



# El peritaje antropológico Justicia en clave cultural

**Autora**  
**Esther Sánchez Botero**

**gtz**



Embajada  
de la República Federal de Alemania  
Bogotá

**Publicado por:**

Deutsche Gesellschaft für  
Technische Zusammenarbeit (GTZ)  
GmbH  
Cooperación Técnica Alemana  
ProFis  
Carrera 13 No. 97-51, Oficina 302  
Bogotá D.C., Colombia  
Teléfono (+57)(+1)743 0499  
Fax (+57)(+1)743 0499 202  
co.profis@gtz.de  
www.gtz.de/colombia

**El peritaje antropológico****Justicia en clave cultural****Autora****Esther Sánchez Botero****Coordinación:**

Andreas Forer y José Julián Prieto

**Corrección de texto y estilo:**

Edicsson Esteban Quitian Peña

**Diseño y Diagramación:**

Diana Guayara V. - dianaguayara@gmail.com

**Fotomecánica e impresión:**

Alvi Impresores Ltda. - alvimpresores@yahoo.es

Primera edición

Bogotá, 2010

Impreso en Colombia / Printed in Colombia

ISBN 978-958-8438-45-0

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada en, o reproducida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma o por ningún otro medio, sea mecánico, foto-químico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o por cualquier otro medio, sin el permiso previo por escrito de los editores.



# Contenido

	PAG.
Prólogo	9
Introducción	11
Presentación	15
<b>1. La antropología jurídica: mirada epistemológica</b>	
¿Qué distingue lo jurídico de lo social?	23
Los temas objeto de estudio de la antropología jurídica	25
Los reconocidos socialmente para administrar la justicia	27
Métodos, alcances y repercusión	27
El método etnográfico	29
Convivencia territorial y social de sistemas de derecho distintos	38
<b>2. Fundamentos culturales</b>	
Comunicación de actos	43
Juegos de lenguaje y comunicación intercultural	44
Mundos de creencias, formas de vida y verdades	48
El análisis de la argumentación en los discursos orales y escritos	49
Normatividad y juego del lenguaje	51
Relatividad de lo correcto	52
Concepciones culturales de lo deseable	53
Coincidencia y disenso	57
Ejes Epistemológicos	58
No ver que no vemos	59
En cibernética, los sistemas autorregulados son cerrados desde el punto de vista de la información	62

La comprensión de señales a veces se hace desde la semejanza	65
¿Conocimiento empírico o conocimiento en construcción?	65
¿Relativismo y universalismo en conflicto?	67
Lo que encaja sobrevive	69
Salvadores mortales	69
Pluralismo y diversidad, empresa intelectual e impulso político	70
Inclusión e intercomunicación con el semejante	71
Conocimiento e ideología	72
Poder e interacción	74
Derecho, conocimiento y poder	77
La verdad: relaciones victoriosas de poder	78
Hegemonía, sociedad, derecho y poder	80
Comunicación intercultural y argumentación	81
La argumentación en contextos interculturales	82
Perspectiva teórica sobre la argumentación jurídica	83

### 3. Antecedentes históricos del peritaje antropológico

De la inimputabilidad por inmadurez psicológica a la valoración de la diferencia de racionalidad y cosmovisión	93
El principio de la diversidad étnica y cultural	94
La diferencia valorativa como directriz interpretativa en los procesos penales contra indígenas	96
Los impactos iniciales del peritaje antropológico	99
¿Quiénes son los indígenas jurídicamente?	105
¿Son indígenas?	108
Lo indígena se asocia con vivir en el territorio	111
Certificación de pertenencia expedida por las autoridades indígenas	112
Si se salen de los núcleos autóctonos se transforman en blancos	114
La conciencia de la identidad indígena y la necesidad de parecer indígena	115
Los sentimientos y las vivencias colectivas	115
Mayor protección a las comunidades indígenas tradicionales	116
¿Se puede devenir indígena?	117
Lo indígena no es un asunto racial	117
Minorías culturalmente diversas	118
Indígenas oportunistas y acomodaticios	118
Burla a las autoridades indígenas y manipulación	120

Cambio de identidad y oportunismo	122
Eludir a la autoridad propia para obtener bienes matrimoniales	124
Los grandes cambios frente a la inimputabilidad	124
Derecho individual en conflicto con el derecho de un sujeto colectivo	125
La extensión de las propias categorías del investigador a los hechos	126

#### 4. ¿Mediación, tercer lado o intromisión?

¿Qué es la prueba?	127
Objeto del peritaje antropológico como prueba judicial	132
El perito antropólogo como perceptor y como evaluador	134
El tema de la verdad como acuerdo	148
El racionalismo crítico	151
Lógica estándar: otras lógicas	152
Valoración del conocimiento: el suyo, el nuestro, el de él	155
Fatalidad y contingencia	156
Acciones, sujetos de acción y resultados	158
Deberes y derechos: rupturas	160
Modalidades de los deberes	160
La verdad y el sentido común	161
¿Hechos verdaderos o falsos?	162
Elementos de prueba análogos	171
El niño ladrón	172
La prueba antropológica sometida a prueba	176
Valoración de las pruebas	177
¿En qué normas se basa el juez para no tener en cuenta la prueba?	179

#### 5. Los casos

Libertad de culto y derecho a la diversidad étnica y cultural	182
Tránsito como portadora del sucio	183
El caso de la Iglesia Pentecostal entre el pueblo Arhuaco	193
El programa de renovación espiritual para el pueblo Yanacona	238
Kareme Boniato	243
Los hijos de un blanco no son sus parientes y pertenecen al clan de la madre	252
Inaplicabilidad del Código del Menor para el permiso de salida del país de niños indígenas	257

Homosexualismo e incesto en el contexto nacional	259
El homosexualismo y el ejercicio de la profesión docente	259
El incesto como prohibición que elimina la libertad	288
Derecho a la igualdad y a un trato distinto.	294
El caso de Martín Efraín Tengana	294
Abuso de autoridad indígena a niña abusada	301
Argumentos constitucionales en favor de que una indígena ocupe un cargo público	
pese a no tener los requisitos establecidos	303
Argumentos en favor del nombramiento	303
El trato distinto por no ser profesional	304
Germán Escue. Daño y reparación. Corte Interamericana de Derechos Humanos	307

## 6. El peritaje antropológico: ¿ficción persuasiva o aplicación edificante?

¿Las interpretaciones culturales sobre los hechos son verdaderas o son ficción?	318
Las expresiones de cultura en los hechos son construidas por el antropólogo	320
Los hechos la cultura no son inventos y son endosables	321
Intervención para persuadir	325
¿Son los peritajes ficción persuasiva?	326
Los jueces y los peritos	328
Antropólogos entrometidos	329
Distorsión y esencialismo	330
¿Jueces persuadidos? Los magistrados se expresan	332
El peritaje ha contribuido a transformar	336
La transdisciplinariedad como paradigma que orienta al nuevo derecho	340
Propuestas novedosas	341
¿Quedamos debiendo?	342
Referencias bibliográficas	343



# Prólogo

Para el proyecto ProFis “Apoyo al proceso de paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz - un ejemplo de justicia transicional”, es un honor haber apoyado la realización del presente estudio puesto que aborda de manera profunda y detallada, el tratamiento diferencial a las comunidades que lo requieren, en el marco de procesos de aplicación de justicia, en Estados multiculturales y pluriétnicos.

