de lo espiritual y lo físico. En esta cosmovisión el cuerpo es mucho más que un sistema que conforma un ser vivo; el cuerpo va más allá y tiene que ver con lo que se come, lo que se hace, como se enferma y como se cura, así como el diario vivir. En el cuerpo se reúne naturaleza y cultura porque este se percibe a través de las formas de habitar y transformar su entorno.

La armonía del mundo depende de que, tanto hombres como mujeres cumplan con los roles para los que fueron creados y que además se complementen de una forma integral en la que cada uno potencie

al otro. Encontramos entonces, que la complementariedad y la interdependencia son características que hacen posible el Buen Vivir; estas formas de vida están presentes en todos los momentos y aspectos de la vida (culturales, sociales, organizativos, etc.) que son transversales para el “desarrollo” de las comunidades en términos de la reciprocidad, así como el equilibrio de la vida en comunidad, aportando al tejido social y comunitario en aras del buen gobierno.

En las historias de origen de los pueblos indígenas, encontramos que el territorio es el mismo cuerpo de la mujer, a su vez la mujer se convierte en forma esencial de los territorios, identificados en su cuerpo a través del cual emergió toda la creación de cada uno de los pueblos, así como el conocimiento y las herramientas propias para poder usarlo. Los diferentes mitos explican la reproducción de los distintos seres que habitan el mundo, fundamentados en dos aspectos transversales: lo cultural y lo simbólico, entendiendo que las relaciones (cualesquiera que sean) son interdependientes y permiten la comprensión del universo como un sistema total, en donde el hombre y la mujer son tan solo una parte de este.

Estas características nos permiten comprender como la dualidad y la complementariedad son aspectos esenciales para la configuración del pensamiento indígena y de los diversos pueblos que hacen parte de él. En esa construcción cultural y simbólica se han venido complementado y configurando las distintas formas de justicia al interior de las comunidades y que han hecho que los sistemas propios de justicia avancen y pervivan en el tiempo, entendiendo que estos sistemas jurídicos deben lograr una complementariedad en conjunto con el sistema judicial nacional, armonizando así los procesos judiciales para lograr una equidad real en la que los dos sistemas estén a un mismo nivel en todo el territorio que hoy llamamos Colombia.

Por otro lado, es importante destacar algunos aspectos dentro del Estado colombiano en relación a una coordinación entre los dos sistemas jurídicos (JEI-JO). Primero, tener presente la constitucionalidad del Estado en términos de la legitimidad dada a partir de la interpretación del derecho frente a los tres poderes estatales y los cambios que se establecen en la medida que avanzan los procesos legislativos; esto convierte al derecho en un eje que ayuda a armonizar y organizar los diferentes aspectos del Estado, teniendo en cuenta las condiciones y costumbres de la sociedad.

Ahora bien, desde los procesos legislativos que se desarrollan en el Estado es fundamental que se logre establecer el principio intercul-

tural, buscando establecer el consenso como la forma más óptima de garantizar normativamente la co-existencia de los diferentes pueblos (indígenas y no indígenas) confluyendo principios de integralidad y reciprocidad con la capacidad de unificar de forma solidaria todos los sujetos políticos y de derechos. En estos procesos es de donde se desprenden las distintas políticas y leyes jurídicas que dan garantía a todas las culturas existentes en el Estado; y que luego, deberán ser revisadas por los diferentes tribunales constitucionales en una articulación interinstitucional con las autoridades indígenas en busca de un intercambio eficiente de información para la toma de decisiones conjuntas. En este sentido, además de tener presente principios como el pluralismo jurídico, la soberanía popular, etc. Cabe anexar también el principio de interculturalidad.

En este sentido y atendiendo a la complementariedad de los dos sistemas jurídicos, el diseño intercultural debe recoger aspectos normativos transversales que permitan avanzar en una coordinación eficiente. Es por eso que todas las formas de intercambio deben darse a partir de un diálogo formativo enfocado en el intercambio de conocimiento entre las partes. Para esto, es indispensable entrar en contacto con cada justicia propia para reconocer cada sistema y cada experiencia como particulares en sí mismas. En este ejercicio de intercambio de saberes, los sujetos encuentran una serie de argumentos, opiniones, puntos de vista, formas de pensar, etc., donde todas y todos tienen un aporte significativo en la construcción de nuevas perspectivas interjurisdiccionales. Sin embargo, es importante ser conscientes que este intercambio de saberes intercultural lleva a que las culturas sean permeadas por dinámicas de consenso que se dan a partir de las distintas formas de vida de los pueblos originarios.

Lo que busca el diálogo intercultural no es sobreponer las cosmovisiones indígenas frente al pensamiento occidental; sino por el contrario, la transformación de las relaciones verticales en horizontales a través del pensamiento ancestral, para tejer nuevos mundos. Todo esto, articulado en un marco constitucional equitativo. Así mismo, los procesos legislativos interculturales deben configurarse desde la visión de la otra, respetando las particularidades de cada una, así no se logren comprender en su totalidad. Todo esto nos lleva a tener una diálogo autoreflexivo, en donde cada cultura a pesar de tener raíces y conciencias diferentes, pueden llegar a una comprensión del “otro” mucho más asertiva; estas perspectivas se entretienen para transformar y construir otras dinámicas, basadas en nuevas formas de pensamien-

to que caracterizaran una multiplicidad de formas de vida. Llevando así a la práctica, tanto las formas duales de los sistemas jurídicos como la complementariedad que cada uno debe orientar para lograr la coordinación y articulación de las visiones que se tienen de las justicias.

En ese orden de ideas –parafraseando desde la perspectiva intercultural– la arquitectura organizacional del Estado constitucional está hecha para la autoorganización autónoma de la coexistencia de las diferentes formas de vida, garantizadas por un sistema de derechos que permite el intercambio dialógico-equitativo permanente, y reacciona frente a relaciones de poder y estados de dominación que puedan tener lugar entre los sujetos políticos, en el marco del sistema-mundo²³³.

Por último, destacar algunos avances en la coordinación entre los dos sistemas jurídicos es imperativo, ya que estos mecanismos nos pueden dar luces de cómo empezar a abordar los procesos de articulación entre la JEI y la JO. Estas propuestas de mecanismos de articulación interjurisdiccional se han creado a partir de investigaciones desarrolladas por la Jurisdicción Especial para la Paz con el acompañamiento de líderes, organizaciones nacionales como la ONIC, autoridades indígenas y el Consejo Superior de la Judicatura y que anunciamos a continuación: i) Acompañamiento de la autoridad étnica; ii) Comunicación intercultural e interjurisdiccional; iii) Notificación a la autoridad étnica; iv) Renuncia de la competencia de la autoridad étnica; v) Prácticas de pruebas en territorios étnicos; vi) Armonización intercultural; vii) Centros de armonización indígena e instituciones equivalentes; viii) Reincorporación; ix) Diálogo con las escuelas de derecho propio o sus instituciones equivalentes; x) Garantías presupuestales. Estas propuestas las encontramos en el reglamento general de la Jurisdicción Especial para la Paz desarrolladas a través del Acuerdo 001 de 2018, artículos 96 y 97.

233 DIANA MARÍA CARRILLO GONZÁLEZ. “Jurisdicción especial indígena: ¿mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas?” (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/47132>], p. 184.

Así mismo, es importante dejar constancia de los procesos que se han venido construyendo desde hace varias décadas a través de la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos Indígenas, creada a partir del Decreto 1397 de 1996²³⁴; más específicamente, desde la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la jurisdicción especial indígena –COCOIN–, en donde se ha venido trabajando en concertación con las entidades judiciales, ministerios y diferentes entidades del Estado colombiano todo lo referente a la coordinación interjurisdiccional tanto de los operadores de justicia, como las diferentes formas de justicia indígena y nacional.

En este trabajo, las organizaciones nacionales han hecho un gran aporte al desarrollo del pluralismo jurídico en el país en relación a los pueblos indígenas; es por eso que, durante este tiempo se ha logrado avanzar en la consolidación de mesas departamentales de coordinación interjurisdiccional en la mayoría de los departamentos donde existen pueblos indígenas, en aras de establecer acercamientos esenciales en la construcción de la diversidad judicial en Colombia. Sin embargo, falta avanzar en la conformación de mesas de coordinación a nivel local (descentralización judicial) en muchas zonas del país donde no ha llegado significativamente el Estado y que por lo general son los territorios donde habitan pueblos indígenas en su mayoría.

Estos elementos que se proponen en articulación con la JEP resultan importantes en la medida del diálogo que deben tener las dos jurisdicciones en términos de la complementariedad de los procesos judiciales, legislativos, sociales, económicos, etc., que deben, además de tener un enfoque diferencial, contar con el principio de interculturalidad que permitan el fortalecimiento de los sistemas de justicia propios, así como la armonización interjurisdiccional que garantice una coordinación y articulación efectiva dentro de este territorio llamado Colombia.

La complementariedad de los opuestos: la madre tierra y el hombre, la luna y el sol, las montañas y los llanos [...] en las cosmovisiones de los pueblos andinos no existe la luz sin la oscuridad; ya que, son complementos perfectos el uno del otro. Estas cosmovisiones parten de principios de re-

234 Decreto 1397 de 8 de agosto de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.853 de 12 de agosto de 1996, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1279607>].

reciprocidad, de tolerancia y del respeto por el otro en tanto sus diferencias y sus similitudes, lo bueno y lo malo; todo esto, buscando armonizar desde el corazón una convivencia pacífica, que va más allá de lo material, de lo cultural y que trasciende en el espacio-tiempo como Ley de Origen. En tiempos en los que se hace necesario y casi obligatorio retomar valores y conocimientos ancestrales, herencias de nuestros antepasados. Aspectos como reciprocidad, resignificación, reorganización y reidentificación están vivos en las comunidades y en las personas que lo vivimos diariamente a través de la montaña, los valles, el río, los árboles y demás seres vivos; elementos que son valores intangibles, que logramos articular y trabajar desde el pensamiento y que lo mueve el corazón. A esto también lo denominamos justicia, y la encontramos en todas las formas de vida (pensamiento muisca).

CONCLUSIONES

El sistema penal penitenciario y carcelario colombiano, ya desde la época fundacional de la colonia hasta la actualidad, mantiene serias deficiencias en las condiciones materiales de los centros de reclusión, con lo cual se ha perpetuado un estado de cosas inconstitucional, que generan graves violaciones a los derechos humanos de los privados de la libertad. Condiciones como el hacinamiento en personas indígenas y no indígenas, hace que se profundice esta situación de violación de DDHH; todo esto, dado por la falta de medidas con enfoque diferencial al interior del sistema nacional carcelario. Por otro lado, es importante destacar la orientación que se ha dado desde la jurisprudencia en cuanto al sistema punitivo actual, que busca trasladar “la cárcel” como dispositivo punitivo a los territorios de los pueblos indígenas.

Sin embargo, también encontramos algunas propuestas en apoyo a la jurisprudencia constitucional en términos de la interculturalidad que suman en la construcción de nuevas normas que permitan armonizar el sistema penitenciario en temas relacionados con el tratamiento penitenciario intercultural, los centros de armonización o sus equivalentes, entre otros. Abriendo el horizonte jurídico, tomando en cuenta una visión de justicia que recoge lo comunitario y lo restaurativo; estas propuestas, mantienen una seria diferencia con el concepto

de “cárcel” como parte del sistema punitivo, y por lo tanto es imperativo que su implementación deba pasar por un diálogo intercultural estricto con los pueblos originarios, a quienes por derecho propio les correspondería decidir sobre estos temas.