Conocí a Esther Sánchez en el 2008 cuando iniciábamos nuestras labores con la Fiscalía General de la Nación y desde entonces, comenzamos a pensar en la importancia de hacer una adecuación a los procedimientos estipulados en la ruta jurídica de la Ley 975 de 2005, para lograr una efectiva atención diferencial a pueblos indígenas en el marco del Proceso Especial de Justicia y Paz. Esta idea logró tomar forma a partir de 2009, momento en el cual se conformó un equipo liderado por ella en donde hasta la fecha se ha hecho un trabajo de acercamiento con comunidades indígenas de la Costa Caribe, y con instituciones concernidas en el proceso.

Paralelo a esta labor, Esther Sánchez se ha dedicado desde entonces a la elaboración de este estudio que se constituye como un instrumento metodológico y práctico para la elaboración de peritajes antropológicos, una herramienta ampliamente utilizada en la justicia ordinaria y cuya eventual implementación en un proceso como el de Justicia y Paz, podría aportar significativamente a la valoración del daño a sujetos colectivos de derecho como lo son los pueblos indígenas y las poblaciones afrodescendientes.

El peritaje antropológico permite de manera diferencial valorar, argumentar y probar casos penales complejos en los cuales se vincula a víctimas o victimarios con una identidad

cultural propia. De esta manera a lo largo del documento se muestra como las instituciones que administran justicia, tanto a nivel nacional como internacional, han utilizado esta herramienta de manera recurrente para dar solución a casos complejos.

El modelo de justicia transicional aplicado por Colombia tiene como columna vertebral la investigación penal de los hechos de violencia sistemática y generalizada consecuencia del conflicto armado. Sin embargo, a la fecha, donde se cuenta únicamente con una sentencia resultado del proceso, se ha evidenciado la importancia de la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso judicial.

En casos en los cuales las víctimas son miembros de pueblos indígenas, la participación resulta ser un tanto más compleja, pues no sólo se cuenta con factores como el miedo o el desconocimiento básico del proceso; sino también con diferencias culturales como el lenguaje y los sistemas propios de justicia. Es ahí cuando un estudio como el desarrollado por Esther Sánchez, toma aún más importancia; pues a través de la metodología de peritaje antropológico, es posible encontrar los mecanismos de acercamiento y generación de confianza con la comunidad para que ésta se vincule al proceso al que como víctima tiene derecho.

Finalmente, el peritaje antropológico aportaría a la labor investigativa de la Fiscalía, dado que a partir del conocimiento y acercamiento a las comunidades es posible mostrar a partir de un proceso judicial contextos diferentes y afectaciones que no estén centradas en la víctima como individuo sino como pueblo.

En resumen esta es una publicación de interés no solamente para los entendidos en la materia, sino también para todos aquellos interesados en incorporar perspectivas de tratamiento diferencial en el proceso de Justicia y Paz colombiano.

ANDREAS FORER  
Bogotá, Agosto 2010





# Introducción

Es todo un orgullo para mí que las reflexiones expresadas en *Peritaje antropológico: justicia en clave cultural*, puedan darse a conocer gracias al apoyo del programa ProFis, nombre muy sonoro, de fácil recordación, pero ante todo lleno de contenidos profundamente humanos y éticos.

ProFis significa Proyecto-Fiscalía. El gobierno alemán ha optado por realizar un significativo apoyo institucional a la entidad responsable de aplicar la Ley de Justicia y Paz en Colombia. Es tan alarmante la ruptura con la dignidad del ser humano en este país, que el gobierno mencionado ha definido contribuir de manera directa, porque siente solidaridad cuando ve en muchos colombianos, los horrores de la indignidad que hemos sido capaces de perpetrar y frente a la cual muchos permanecen indiferentes. Este soporte ha significado nada menos que contribuir a pensar en cómo llevar acabo las diferentes labores que se requieren para adelantar una tarea de desproporcionadas dimensiones humanas: establecer la verdad sobre los asesinatos, violaciones y despojos; conocer dónde están esos muertos, quiénes fueron los autores intelectuales y los asesinos a sueldo que hoy, ya desmovilizados, sienten consternación al reconocer su propia tragedia.

Para todos los implicados en este proceso ha sido muy doloroso aproximarse a la planeación y realización de la aplicación de la Ley en el marco de la justicia transicional, porque se trata de víctimas: mujeres, niñas, jóvenes, ancianos, a quienes violaron sus cuerpos; cuatro millones de víctimas en situación de desplazamiento que huyeron de los actos deliberados de grupos entrenados para hacerles daño; víctimas niños y niñas huérfanos, viudos y viudas, padres, hermanos, hijos, todos ellos además mestizos o negros, indígenas o gitanos, que rememoran a sus parientes, y de manera directa o por medio de radares sofisticados se

enfrentan con lágrimas a la desgracia, y alzan la voz para conocer la verdad, dando la cara a los paramilitares y demandando del Estado justicia.

A pesar de ser una Ley especial que implica un proceso de significativas dimensiones en la vida de Colombia, para lograr la anhelada justicia y la reparación, en paralelo con la esquiwa paz, mi conocimiento sobre esta era demasiado incipiente, es livianamente crítico. Hace algunos meses, un poco más de un año, me propusieron participar en uno de los equipos de ProFis. ¿Cómo implementar esta Ley de Justicia y Paz para proteger los derechos de cada uno de los pueblos indígenas, reconocidos como sujetos colectivos de derecho, en calidad de víctimas? Esta fue la pregunta que me realizó el señor Andreas Forer, Coordinador del proyecto. Responder implicaba definir cómo los fiscales debían proteger el derecho de los pueblos indígenas a ser distintos. También habría de tenerse en cuenta la cultura propia, la igualdad, el trato distinto y las múltiples formas de reparación acordes con su concepto cultural de *daño* y de *indignidad humana*; todo ello me conmovía pero sentía que me debía a esa significativa tarea.

Conté con el apoyo del rector de la Universidad Central, donde trabajaba como directora del Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, IESCO, para poderme entregar a este honroso llamado que sobrepasaba cualquier tarea emprendida anteriormente, pues al ámbito de los derechos humanos vulnerados a los pueblos indígenas, se agregaba dimensionar los modos como la cultura humana toma forma para ordenar la vida en estos diferentes pueblos, para especificar la transgresión y sancionar, pero también para determinar el perjuicio y las diversificadas maneras de traer a la memoria y resarcir las acciones dañinas a los seres humanos, a su apreciada naturaleza y, con esta, a los animales y seres que comparten el mundo con los indígenas. Además de cumplir este objetivo, se añadía la posibilidad de trabajar con los fiscales que emprenderían semejante tarea, para con ellos, construir la aplicación edificante del derecho en esta Ley.

Nos sentamos a pensar muchas horas en equipo con Julián Prieto, Alejandro Guerrero, Harvey Suárez y Ernesto Mieles; leímos, escribimos y compartimos alegremente muchas horas; nuestro andar fue ágil y rápido, efectivamente realizamos una propuesta de ajuste a los procedimientos establecidos por la Ley de Justicia y Paz para ser aplicada a los pueblos indígenas, como sujetos víctimas, y a sus miembros; pero, cuando tuvimos la propuesta aceptada por el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, de la Fiscalía

General de la Nación, doctor Luís González de León, y empezamos a desarrollar el proceso con los fiscales a la cabeza de la doctora Zeneida López Cuadrado, y cuando nos reunimos con los indígenas, particularmente con los kamkuamos, nuestro andar se volvió lento y tanta alegría se convirtió en sollozos. Lloramos de alegría al verificar que el trabajo generaba una posibilidad distinta de hacer las audiencias, de modo que las víctimas indígenas tuvieran un traductor; que los fiscales pudieran acercarse a las autoridades indígenas con el respeto y consideración más alto posible, admirando su ritualidad; que los fiscales fueran estudiosos de la etnografía del pueblo al cual debían proteger; que se reconociera que su visión de daño y los objetivos de reparación no eran iguales.

Para dar otro paso en tan especiales propósitos, fuimos al Cesar, el departamento de Colombia que tiene una enorme mancha de sangre entre los montes y las riveras de los ríos, y en donde sus fructíferas tierras por codicia no producen comida pero en cambio albergan miles de cadáveres. Concluimos que de manera muy modesta, a escala humana, en el encuentro con las autoridades del pueblo Kankuamo, habíamos logrado alcanzar un objetivo de especial importancia que ofrece al mundo un camino por donde trasegar en la difícil tarea de conjugar valores culturales en pugna. Porque si bien esta contribución es de principio y de enfoque interrelacional, ante todo logra exaltar la dignidad humana. Cuando nos sentamos en las piedras junto al primer viejo árbol que traza la entrada al territorio, para limpiarnos y descalzos realizar un acercamiento a la madre tierra, allí estábamos exaltando la dignidad humana. Cuando la fiscal le pidió a la madre tierra permiso para estar allí, se estaba engrandeciendo la dignidad humana. Cuando el grupo guardó silencio y escuchó entre llantos a una mujer que le expresaba al paramilitar que le había faltado a la palabra, porque él le dijo que respetarían la vida de su marido y ella había confiado, no obstante aquel se confesaba como el autor del asesinato, allí estaba la dignidad humana. Cuando la autoridad máxima del pueblo Kankuamo estrechó la mano a la fiscal y le dijo que colaborarían hombro a hombro para esclarecer la verdad, allí estaba la dignidad humana. Cuando de sus escasos recursos nos ofrecieron ese día que nadie podrá olvidar, un especial almuerzo elaborado entre hombres y mujeres para atender nuestra visita, allí estaba la dignidad humana.

La salvaguardia de esa dignidad que todas las personas tienen, que nada ni nadie nos puede arrebatar, es la inmensa responsabilidad que asumió ProFis, buscando coherencia para que ese valor pueda ser protegido y exaltado por respeto a cada uno de los seres humanos en el mundo y a los pueblos indígenas como víctimas. Esta experiencia nos ha enseñado el

enorme valor de las resistencias indígenas, el aporte para fortalecer la memoria, la mirada hacia la posibilidad de poder volver en paz, señalando a los transgresores.

En el equipo, un grupo humano multiprofesional de especiales condiciones que nunca olvidaré, se logró convertir el trabajo cotidiano en grito y en lucha por lograr que la aplicación de la Ley de Justicia y Paz, de manera diferencial, logre reestablecer ese sentido colectivo por el que la gente, la gente del hacha, o la gente del maíz –como se autodenominan algunos de nuestros pueblos indígenas–, pueda volver a evocar un estadio donde las *canoas quemadoras* o los *hombres danta*, como llamaron los andoque a los asesinos de más de cuarenta mil indígenas durante las caucherías, pasaron y no volverán.

Ofrezco este trabajo a las víctimas indígenas, que como pueblos no registran sobre sus cuerpos laceraciones porque estas fueron causadas a su corazón. Mil gracias al pueblo alemán por destinar recursos a un proyecto que no pasará inadvertido, ya que al elevar las condiciones para proteger la dignidad de los indígenas en Colombia, se eleva la dignidad de todos los seres en el mundo.

LA AUTORA



# Presentación

El trabajo mancomunado de abogados, antropólogos, lingüistas, filósofos, lógicos, indígenas y no indígenas, ha permitido en Colombia, la comprensión del fenómeno del pluralismo jurídico, de una manera que no parece tener antecedentes. Trascender el modelo de sociedad que definía al indígena como *inimputable*, y pasar a reconocerlo como portador de otro derecho digno y valorable, ha implicado el trabajo continuo y en años, para resistir y demostrar la existencia de otras orientaciones substantivas y procedimentales para afrontar armónicamente la vida en sociedad. Este trabajo, a la manera de un espiral, ha fortalecido la autonomía y la etnicidad de los pueblos indígenas, y las formas de cultura contemporánea que portan como grupos, pero también ha contribuido a crear un nuevo derecho en Colombia, cuyas regulaciones no se circunscriben a los principios y procedimientos del derecho hegemónico estatal.

El reconocimiento de los sistemas de derecho propio y el derecho otorgado dadas las demandas de los propios pueblos para administrar justicia, ha significado valorar las diferencias, las cuales, además de necesitar interpretación como señales distintas que son y por provenir de pueblos culturalmente diferentes, requieren acomodaciones entre sociedades e interrelaciones entre los sistemas de derecho propiamente dichos.

En la interpretación de los hechos de casos que provienen de estas sociedades, las señales que se emiten bajo situaciones concretas, que estadísticamente muestran el modo preferencial para actuar, se encuentran explicaciones y justificaciones que cierto lente agudo para mirar, ya sea desde los pueblos o desde el enfoque de la antropología, permiten conocer, comprender y reconocer, no solo como manifestación particular en un contexto sociocultural determinado, sino como revelación de la pluralidad de una nación.