La perpetuada deficiencia de los SPPYC para dar un enfoque resocializador a la pena que cumplen los privados de la libertad, se encuentra ampliamente relacionado con la concepción errónea de la pena como simple castigo, el cual alienta a ignorar las malas condiciones de los presos, toda vez que suponen ser parte del castigo, y a su vez fortalece la promoción de políticas criminales de tipo populistas punitivas, que abogan por un aumento en la creación de tipos penales y su tiempo.

Existen tantas concepciones de Ley de Origen, Derecho Mayor y Derecho Propio, como comunidades puedan existir, todas más amplias que las concepciones de derecho y justicia tradicionales de visión occidental, toda vez que están se encuentra profundamente ligadas a la cultura, religión y territorio de la comunidad sin embargo, esto no es una limitante si no una oportunidad de generar una interacción enriquecedora entre la visión de justicia de la comunidad y la visión de justicia de la población mayoritaria.

En cuanto al pluralismo jurídico, vemos cómo responde a un reconocimiento efectivo de la diversidad cultural y étnica que busca el respeto por el otro, así como el reconocimiento de la capacidad para desarrollar nuevas rutas que abran el camino hacia una coexistencia de diversos sistemas jurídicos, que no son nada más que la armonía de diferentes visiones culturales de vida.

Se requiere entonces una visión más amplia del pluralismo jurídico, encaminada no solo al reconocimiento de las instituciones en el país, sino que sea un pluralismo que busque un relacionamiento recíproco entre todos los actores implicados en los procesos; esto supone un estudio profundo del derecho en sí mismo, entendiendo que cualquier orden social podría ser considerado derecho y más cuando en el país encontramos más de 115 órdenes sociales distintas. Este reconocimiento amplio del pluralismo jurídico, que reconoce a su vez el pluralismo cultural, concibe que los sistemas normativos indígenas son sistemas normativos de derecho (propio) y que tienen todas las capacidades para la resolución de conflictos, crear normas, etc. Enten-

diendo además que estos sistemas se encuentran bajo la visión constitucional del Estado. Este es el punto de partida para la construcción dialógica de aquellos preceptos superiores a través de la pluralidad.

Es necesario reconocer los avances que ha tenido el sistema jurídico colombiano en tanto el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios, así mismo ha tomado una posición más incluyente de las instituciones indígenas. En este sentido, el Estado colombiano ha adoptado una postura bajo la cual el pluralismo jurídico y cultural reconoce la diversidad étnica, reflejada en la jurisdicción especial indígena -JEI- a través del artículo constitucional 246. Y que se rige bajo tres elementos fundamentales: Ley de Origen, Derecho Mayor y Derecho Propio. Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha puesto límites a esta jurisdicción en términos materiales y formales respecto de los principios que fundamentan la normatividad constitucional bajo los cuales las autoridades indígenas deben someterse. De la misma forma, la jurisdicción constitucional tiene límites en cuanto a su actuación. Límites marcados por los conceptos de diversidad étnica y cultural, que son las bases fundamentales de la autonomía jurisdiccional y que nutren el pluralismo jurídico intercultural.

Para que las actuaciones de los sistemas dentro de los procesos legislativos, judiciales y demás relacionados a la justicia, tengan una eficiencia clara y asertiva, se hace necesario atender al principio de complementariedad, teniendo en cuenta este principio como rector de las actuaciones de los sistemas jurisprudenciales y que se debe encaminar a tomar lo mejor y más efectivo de cada uno, para de forma articulada, se logren resolver las deficiencias impuestas en los sistemas actuales ofreciendo una nueva opción que lleve a la resolución del conflicto de competencias entre la JEI y la JO, fortaleciendo lo instituido, pero al mismo tiempo creando una nueva versión de justicia a través del enfoque intercultural, que a todas luces puede ser la solución tan anhelada de justicia teniendo presente el desarrollo de mecanismos de articulación y coordinación que ya están vigentes dentro del Estado y que además involucra la visión restaurativa de los pueblos indígenas, el pluralismo jurídico y cultural, así como la capacidad instalada del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ARGOTE, CRISTIAN. “El hacinamiento en las cárceles colombianas es de 20% a marzo según datos del INPEC”, *Asuntos: Legales*, 2 de marzo de 2021, disponible en [<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-hacinamiento-en-las-carceles-colombianas-es-de-20-a-marzo-segun-cifras-del-inpec-3133024>].
- Acto Legislativo 01 de 22 de julio de 2020, *Diario Oficial*, n.º 51.383 de 22 de julio de 2020, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30039613>].
- AHUMADA RUIZ, MARÍA ÁNGELES. “Stare decisis y creación judicial de Derecho (constitucional). A propósito de ‘El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano’, de Ana Laura Magaloni Kerpel”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, n.º 67, 2003, pp. 351 a 365, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25662redco67357.pdf>].
- ALEXY, ROBERT. *La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático*, MARÍA CECILIA AÑÑOS MEZA (trad.), Bogotá, Derechos y Libertades, 1998.
- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, E. G. VALDÉZ (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ÁLVAREZ GARCÍA, HÉCTOR. *Los precursores de la libertad de expresión en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- AMAYA, JORGE ALEJANDRO. “El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 12, n.º 14, 2014, pp. 55 a 72, disponible en [<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/616>].