Así, aquello que genera sentido en el contexto cultural de un pueblo, la previsibilidad de estigmatizar a un sujeto dentro de un sistema cultural, de definirlo como transgresor y de encontrar el mecanismo para castigarlo bajo principios substantivos de un derecho, entre otras realidades, fijan los marcos para ser aproximados y trascender hacia interpretaciones holistas necesarias para la tarea de comprender un hecho.

Al llegar a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, donde los casos deben ser analizados bajo prismas muy específicos, el concurso de los diferentes profesionales permite sinérgicamente potenciar el conocimiento de los jueces para comprender una situación dada y hacer justicia. Esta posibilidad para trabajar de modo que la singularidad de un conocimiento potencie los otros en juego, y de esta forma transformados, permitan crear nuevos campos, ha sido implementada por jueces, e instancias judiciales muy importantes, pero es una práctica que podría fortalecerse como procedimiento fundamental para la convivencia de sociedades en una nación multicultural.

Realizar interpretaciones y pruebas a partir de campos distintos, con base en un caso de la vida real que manifiesta conflictos culturales y normativos, es un escenario ideal para poner en claro tesis, conflictos, visiones y marcos de interpretación conducentes a desentrañar un acontecimiento. La realidad de los pueblos indígenas ha sido intervenida solidariamente por entidades estatales, no gubernamentales e internacionales, en procura de contribuir al fortalecimiento de su etnicidad y cultura. Uno de los campos objeto de diferentes proyectos ha sido el acceso a la justicia. Dar a conocer a abogados y antropólogos –indígenas y no indígenas–, elementos desde la filosofía, la lógica, la antropología y el derecho, para fortalecer y mejorar el tratamiento jurídico penal a los indígenas, al contar con intérpretes de la cultura, constituye una labor profunda para incentivar procesos de entendimiento intercultural dentro de las propias comunidades y del sistema de justicia estatal particularmente.

Dada la diversidad de los pueblos en la nación, se infiere la existencia de una variedad de expresiones distintas de los sistemas de derecho y, por ende, de justicia, que actúan internamente e interactúan con las autoridades de la justicia ordinaria, por lo que se prevé un alto índice de diferenciación y de prácticas judiciales, para abordar una misma situación pensada como antijurídica. Sin embargo, aproximando el lente, a partir de casos, se encuentran edificantes manejos que actuando como “tercer lado”, logran entendimiento entre sistemas y evitan grandes arbitrariedades, que desafortunadamente también se presentan.

Los criterios que manejan indígenas y no indígenas sobre el pluralismo jurídico, es decir, sobre la existencia y valoración de la cultura presente en los sistemas de derecho diferenciados –legales– que coexisten en el tiempo y en el espacio de la nación, no necesariamente generan prácticas edificantes que fortalezcan la justicia, ni apuntan a un reconocimiento menos arbitrario de la diversidad cultural étnica. A pesar de muchos intentos, aún se presentan situaciones que vulneran los derechos humanos de los pueblos indígenas, por ejemplo, los derechos relativos a la distintividad y a los propios, dos importantes derechos humanos indígenas que el país democráticamente debe proteger.

Este trabajo espera contribuir a mejorar el ejercicio de la justicia para fortalecer el pluralismo jurídico de tipo igualitario, dentro de los canales democráticos y multiculturales, como principios constitucionales que promuevan relaciones de entendimiento, mediante la exaltación del conocimiento especializado sobre la cultura de un pueblo y en relación con los principios o procedimientos provenientes de derechos propios de los distintos pueblos que entran en conflicto.

Este modelo de Estado se sustenta en principios y procedimientos definidos por el derecho internacional y nacional, los cuales han coadyuvado a la realización integral de los derechos de la diversidad étnica y cultural, y a su materialización y reconocimiento institucional.

Desde la década del setenta, se incursionó en Colombia de modo pionero en la realización de peritajes antropológicos, con el fin de conocer si las situaciones de indígenas procesados por la justicia ordinaria, tenían una base cultural que permitiera un tratamiento jurídico penal diferenciado. Esta práctica contribuyó a hacer efectivamente justicia, toda vez que era demostrable esa condición, y además permitió adentrarse en los derechos propios de los pueblos indígenas, lo cual abrió puertas muy importantes para el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico legal y para la institucionalización de la jurisdicción especial indígena.

Este medio de prueba judicial tomó significativo valor toda vez que la Corte Constitucional lo implementó, encontrando en numerosas sentencias la prueba judicial antropológica que orientó determinantes argumentos y contenidos de orden cultural, utilizados por los jueces, lo que configuró un modo de ejercicio del derecho nuevo y muy particular, por haber entrado en un verdadero trabajo interdisciplinar.

Se ha desarrollado una experiencia, cuyo impacto se evidencia no solo en los efectos sobre los diferentes pueblos e individuos indígenas, sino sobre minorías sexuales, o en casos difíciles, frente a los cuales la Corte ha extendido el uso del peritaje.

Pese a esta gran experiencia, ni en Colombia ni en otros países con población indígena que enfrentan similares condiciones y problemáticas de “desentendimiento” cultural y normativo, cuentan con información que exprese los principios, el enfoque metodológico y los instrumentos para justificar, solicitar y realizar este tipo de prueba judicial. Esperamos que estas reflexiones contribuyan en esa vía.

En cuanto a su estructura, el presente trabajo se divide en seis partes, cada una complementaria de un todo que busca hacer pensar sobre el valor del trabajo conjunto entre los diferentes actores que participan para examinar hechos sucedidos en las comunidades indígenas, y que como casos son remitidos a la jurisdicción ordinaria.

En la primera parte, “La antropología jurídica: mirada epistemológica”, se exalta el valor de conocer en perspectiva cultural lo que significan los modos particulares como las sociedades viven su cultura, y cómo el derecho aflora en este escenario y es interpretado por el antropólogo. En la segunda parte, “Fundamentos culturales”, se indaga sobre los modos de relacionamiento que, en general, se realizan entre sociedades, particularmente cuando estas han estado regidas por el monoculturalismo y el monismo jurídico.

En seguida, en “¿Mediación, tercer lado o intromisión?” se aborda la idea de trabajar precisamente el “tercer lado”, el llamado también “tercero excluido”. De esta forma, se muestra la posibilidad de mediar y probar jurídicamente en asuntos de cultura, por parte de conocedores indígenas o no indígenas. En el mismo sentido, el tratamiento del peritaje antropológico como prueba judicial muestra las características que este medio posee, y que se sustentan en las primeras partes del libro.