- AMILBURU, MARÍA G. “Ernst Cassirer”, en FRANCISCO FERNÁNDEZ LABASTIDA y JUAN ANDRÉS MERCADO (eds.). *Philosophica: Enciclopedia filosófica online*, 2010, disponible en [<https://www.philosophica.info/voces/cassirer/Cassirer.html>].
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, RAFAEL SAÑUDO (ed.), JOSÉ LUIS CALVO MARTÍNEZ (trad.), Madrid, Alianza, 2005.
- ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.
- ARIZA, LIBARDO JOSÉ. “Identidad indígena y derecho estatal en Colombia”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 30, 2004, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/25086.pdf>].
- ARRIETA BURGOS, ENÁN. “El sistema penitenciario y carcelario en Colombia: continuidades y discontinuidades foucaultianas”, en ADRIANA MARÍA RUIZ GUTIÉRREZ y DAVID ANTONIO RINCÓN SANTA (comps.), Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2017, disponible en [https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/4452/El_sistema_penitenciario_y_carcelario_en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y].
- AYALA CORAO, CARLOS. *Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, Caracas, Paraninfo del Palacio de las Academias, 8 de marzo de 2012.
- BACHE, IAN y MATTHEW FLINDERS. *Multi-level governance*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BERNAL, CARLOS. “¿Es el derecho de daños una práctica de justicia correctiva?”, en DIEGO M. PAPAYANNIS (ed.). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2013, disponible en [<https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788415948360.pdf>].
- BOBBIO, NORBERTO. *Contribución a la teoría del derecho*, ALFONSO RUIZ MIGUEL (trad.), Madrid, Debate, 1990.

- BORAH, WOODROW WILSON. “¿América como modelo? El efecto demográfico de la expansión europea sobre el mundo no europeo”, en SHERBURNE FRIEND COOK y WOODROW WILSON BORAH. *El pasado de México: aspectos sociodemográficos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1989.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. “Sobre el concepto de política criminal: una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo 1, 2003, pp. 113 a 150, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2003-10011300150].
- BOURDIEU, PIERRE. *Sociología y cultura*, México D. F., Grijalbo, 1984.
- BOURDIEU, PIERRE. *El sentido práctico*, ARIEL DILON (trad.), Buenos Aires, Sigo XXI Editores. 2007.
- BOURDIEU, PIERRE y GUNTHER TEUBNER. *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000.
- BOURDIEU, PIERRE y JEAN-JACQUES PASSERON. *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, México D. F., Fontamara, 1996.
- BOURDIEU, PIERRE y LOÏC WACQUANT. *An invitation to reflexive sociology*, Chicago, Polity Press, 1992.
- BRACONNIER MORENO, LAETITIA. “El diálogo entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la jurisdicción especial indígena en Colombia: ¿la fábrica de una justicia transicional intercultural?”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO. *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2019.
- CARRILLO GONZÁLEZ, DIANA MARÍA. “Jurisdicción especial indígena: ¿mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas?” (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2013, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/47132>].

CASSIRER, ERNST. *Filosofía de las formas simbólicas*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2016.

CASTRO LUCIC, MILKA. *Los puentes entre la antropología y el derecho. Orientaciones desde la antropología jurídica*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2014.

CONDE, RODRIGO. “La defensa de los indios americanos por Francisco de Vitoria. Su reto ante la actual globalización”, *Isla de Arriarán: revista cultural y científica*, n.º 14, 1999, pp. 293 a 308.

CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL HUILA -CRIHU-. *La Ley de Origen y los pueblos indígenas*, 18 de julio de 2013, disponible en [<https://www.crihu.org/2012/09/la-ley-origen.html>].

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006*, CSJ y ONIC, Bogotá, 2006, disponible en [<https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/lecciondefallos.pdf>].

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. *Módulo de capacitación intercultural indígena*, Colombia, 2011.

COOK, SHERBURNE FRIEND y WOODROW WILSON BORAH. *Ensayos sobre historia de la población. México y el Caribe*, México, D. F., Siglo XXI Editores, 1977.

CORPORACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO CIUDADANO. *Ejercicio del derecho propio. El caso del Tribunal Superior Indígena del Tolima*, CRIT, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) - Checchi and Company Consulting, 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T-428 de 24 de junio de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-428-92.htm>].

Sentencia T-380 de 1993 de 14 de octubre de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>].

Sentencia C-504 de 4 de noviembre de 1993, MM. PP.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-504-93.htm>].

Sentencia T-162 de 24 de marzo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-162-94.htm>].

Sentencia T-254 de 30 de mayo de 1994, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>].

Sentencia C-139 de 9 de abril de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>].

Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>].

Sentencia T-153 de 28 de abril de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>].

Sentencia C-646 de 20 de junio de 2001, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>].

Sentencia T-635 de 26 de junio de 2008, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-635-08.htm>].

Sentencia T-514 de 30 de julio de 2009, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>].

Sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-882-11.htm>].

Sentencia T-097 de 16 de febrero de 2012, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-097-12.htm>].

Sentencia C-351 de 19 de junio de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-351-13.htm>].

Sentencia C-359 de 26 de junio de 2013, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-359-13.htm>].

Sentencia T-388 de 28 de junio de 2013, M. P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>].

Sentencia T-921 de 5 de diciembre de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>].

Sentencia T-642 de 4 de septiembre de 2014, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>].

Sentencia T-081 de 20 de febrero de 2015, M. P.: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-081-15.htm>].

Sentencia T-762 de 16 de diciembre de 2015, M. P.: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>].

Sentencia T-265 de 28 de abril de 2017, M. P.: ALBERTO ROJAS Ríos, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-265-17.htm>].

Sentencia C-644 de 18 de octubre de 2017, M. P.: DIANA FAJARDO RIVERA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-644-17.htm>].

CORVALÁN RIVERA, CRISTOPHER. “La función simbólica, la eficacia simbólica y el uso simbólico del derecho: delimitación conceptual y metodológica” (tesis de maestría), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19891>].