Informar sobre los cambios legislativos que se han sucedido históricamente y que revelan cómo han evolucionado las ideas sobre los indígenas de manera parcial, inspira el cuarto capítulo, “Marco legislativo”. Este apartado se conecta claramente con los ejemplos que se tratan en el capítulo quinto, “Los casos”. Adentrarse en una variedad de casos, seleccionados con la idea de mostrar la enorme variedad de situaciones que se enfrentan en los tribunales, servirá para desarrollar el argumento de que ni la antropología jurídica ni



los peritajes antropológicos son asunto de indígenas; igualmente se busca en esta sección mostrar algunas aplicaciones edificantes del derecho y de la antropología por parte de distintos jueces, como un medio para enseñar lo que ha sido posible en una sociedad tan convulsionada como la colombiana y exaltar a estas grandes personalidades del derecho. Para terminar, en “El peritaje antropológico: ¿ficción persuasiva o aplicación edificante?” se examinan las críticas que se hacen a esta especialidad, que ha generado cambios sustantivos de los cuales un puñado de jueces, antropólogos, pueblos y grupos minoritarios se sienten muy orgullosos; es, en últimas, una manera de demostrar que el peritaje antropológico es un aporte imperfecto e inconcluso, pero que ha crecido desde hace treinta años y alberga amplias posibilidades de desarrollo.





# La antropología jurídica: mirada epistemológica

La antropología jurídica es un campo especializado de la antropología cultural, que es la rama de esta ciencia dedicada a estudiar la interpretación de la cultura humana, es decir, todo lo que el hombre aprende como miembro de una sociedad; en otras palabras, los conocimientos y convenciones, así como las expectativas que comparten los integrantes de un grupo y que transmiten a sus hijos. La cultura se visibiliza en sociedades particulares; esto es, en los modos de vida específicos de los grupos humanos; en las maneras selectivas de actuación, pensamiento, sentimiento y comunicación empleados por los miembros de un grupo determinado y que los distinguen de otros grupos de modo real; o bajo el sentimiento que genera en estos individuos un sentido de especificidad como distintos, pese a compartir los mismos rasgos culturales con otras sociedades. Los miembros de cada una de las culturas no solo tienen valores, ideas, palabras y gestos característicos para comunicarse, sino que además ordenan y clasifican de modo peculiar esos elementos. Sobre decir que una cultura es el resultado de lo propio, de lo apropiado de otras sociedades, e incluso, de lo que ha sido impuesto.

El objeto de estudio de la antropología jurídica es indagar el orden jurídico en una sociedad, como variable de la cultura; se centra en el derecho de las naciones, de los grupos urbanos, de las guerrillas, de los pueblos étnica y culturalmente distintos, de los grupos particulares de la sociedad (como los niños, las mujeres, los homosexuales, los jefes o los subalternos en las relaciones laborales, entre otros). Esta disciplina busca encontrar, en ciertas expresiones, “señales específicas” que muestren cómo se regula la vida de la gente, y explicaciones que revelen por qué ese orden es como es, por qué funciona, qué aspectos presentan conflictos, cuál es su lógica y qué instituciones sostienen los principios reguladores.

El derecho, es decir, el conjunto de normas establecidas como obligatorias para ser cumplidas por los miembros de un grupo, representa un componente de la cultura, que si bien puede ser aislado, es aprehendido y conocido siempre por el antropólogo jurídico en un contexto integral. En primer lugar, el derecho es una manifestación cultural de la forma particular como una sociedad organiza la vida social; por ejemplo, define quiénes son parientes dado que el concepto y sentido del parentesco no es universal (sociedades matrilineales o patrilineales), qué hacer con un huérfano (¿abandonarlo como hacemos en la mayoría de nuestros países, dejándolo al cuidado de instituciones inhumanas, o adoptarlo por los miembros de un clan, o darlo en adopción por fuera de la sociedad en que nació? ¿Pueden los homosexuales adoptar niños?), dónde enterrar la placenta (¿al oriente de la casa donde nace el niño, en basureros, quemada en hornos de gas?), qué derechos adicionales tienen las mujeres en comparación con los hombres (tierra, mayor número de días de cuidado del bebé), cómo pagar una labor (¿con dinero, con trabajo?). En segundo lugar, el derecho define en una sociedad el manejo de lo que es de todos; reglamenta el acceso a recursos tales como agua, tierras, producción natural, o resultado del trabajo individual o colectivo; define si la tierra es propiedad colectiva o individual; si el territorio está determinado por coordenadas o por el uso regular, por lo que establece las restricciones a los lugares que se frecuentan o deben ser evitados por los miembros del grupo bajo mundos de representación determinados (¿qué es el *subsuelo*?: ¿es el lugar de lo podrido y de lo que tiene capacidad de hacer daño?; lo que está debajo de la tierra, ¿a quién pertenece?), por dónde transitar y con qué medidas (en determinadas direcciones, solamente los que tienen parentesco ritual, los que de manera temporal pasan por el lugar, pero no van a quedarse), de dónde tomar el agua, cómo tratar los bosques, cuál es el lugar para enterrar a los muertos... En tercer lugar, el derecho especifica principios y procedimientos para dar solución a los conflictos que se presentan, es decir, para hacer justicia cuando sus propios miembros o las personas externas actúan en contra de lo establecido (cuáles son y cómo se tipifican los delitos contra el individuo y cuándo contra el colectivo; cómo se sanciona la desviación a lo que se ha establecido como obligatorio).

Dado que el derecho, como todo lo cultural, es dinámico y, por ello, las normas internas pueden cambiar, bien sea por creación interna o por voluntad de sus miembros, los hombres podrían heredar la tierra en una sociedad matrilineal, las mujeres abortar; entre los paeces se podrían cambiar las penas para los brujos; o quizá terminar la pena de muerte en un Estado norteamericano donde esta se aplica hoy. Es posible que este tipo de cambios también ocurran por procesos de imposición externos (por ejemplo, en Colombia se deben respetar los mínimos jurídicos independientemente de la etnia, raza o cultura: el derecho

a la vida, a la integridad del cuerpo, a no ser esclavizado y a un debido proceso). En cada caso, el antropólogo jurídico debe investigar si se trata de una dinámica generalizada o si se presenta de manera particular, lo cual lo conduce a profundizar si está en presencia de un cambio orientado a la eliminación o a la introducción de un referente cognitivo distinto del derecho preexistente.

Lo jurídico suele ser un compuesto de principios, reglas y procedimientos, un croquis mental que señala comportamientos que se deben prevenir (o seguir), lo cual se refleja en la cotidianidad de una sociedad o en eventos extraordinarios que provienen de la institucionalidad, que mueve invisiblemente a las personas sobre el deber ser y sobre los derechos.

### ¿Qué distingue lo jurídico de lo social?

Lo jurídico y el derecho no dependen del sentimiento de personas, de la psicología individual, sino que los trascienden y se convierten en uno de los fundamentos de la sociedad. Por otra parte, lo jurídico y el derecho se distinguen de otros usos sociales comunes con los cuales se teje la vida cotidiana, entre ellos, por ejemplo, la forma usual de vestirse, la manera de saludarse, el horario o el orden y la clasificación de las comidas, todas expresiones reconocibles por los miembros de un grupo social.

El derecho, como institución que regula y ordena de una determinada manera la vida de una sociedad, va más allá de los llamados usos y costumbres, porque estas rutinas no necesariamente obligan a hombres o mujeres, a esposos o esposas, a los jóvenes, a las autoridades, a los médicos, a los religiosos, o a todos. Cuando el antropólogo jurídico busca encontrar qué es el derecho en una sociedad y cómo se expresa este derecho en un campo determinado, tiene que investigar por qué la gente hace lo que hace. Es probable que un periodista, un misionero, una persona que convive en una sociedad determinada u otro científico social realicen buenas descripciones de lo que hace la gente, pero probablemente no puedan saber qué hay más allá de lo puramente fenomenológico, de las señales que ven.

*Era día de minga. El gobernador citó para arreglar el camino. Unos fueron de cacería la víspera para traer comida. Como cazaron un venado, muchos se enteraron, y como era domingo de mercado compraron carne de vaca para celebrar. Llamaron al “te eu” y él*

*envolvió pequeños trocitos de hígado, corazón, tripa y cuajo en hoja de bijao; los amarró en forma de tamal y, de espaldas a un árbol, los tiró al occidente. Todos entonces pudieron comer carne de vaca con envueltos de maíz. ¡Solo así se puede comer carne de vaca!<sup>1</sup>*

Probablemente, si la anterior descripción fuera narrada a profesionales de distintas ramas del saber que estudian el derecho en una determinada sociedad, no podrían descubrir algunos asuntos que sí establece el antropólogo jurídico, por ejemplo, que un páez tiene el derecho a ser convocado para participar en un proyecto de bien común y tiene el deber de ir. El antropólogo jurídico se pregunta también sobre la clasificación de los animales: dónde está la vaca, dónde el venado, dónde el maíz, qué significado tiene que a pesar del tabú de abstenerse de consumir carne de vaca, esta puede ser comida si la suerte en la cacería trae venado; qué se puede diferenciar como uso social y qué le pertenece al sistema de derecho propio dentro de esta sociedad...

Para poder penetrar en las categorías del derecho desde la antropología cultural, es necesario hacer algunas distinciones: aunque todo referente cognitivo legal se socializa mediante una práctica y una ideología sociales, no todas las costumbres son jurídicas. Así, trabajar en grupo es una práctica social de tipo económico que no entraña necesariamente, en todas las culturas, una obligación o una sanción jurídica. Sin embargo, en el caso de los paeces, el trabajo en grupo conforma, además de un hecho económico, una realidad jurídica.

El derecho, como objeto de estudio, y la variable dependiente justicia, como un campo particular del derecho, son compartidos con otras ciencias sociales; por ejemplo, la sociología jurídica examina la eficacia del derecho, el pluralismo jurídico; la economía los resultados de costear el sistema oral o el valor del sistema carcelario. Sin embargo, ninguna de estas ciencias lo estudia como expresión o variable de la cultura genérica o de una cultura específica, como sí lo hace la antropología jurídica. Como “voz” de la cultura genérica, el derecho es una variable común a todas las sociedades, que de distinta manera expresan principios y procedimientos rectores para ordenar la vida social. Así mismo, también constituye una variable crucial de culturas específicas, al concretarse en un modo particular, asentado en referentes y en valores diversos, en lugares y tiempos también específicos.

---

<sup>1</sup> Informante páez de Caldoto. Estudio del sistema alimentario, 1980.

## Los temas objeto de estudio de la antropología jurídica

Los objetivos específicos de la antropología jurídica pueden traslaparse en parte con los de otras ciencias sociales: conocer el sistema de derecho en una sociedad particular, el estudio comparado de los principios y procedimientos de un número de sistemas de derecho, el papel funcional que cumple el derecho en una sociedad, la evolución de un sistema en el eje del tiempo, la coexistencia en una misma unidad estatal de varios sistemas de derecho legales o ilegales, la eficacia instrumental del derecho. Aunque uno de los retos más enriquecedores (y con consecuencias prácticas) de las actuales ciencias sociales es su necesidad de interconectarse, y a pesar de que las distinciones entre estas y sus objetos de estudio se vuelven cada vez más flexibles y en ocasiones borrosas, estas ciencias no abandonan especificidades teóricas y enfoques metodológicos particulares, a pesar de que sean válidos los cruces que las enriquecen y diversifican. Unas y otras ciencias tratan estos objetos de estudio específicos, situados en procesos históricos y dentro de condiciones políticas, socioeconómicas y culturales que los moldean y demarcan, pero los presupuestos epistemológicos de la antropología jurídica y los criterios que aplica buscan la observación del fenómeno jurídico como variable del fenómeno sociocultural e histórico, en diferentes sociedades.

Por ejemplo, a partir de un hecho histórico que señala “¿desde 1956 las mujeres en Colombia pueden votar!”, es posible preguntarse: ¿qué significa, como referente cognitivo, un cambio en la sociedad colombiana cuando se establece la igualdad de género para que las mujeres puedan participar en las elecciones? ¿Qué cambio en el modelo capitalista tiene que ver con la inmersión de la mujer en el mundo del trabajo fuera del ámbito del hogar y cuál es su relación con el hecho de que ellas puedan votar?

El concepto de *derecho* se refiere a un universo de normas y sanciones legales de origen estatal o tradicional (influidas, quizá, por el mundo prehispánico o el africano), escritas o no escritas, y codificadas por una colectividad determinada, que permiten la marcha y la cohesión sociocultural de un grupo. Las diferentes expresiones de esos derechos se garantizan a través de organizaciones, que pueden ser o no burocráticas y policivas, y que pueden recurrir o no a la coerción física o a la violencia para hacer valer las normas y decisiones del mismo poder legal. El hecho de que en todas las sociedades no existan necesariamente leyes escritas o tribunales formales, o una organización legal de tipo coercitivo, que obligue, mediante la fuerza, al cumplimiento de la ley, como

en el sistema de derecho estatal, no significa desde luego que no existan en todas las sociedades normas que regulen las diferentes actividades sociales, como las relacionadas con el parentesco, el uso de la tierra, la economía, la religión, e incluso la ideología. La opinión pública del grupo, algunas veces a través de ciertos voceros autorizados o de miembros que se designan en forma coyuntural y rotativa, impone sanciones que tienen gran fuerza y eficacia.