COYLE, MICHAEL J. y JUDAH SCHEPT. “Penal abolition praxis”, *Critical Criminology*, vol. 26, n.º 3, 2018, pp. 319 a 323, disponible en [<https://link.springer.com/article/10.1007/s10612-018-9407-x>].

CRUZ BARNEY, ÓSCAR. *Historia del derecho indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

CRUZ RODRÍGUEZ, MICHAEL. “Indígenas en prisión, forzados a cambiar su cultura”, *Periódico UNAL*, 17 de febrero de 2018, disponible en [<https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/indigenas-en-prision-forzados-a-cambiar-su-cultura/>].

CRUZ RODRÍGUEZ, MICHAEL. “Múltiples derechos, la misma desprotección: la eficacia simbólica de los derechos de las mujeres indígenas desplazadas en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 14, n.º 2, 2012, pp. 289 a 326, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/2118>].

CUERVO RESTREPO, JORGE IVÁN. “Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa R. El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia. Bogotá, Dejusticia, 2014”, *Revista Ópera*, n.º 15, 2014, pp. 149 a 151, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3968>].

DALLA CORTE CABALLERO, GABRIELA. “Realismo, antropología jurídica y derecho. Entrevista a Ignasi Terradas i Saborit”, *Prohistoria: historia, políticas de la historia*, n.º 5, 2001, pp. 15 a 27.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, BERTA HERNÁNDEZ TRUYO (ed.), Nueva York, New York University Press, 2002.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, Ediciones Abya-Yala, 2012.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Para una articulación descolonizadora entre la justicia estatal y la justicia propia*, Bogotá, Instituto Colombo-Alemán para la Paz –CAPAZ– y Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano –CEDPAL–, 2020.

Decreto 1397 de 8 de agosto de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.853 de 12 de agosto de 1996, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1279607>].

Decreto 1926 de 24 de agosto de 1990, *Diario Oficial*, n.º 39.512 de 24 de agosto de 1990, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1371701>].

Decreto 546 de 14 de abril de 2020, *Diario Oficial*, n.º 51.285 de 14 de abril de 2020, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039042>].

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Población Indígena de Colombia. Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*, Bogotá, DANE, 2019, disponible en [<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>].

DELISLE, CLAIRE; MARIA BASUALDO, ADINA ILEA y ANDREA HUGHES. “The International Conference on Penal Abolition (ICOPA): exploring dynamics and controversies as observed at ICOPA 15 on Algonquin territory”, *Champ Penal*, vol. XII, 2015, disponible en [<https://journals.openedition.org/champpenal/9146>].

DURKHEIM, EMILE. *La reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales*, SANTIAGO GONZÁLEZ NORIEGA (trad.), Barcelona, Altaya, 1994.

- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, MARTA GUASTAVINO (trad.), Madrid, Ariel, 1977.
- EHRlich, EUGEN. “Respuesta a Kelsen”, en *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- FAJARDO SÁNCHEZ, LUIS ALFONSO. “Fray Antón de Montesinos: su narrativa y los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de nuestra América”, *Hallazgos*, vol. 10, n.º 20, 2013, pp. 217 a 244, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/hallazgos/article/view/1180>].
- FERRARI, VINCENZO. *Funciones del Derecho*, MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG y JAVIER DE LUCAS MARTÍN (trads.), Madrid, Debate, 1989.
- FLORES, JAVIER. “Cristóbal Colón y las capitulaciones de Santa Fe”, *Historia National Geographic*, 2019, disponible en [https://historia.nationalgeographic.com.es/a/cristobal-colon-y-capitulaciones-santa-fe_14075].
- FUNDACIÓN DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES SOCIOPOLÍTICAS, ECONÓMICAS Y CULTURALES – FUNDACIÓN PROYECTAR. *Manual de justicia propia del territorio indígena de Túquerres y reglamento interno y de convivencia del pueblo indígena del territorio de Túquerres*, territorio indígena de Túquerres, 16 de noviembre de 2009, disponible en [https://siic.mininterior.gov.co/sites/default/files/upload/SIIC/ReglamentosInternos/mj_tuquerres.pdf].
- GALLARDO CELENTANI, FRANCESCA. *Feminismos desde el Abya Yala. Ideas y proposiciones desde las mujeres de 607 pueblos de nuestra América*, México D. F., Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2015.
- GARCÍA INDA, ANDRÉS. *La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y del derecho de Pierre Bourdieu*, Barcelona, Cedecs, 1997.
- GARCÍA INDA, ANDRÉS. “Pierre Bourdieu o la ilusión del campo jurídico”, en JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (ed.). *El Derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Dykinson, 2001.

- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. “Eficacia simbólica y narcotráfico”, *Nuevo Foro Penal*, n.º 54, 1991, pp. 419 a 452, disponible en [<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4048>].
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Penguin Random House, 2014.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- GARDNER, JOHN. “La justicia correctiva corregida”, en DIEGO M. PAPAYANNIS (ed.). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*, Madrid, Marcial Pons, 2013, disponible en [<https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788415948360.pdf>].
- GEERTZ, CLIFFORD. *La interpretación de las culturas*, CARLOS JULIO REINOSO (trad.), Barcelona, Gedisa, 2003.
- GIL BOTERO, ENRIQUE. *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2017.
- GIL GARCÍA, JOSÉ RAMÓN. “Pensamiento sistémico y dinámica de sistemas para el análisis de políticas públicas: fundamentos y recomendaciones”, *Documentos de Trabajo*, n.º 2012, México D. F., Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2008, disponible en [<http://mobile.repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/784/93360.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
- GINÉS DE SEPÚLVEDA, JUAN. *Demócrates Segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1951.
- GÓMEZ RAMÍREZ, JUAN PABLO. “Eficacia simbólica del corpus legal del consumo de SPA en una población de la localidad de Barrios Unidos, Bogotá” (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2016, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/58110>].

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, FERNÁN ENRIQUE. “El Concordato de 1887: los antecedentes, las negociaciones y el contenido del tratado con la Santa Sede”, *Credencial Historia*, n.º 41, 2013, disponible en [<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-41/el-concordato-de-1887>].
- GUASTINI, RICCARDO. “El escepticismo ante las reglas replanteado” *Discusiones*, n.º 11, 2012, pp. 27 a 57, disponible en [<https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2537>].
- GURVITCH, GEORGES. *Lidée du droit social: notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*, París, Sirey, 1932.
- GUTIÉRREZ QUEVEDO, MARCELA. “Pluralismo jurídico y cultural en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 26, 2011, pp. 85 a 105, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2880>].
- GUTIÉRREZ QUEVEDO, MARCELA. “Pluralismo jurídico y cultural extinto en los muros carcelarios”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO. *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2019.
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- HEINELT, HUBERT; PANAGIOTIS GETIMIS, GRIGORIS KAFKALAS, RANDALL SMITH y ERIK SWYNGEDOUW. *Participatory governance in multi-level context: concepts and experience*, Opladen, Leske + Budrich, 2002.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, GUILLERMO. *De los chibchas a la Colonia y a la República (del clan a la encomienda y al latifundio en Colombia)*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1949.

HERNÁNDEZ, BERNAT. “Bartolomé de las casas, las crónicas portuguesas y la leyenda sobre los negros esclavos”, en EMILIO CALLADO ESTELA (ed.). *Frailles, santos y devociones. Historias dominicanas en homenaje al profesor Alfonso Esponera*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

HERRÁN, MARÍA TERESA. “Ciro Angarita, el magistrado que se salió del molde”, *Semana*, 30 de septiembre de 2017, disponible en [<https://www.semana.com/nacion/articulo/ciro-angarita-retador-libro-de-maria-teresa-herran/542287/>].

HOEKEMA, ANDRÉ J. “Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal”, *Foro Jurídico*, n.º 12, 2013, pp. 174 a 179, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13812>].

ITURRALDE, MANUEL; NICOLÁS SANTAMARÍA y JUAN PABLO URIBE. *El coronavirus en las cárceles colombianas*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2020, disponible en [<https://cesed.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/2021/03/Covid-en-carceles.pdf>].

JIMÉNEZ SCHLEGL, DANIEL. “La percepción espacio-temporal en el choque de culturas hispana e indígena en Iberoamérica y el problema de la modernización”, *Crítica Jurídica*, n.º 19, 2001, pp. 67 a 84, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3202>].

JIMENO SANTOYO, GLADYS. *Gobernabilidad indígena y territorio*, Ontario, Fundación Canadiense para las Américas, 2006, disponible en [https://www.focal.ca/pdf/indigenous_jimeno_gobernabilidad%20indigena%20territorio_January%202006_FPP-06-01_s.pdf].

JUSTICIA EL TIEMPO. “El populismo punitivo es una tendencia errada en todo el mundo. Entrevista a Claus Roxin”, *El Tiempo*, 17 de marzo 2017, disponible en [<https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/entrevista-a-claus-roxin-sobre-el-proceso-de-paz-en-colombia-68588>].

KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, ROBERTO J. VERNENCO (trad.), México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

LANCHEROS RUIZ, CAROLINA. “Las cárceles en Colombia son fábricas de enfermos: U. de los Andes y U. de Harvard”, *El Espectador*, 9 de mayo de 2016, disponible en [<https://www.elespectador.com/salud/las-carceles-en-colombia-son-fabricas-de-enfermos-u-de-los-andes-y-u-de-harvard-article-631433/>].

LÉVI-STRAUSS, CLAUDE. “La estructura de los mitos”, en *Antropología estructural*, Buenos Aires, Eudeba, 1958 [1968].

Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097 de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>].

Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097 de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>].

Ley 65 de 19 de agosto de 1993, *Diario Oficial*, n.º 40.999 de 20 de agosto de 1993, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617070>].

LÓPEZ MARTÍNEZ, DAVID GERARDO; DANIEL FELIPE GARAVITO RINCÓN, LESLIE DANIELA IBÁÑEZ, ZAMBRANO, EDUARDO JOSÉ ACUÑA GAMBA, CRISTIAN GABRIEL CÁRDENAS ANZOLA, FABIÁN LEONARDO NIÑO GRANADOS, PABLO JOSÉ ARIAS y NURY ALEJANDRA RICAURTE. “¿Reparar o sostener? Eficacia simbólica del derecho en la ley de víctimas”, *Escenarios Sociojurídicos*, edición 6, 2012, pp. 1 a 19, disponible en [<https://www.redsociojuridica.org/red/revista/reparar-o-sostener-eficacia-simbolica-del-derecho-en-la-ley-de-victimas/>].

LUHMANN, NIKLAS. “Dos caras del Estado de derecho”, en *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*, Bogotá, Externado, 2014.

MATOS ZAIDIZA, LILIANA. “Los indígenas misak y el derecho ancestral territorial a la memoria histórica”, *Periódico UNAL*, 29 de septiembre de 2020, disponible en [<https://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/los-indigenas-misak-y-el-derecho-ancestral-territorial-a-la-memoria-historica/>].

MEDINA VILLARREAL, SANTIAGO; MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y LINA MARÍA FORERO. *Situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario*, Bogotá, MinJusticia y otros, 2016, disponible en [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Users/057/57/57/indigenas%20privados%20de%20la%20libertad%20FINAL-ilovepdf-compressed.pdf?ver=2018-02-16-123528-470>].

MÉNDEZ M., JOSÉ LUIS. “La política pública como variable dependiente: hacia un análisis más integral de las políticas públicas”, *Foro Internacional*, vol. XXXIII, 1 (131) enero-marzo, 1993, pp. 111 a 144, disponible en [<https://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi/article/view/1329>].