Los referentes cognitivos que norman y regulan la vida social de un grupo deben comprenderse en la forma de estructuras mentales integrales; de este modo, es posible examinar cómo el derecho se expresa en un modo de vida que, entre muchos otros, utiliza esos referentes jurídicos en diversos momentos de la experiencia personal y en relación con el colectivo. Es muy importante destacar que los antropólogos jurídicos han revelado las claves culturales para probar que existen sociedades que socializan al individuo sobre principios distintos de aquellas otras que lo hacen sobre el principio de la individuación. En sociedades como las indígenas, muchas de las categorías mentales que se comparten implican el “nosotros” en oposición al “yo”, “lo nuestro” en oposición a “lo mío”. Estos referentes que impiden, por ejemplo, hablar de “mi tierra”, “mi fuego”, “mi mujer”, involucran normas observadas con regularidad, que definen, entre otros asuntos, la consideración de cualquier desviación como un atentado a la integridad social del grupo. En las sociedades asentadas sobre el individuo como centro del mundo y objeto de protección como sujeto de derecho, no sucede lo mismo. Esta diferencia cultural es crucial para encontrar una dimensión de tenor más elevado, que permita comprender los impactos de aquellas decisiones en las cuales un caso perteneciente a una sociedad en la cual el sujeto es socializado como miembro de un sujeto colectivo de derecho, es juzgado con los parámetros de una sociedad que tiene al individuo como sujeto individual de derecho.

*Aunque la mujer páez solicitó el 50% de los bienes por la separación de su marido y el juez de tutela de la jurisdicción ordinaria así lo determinó, la autoridad indígena emplazó su competencia jurisdiccional y definió que a la mujer le correspondía el 100% de los bienes, ya que la patrilocalidad quedaría con la tierra trabajada por la mujer<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> Caso narrado en el encuentro sobre Jurisdicción Especial Indígena en Caldono, Cauca, por una mujer páez.



Es precisamente en el encuentro de culturas diferentes donde se define otro campo específico de la antropología jurídica, según el cual, lo conductualmente “normal y aceptable” o lo “desviado y anormal” varían de una sociedad a otra y, por consiguiente, tanto la desviación como lo aceptado socialmente solo pueden definirse en un sentido relativo. Más aún, existen grupos o subculturas dentro de una misma sociedad que no concuerdan entre sí acerca de lo que es normal y lo que es desviado. Tal relativismo conduce al concepto de *pluralismo jurídico*, y a una de las polémicas fundamentales de la antropología jurídica: la posibilidad de considerar o descartar el contexto sociocultural del “criminal” o del “desviado” en el momento de juzgarlo y de aplicarle determinada norma externa.

Desde los parámetros de la antropología jurídica, se explican hechos en razón de la existencia de un principio particular que permite entender cómo, en actos aparentemente iguales, existen razones diversas por las cuales dichos actos fueron realizados. Desentrañar la lógica de comportamientos aparentemente iguales es tarea del antropólogo jurídico, pero, ante todo, la posibilidad de exaltar y valorar la lógica de los comportamientos desiguales.

## Los reconocidos socialmente para administrar la justicia

Aunque los antropólogos jurídicos han buscado encontrar los referentes cognitivos que permiten saber quiénes son reconocidos como autoridades para intervenir “legalmente” en los conflictos y cómo se sanciona a los transgresores, por supuesto estos elementos no identifican en su totalidad las características de un sistema de derecho. Si el derecho para la antropología jurídica atraviesa todo el ordenamiento de la vida social y los modos de relacionamiento con los espacios materiales y espirituales (reales o posibles como producto de creencias que comparten las personas), el derecho también define quién puede actuar frente a un transgresor; quién es competente para sancionar cuando se infringen los mandatos establecidos, de modo que la sociedad funcione; quién tiene el poder y la autoridad, ya sea para acudir a la intimidación, a la amenaza o al uso de la fuerza coercitiva; o quién para advertir y prevenir los riesgos de no seguir las normas, como también para ser sujetos de su aplicación.

## Métodos, alcances y repercusión

Una de las dificultades para el antropólogo jurídico es el esclarecimiento de lo propiamente jurídico, ya que en algunas sociedades no es posible separarlo del tejido

social en que está imbricado. La indeterminación de lo jurídico como un conjunto claramente diferenciado en ciertos grupos, dificulta distinguirlo en forma clara, incluso porque los propios miembros de la sociedad no necesariamente son conscientes de que un determinado fenómeno sea jurídico, a pesar de estar ampliamente configurado. Lo imposible en cualquier caso es identificar lo jurídico fuera del contexto social integral. Por esa razón, el antropólogo jurídico se aproxima a su objeto sin utilizar las categorías del derecho específico de una sociedad como patrón o como marco de referencia para otras, y tampoco lo hace para ajustar los procesos jurídicos a través de todas las culturas. El único camino válido parte desde la cultura específica, y esto significa desentrañar las categorías jurídicas a partir de los procesos concretos que se dan en cada sociedad en su diversidad histórica propia.

El antropólogo jurídico conoce situaciones particulares, examina instituciones y relaciones sociales y, por ende, cuando sea el caso, fenómenos jurídicos. Rescata los parecidos que se juzgan esenciales y establece las diferencias entre las estructuras y los hechos que corresponden tanto a expresiones individuales como colectivas. En cuanto a los fenómenos colectivos asumidos individualmente, abstrae lo particular que corresponde al individuo, para tomar en consideración lo que es común. Así, frente a un caso determinado debe resaltar no solamente las particularidades que encierra, sino el valor que se le pueda atribuir dentro del conjunto, como elemento básico de la estructura jurídica. Cuando se enmarca un hecho en la vida social y cultural, es posible detectar relaciones de diferente tipo, como las de cooperación, competencia y conflicto. Por lo tanto, uno de los objetivos centrales de la antropología jurídica es establecer y deducir lo que se orienta a la armonía deseada y lo que es intolerable en una sociedad.

Una forma de adentrarse en el derecho como variable cultural, como institución que regula la vida social y se asienta en referentes cognitivos preceptivamente presentes en la mente de cada miembro de una sociedad, y que definen el estilo de vida, es examinar esas señales que la sociedad exhibe y que en principio deben ser usuales, precisamente para que sean culturales. Siempre es importante establecer la calidad de la información de las señales, pues se reitera el fundamento de que no toda la cultura está totalmente repartida en cada individuo. El antropólogo jurídico dispone de una formación general pero, puesto que se ha especializado en el ámbito del derecho, está formado, más allá de la generalidad, para leer en ciertas manifestaciones el funcionamiento y la estructura diferenciada de este campo de la cultura. El antropólogo aplica ciertos criterios específicos frente a los “síntomas” que le son

narrados o que él puede detectar en su relación efectiva con el otro, los cuales constituyen asomos, indicios de una realidad cultural que no ignora por ser significativa.

*El hombre que se presenta ante la que espera sea su mujer y le extiende un pescado fresco y le dice: haga comida para los dos.*

*La comunidad que reunida ordena darle fuste al trasgresor.*

*La ablación que hacen a las emberas.*

Estas expresiones, que en el proceso de interacción surgen en cada caso por examinar, impulsan al antropólogo jurídico a profundizar en su comprensión, como parte de la función que le corresponde a esta rama de la antropología, de determinar el papel que juegan en hechos demarcados por la cultura.