MENSA GONZÁLEZ, ANDREA. “La relación de la Corte IDH con los tribunales constitucionales y cortes supremas: actualidad latinoamericana”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 9, n.º 1, 2016, pp. 202 a 224.

MERCADO TORRES, CECILIA; GUSTAVO ADOLFO ARANGO GONZÁLEZ y SANDRA MYLENA SEGURA MEDINA. *De la antigua Dirección General de Prisiones al INPEC 1914-2014. Cien años de construcción de un sistema carcelario y penitenciario en Colombia*, Bogotá, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2014, disponible en [<https://www.inpec.gov.co/documents/20143/64716/RESE%C3%91A+HISTORICA+DOCUMENTAL+100+A%C3%91OS+PRISIONES.pdf/dd03098c-a95e-4f35-50cf-ac703a1573af>].

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017-2027*, Bogotá, Minjusticia, 2017, disponible en [<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Plan+Decenal+de+Justicia+-+Documento.pdf/80e6164a-e659-44dd-89ab-c90730405973>].

MUELAS, LORENZO. “Del Derecho Mayor a la Constitución en Colombia”, en OMAR BONILLA (ed.). *Somos hijos del sol y de la tierra. Derecho Mayor de los pueblos indígenas de la cuenca amazónica*, CONAIE, Acción Ecológica, Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo, Oilwatch, s. f., disponible en [<https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Elderechomayor.pdf>].

MUÑOZ SEDANO, ANTONIO. *Enfoques y modelos de educación multicultural e intercultural*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

NOSTAS ARDAYA, MERCEDES y CARMEN ELENA SANABRIA SALMÓN. *Detrás del cristal con que se mira: órdenes normativos e interlegalidad. Mujeres quechuas, aymaras, sirionó, trinitarias, chimane, chiquitanas y ayoreas*, La Paz, Edit. Coordinadora de la Mujer, 2009, disponible en [<https://www.bivica.org/files/derechos-mujeres-indigenas.pdf>].

OBSERVATORIO DE POLÍTICA CRIMINAL. ¿Qué es la política criminal?, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2015, disponible en [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/o/documento/queespoliticacriminal-ilovepdf-compressed.pdf>].

OLARTE DELGADO, ÁNGELA MARCELA y ALDEMAR RAMOS VEGA. “El transitar de la jurisdicción indígena en Colombia: de la jurisprudencia de las cortes colombianas a la cárcel”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO (dirs.). *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2019.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. “Acerca de Leyes de Vida... y de Leyes de Muerte”, ponencia presentada en el *Seminario sobre Jurisdicción Especial Indígena*, Popayán, CRIC, Defensoría del Pueblo, 1997.

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, ANTONIO. “Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, Madrid, 1991, pp. 77 a 102, disponible en [<https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1438>].

PEREÑA, LUCIANO. *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid, Mapfre, 1992.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. “El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, Madrid, 1991, pp. 13 a 28, disponible en [<https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1435>].

PETERS, GUY B. y JOHN PIERRE. “Governance without government? Rethinking public Administration”, *Journal of Public Administration Research Theory*, vol. 8, n.º 2, 1998, pp. 223 a 243.

PIAGET, JEAN. *La formación del símbolo en el niño: imitación, juego y sueño: imagen y representación*, JOSÉ GUTIÉRREZ (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1966.

PICCOLI, EMMANUELLE. “Justicia local mixta en Cajamarca (Perú): análisis etnológico de un pluralismo práctico”, *CUHSO Cultura-Hombre-Sociedad*, vol. 24, n.º 1, 2014, pp. 55 a 79, disponible en [<https://cuhso.uct.cl/index.php/cuhso/article/view/705>].

RADCLIFFE-BROWN, ALFRED. *Estructura y función en la sociedad primitiva*, ÁNGELA PÉREZ (trad.), Barcelona, Planeta DeAgostini, 1986.

RAMÍREZ LUDEÑA, LORENA. “El desvelo de la pesadilla: el escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, n.º 11, 2012, pp. 87 a 116, disponible en [<https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2539>].

RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*, MARÍA DOLORES GONZÁLEZ (trad.), Cambridge, Harvard College, 1971.

RAZ, JOSEPH. “Las funciones del Derecho”, en *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN (trad.), México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

- REHBINDER, MANFRED. “Las funciones del Derecho”, en *Sociología del Derecho*, GREGORIO ROBLES MORCHÓN (trad.), Madrid, Pirámide, 1981.
- RODRÍGUEZ, CAMILA. “Mito y naturaleza: una visión desde los pueblos indígenas de Colombia” (trabajo en producción), Bogotá, FLACSO, 2020.
- RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO y KASOKAKU MESTRE BUSINTANA. “Concepción cultural y aplicación de La Ley Origen del pueblo iku (arhuaco)”, en OMAR BONILLA (ed.). *Somos hijos del sol y de la tierra. Derecho Mayor de los pueblos indígenas de la cuenca amazónica*, CONAIE, Acción Ecológica, Instituto de Estudios Ecológicos del Tercer Mundo, Oilwatch, s. f., disponible en [<https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/Elderechomayor.pdf>].
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. *Etnicidad.gov: los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Dejusticia, 2012.
- ROJAS BIRRY, FRANCISCO. Ponencia: “Los derechos de los grupos étnicos”, *Gaceta Constitucional*, n.º 67, 4 de mayo de 1991, pp. 14 a 21.
- ROMANO, SANTI. *L'ordre juridique*, París, Dalloz, 1975.
- ROULAND, NORBERT. *Anthropologie juridique*, Francia, 1988, disponible en [http://classiques.uqac.ca/contemporains/rouland_norbert/anthropologie_juridique_1988/anthropologie_juridique.pdf].
- SÁENZ DEL CASTILLO Y CABALLERO, JAVIER. “La leyenda negra hispanoamericana”, *Arbil*, *Anotaciones de pensamiento y crítica*, n.º 90, 2005, disponible en [<http://www.arbil.org/90leye.htm>].
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *El peritaje antropológico*, Bogotá, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, 2010.

- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, ALFREDO. “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. I: Derecho romano. Historia del derecho, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- SÁNCHEZ DOMINGO, RAFAEL. “Las Leyes de Burgos de 1512 y las bases del derecho internacional en Francisco de Vitoria”, en RAFAEL SÁNCHEZ DOMINGO y FERNANDO SUÁREZ BILBAO (coords.). *Leyes de Burgos de 1512 v centenario*, Madrid, Dykinson, 2013.
- SCHARPF, FRITZ WILHELM. *The joint-decision trap: lessons from german federalism and european integration*, Berlín, Wissenschaftszentrum Berlin, 1988.
- SCHÜTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*, NÉSTOR MÍGUEZ (trad.), Buenos Aires, Amorrortu, 1974.
- SORIANO GONZÁLEZ, MARÍA LUISA. “El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 16, 2012, pp. 183 a 213, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15232>].
- STOKER, GERRY. “Governance as theory: five propositions”, *International Social Science Journal*, vol. 50, n.º 155, 1998, pp. 17 a 28.
- THOENIG, JEAN-CLAUDE. “Política pública y acción pública”, *Gestión y Política Pública*, vol. VI, n.º 1, 1997, disponible en [http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.VI_No.I_1ersem/TJ_Vol.6_No.I_1sem.pdf].
- TIRADO ACERO, MISAEL. *El esclavo frente al espejo de la “modernidad” o su auto colonialismo*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada y Legis, 2011.
- TIRADO ACERO, MISAEL. “Delitos sexuales contra menores de edad en comunidades indígenas: choque jurisdiccional por sujetos de especial protección constitucional”, en CARLOS HERNÁNDEZ, ERIKA RINCÓN y CARLOS MORANTES (eds). *La Cuarta Revolución y el Derecho*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica y Universidad Libre, 2018.

- TIRADO ACERO, MISAEL. “La construcción de los derechos sexuales de los NNA en la jurisdicción indígena”, ponencia en *Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario “Los derechos humanos para la niñez y la adolescencia”*, Buenos Aires, 18 y 19 de mayo de 2020.
- TIRADO ACERO, MISAEL. “La construcción de los derechos sexuales de los NNA en la jurisdicción indígena”, en LAURA LORA (comp.). *Infancias, narrativas y derechos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2021.
- TIRADO ACERO, MISAEL *et al.* *Investigación jurídica y sociojurídica. Pautas y claves*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2010.
- TIRADO ACERO, MISAEL *et al.* *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales en el SRPA*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada y Universidad Sergio Arboleda, 2020.
- TIRADO ACERO, MISAEL; MARTHA LUCÍA BAHAMÓN JARA y XIMENA ANDREA CUJABANTE VILLAMIL. “Retos en el pluralismo colombiano: diálogos jurisdiccionales contra menores de edad en comunidades indígenas para la garantía de una protección especial”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO (dirs.). *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2020.
- TIRADO MEJÍA, ÁLVARO. *Introducción a la historia económica de Colombia*, Bogotá, El Áncora Editores, 2000.
- TOVAR, TERESA. “Debate y modelo de educación inclusiva”, en ELIZABETH SALMÓN y RENATA BREGAGLIO. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>].

TRABAJO COLECTIVO PUEBLOS INDÍGENAS ONIC - ÁREA DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN ONIC. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Sistemas de Jurisdicción Propia*, Bogotá, ONIC, 2007, disponible en [<https://www.onic.org.co/canastadesaberes/114-cds/publicaciones/jurisdiccion-especial-indigena/1473-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-sistemas-de-jurisdiccion-propia>].

VALENCIA, LEÓN; ARIEL ÁVILA, JUAN ANTONIO LE CLERCQ, AZUCENA CHÁIDEZ MONTENEGRO, DANIELA GÓMEZ RIVAS y GERARDO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA. Índice Global de Impunidad de Colombia. La impunidad subnacional en Colombia y sus dimensiones (*IGI-Col*) 2019, Puebla, México, Fundación Universidad de las Américas, 2019, disponible en [<https://www.casede.org/index.php/biblioteca-casede-2-o/justicia/480-indice-global-de-impunidad-de-colombia/file>].

VALENCIA TELLO, DIANA CAROLINA. “Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 45, 2020, pp. 121 a 154, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6331>].

VILLORO, LUIS. “Del Estado homogéneo al Estado plural (el aspecto político: la crisis del estado-nación)”, en *Estado plural, pluralidad de culturas*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México y Paidós, 1998.

VON DE KERCHOVE, MICHEL y FRANÇOIS OST. *Le système jurodoque entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1988.

WALSH, CATHERINE. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa*, n.º 9, 2008, pp. 131 a 152, disponible en [<https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/tabularasa/article/view/1498>].

- WALTERS, WILLIAM. "Some critical notes on 'governance'", *Studies in Political Economy*, vol. 73, n.º 1, 2004, pp. 27 a 46.
- WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, JOSÉ MEDINA, JUAN ROURA PARELLE, EDUARDO GARCÍA MÁYNES y JOSÉ FERRATER MORA (trads.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2008.
- YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos", *El Otro Derecho*, n.º 30, 2004, pp. 171 a 195, disponible en [<https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/128elotdro30-06.pdf>].
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, MARINA GASCÓN (trad.), Madrid, Taurus, 1999.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en mayo de 2022

Se compuso en caracteres Minion Pro de 11 y 9 ptos.

Bogotá, Colombia