## El método etnográfico

La observación sobre aquello que hace, piensa, dice y cree la gente, permite obtener una visión interna de la cultura; una posible mirada que obliga a contrastar cómo esta se manifiesta para quienes la usan; qué recompensas y problemas supone para ellos; al mismo tiempo, se percibe esa forma de vida con ojos de observador externo. Este método permite relativizar y, al menos, cuestionar los documentos preexistentes que se constituyen con base en pruebas. Para encontrar hechos que apunten al entendimiento de la realidad, hay varios caminos, pero la observación participante se perfila como el más elemental y más práctico. La observación directa unida al análisis de razones, o sea, a una visión que resulta del análisis cuantitativo de los fenómenos, permite encontrar la institución y, por encima de lo individual, determinar el interés social, el orden público, lo normativo, lo que permite cualificar un hecho.

La búsqueda de información que permita obtener datos para comprender y explicar una realidad cultural expresada en un caso, es la forma de investigación antropológica que mejor responde a la vocación profunda del antropólogo: la observación directa a través del trabajo de campo. Este tipo de trabajo, realizado de manera intensiva, se centrará entonces en conocer las pautas de conducta que son significativas en la sociedad. Se pretende un enfoque holístico centrado en lo jurídico que ayude a la construcción de regularidades que permitan predecir y explicar comportamientos dentro de un sistema cultural.

El antropólogo aplica un marco general de preguntas, para verificar en la particularidad de esa sociedad las representaciones culturales que guían a sus miembros en su regulación. Utiliza el método de razones o estadístico, que le permite examinar cómo un referente está más o menos presente en la vida de la sociedad, es decir, si como referente de cultura es un rescoldo o vestigio que solo se puede encontrar en los mayores o en especialistas de la cultura (por ejemplo, aquellos que se dedican a la construcción, al campo de la salud o a solucionar disputas), o si se trata de referentes que están apareciendo, innovaciones sociales que están emergiendo como “brotes”, que pueden ser epidémicas y llegar a ser parte de las nuevas expresiones culturales.

El estudio de caso es una excelente herramienta para contextualizar los datos jurídicos en la trama social. Aunque tenga como eje, tanto para la recolección de datos como para su análisis, categorías específicas relacionadas con el derecho, siempre tendrá una perspectiva holística, de modo que las diferentes categorías se puedan jerarquizar o interpretar en relación con todos los elementos de la estructura social. Hay ventajas evidentes del estudio de caso frente a la recolección de datos únicamente jurídicos o a las listas de normas, derechos, obligaciones y sanciones, ya que estas casi siempre están descontextualizadas. Las listas imponen categorías que quizá son ajenas a la cultura objeto de estudio y pertenecen más bien a las del investigador.

Es importante resaltar que se utiliza el dato numérico o matemático y proporcional, no tanto como cantidad sino como expresión de la lógica de un sistema de pensamiento común. Es posible encontrar esta lógica por medio de una búsqueda de información que agote la totalidad del universo o a través de un sondeo que deliberadamente tome solo una parte de este. El sondeo responde muy adecuadamente a la práctica de la antropología jurídica: es una estadística a pedido de la producción antropológica. Hechas algunas observaciones preliminares, el antropólogo jurídico tendrá capacidad para juzgar cuáles mediciones numéricas pueden ser más oportunas y necesarias. A través de su práctica, se va habituando a reconocer en una muestra el coeficiente de confianza que apoye el desarrollo de la investigación de su objeto.

En cuanto a los documentos utilizados como origen de la información, el antropólogo ha de trabajarlos desentrañando la lógica de lo jurídico dentro del contexto de la cultura específica. El expediente, un artículo o una carta pueden ser las fuentes de datos. Realizar una lectura atenta de su contenido, en función de un objetivo de investigación previamente fijado, puede aportar información valiosa para el estudio.

El expediente o la historia sociofamiliar que acercan una realidad por conocer, no pueden ser concebidos más que como un conjunto de signos, de palabras, que no equivalen exactamente a la realidad. Los documentos son engañosos a veces, y el antropólogo jurídico debe contrastar la información. El expediente, base para casos de peritaje antropológico, es muy importante, porque es la materia prima que permite acercarse a determinar exactamente qué está en conflicto, para aproximarse a la reconstrucción cultural y social. Es posible ubicar situaciones circunstanciales de lugar, compañía, niveles económicos: por ejemplo, a quién se está acusando de un delito, qué representa ese delito para la comunidad, de quiénes provienen los testimonios...

A partir del expediente y en forma comparativa, se debe examinar si hay otros casos correspondientes a expresiones similares: qué significa la familia en el contexto de otras formas de agrupación y si es típica su composición, cuánto significa un nuevo miembro nacido en el grupo o cuánto se siente perderlo, qué permite las alianzas matrimoniales exogámicas entre mitades, o tal vez desentrañar el papel que desempeña el miedo a la brujería en estas culturas o a qué cosas se les tiene temor.

Trascendiendo el expediente, el conocimiento sobre la cultura ofrecido por estudios particulares y monografías realizadas previamente permite desentrañar orientaciones y concepciones profundas que revelan la lógica subyacente a una actuación determinada. ¿Cuál es la concepción que se tiene de la fisiología y la anatomía del cuerpo humano en una sociedad que corta el clítoris a las niñas? ¿Qué ideas se tienen sobre la fecundidad, la gestación, la reproducción y el nacimiento de un niño que nace con defectos físicos y se lo separa del pueblo? ¿A quiénes se considera como parientes de la criatura y, por ello, con determinados deberes y derechos? ¿Cómo se concibe la relación entre transgresión de las normas y estado del cuerpo físico, el medio natural y el territorio? El estudio del documento implica un análisis de su contenido profundo, con el fin de buscar los niveles simbólicos que dan sentido y orientación propios. No debe olvidarse que los casos sometidos a juicio, objeto de estudio por parte del antropólogo jurídico, parten de los expedientes y de las historias sociofamiliares en casos de protección a niños, niñas y jóvenes.

Para evitar al máximo la subjetividad será necesario, por último, establecer un cuestionario en el que las preguntas se construyan con precisión y las respuestas puedan ser analizadas. Las preguntas se distinguen según el objetivo: preguntas de información y conocimiento, preguntas de hecho y preguntas de opinión. Las preguntas de información y conocimiento

permiten determinar el grado de inserción de un individuo en contextos diferentes, por ejemplo, si conoce quién es el presidente de la nación; pero también el grado de marginamiento en que él se encuentra con respecto al resto de la sociedad, por ejemplo, qué dice la ley de narcóticos. Las preguntas de hecho se refieren a aspectos como edad, actividad, lugar de habitación, lengua, estado civil, etc., y son imprescindibles (algunas se responden directamente a partir del expediente). Si bien este cuestionario se resuelve fácilmente, no se debe preguntar si el acusado fue autor del hecho o si se ha visto anteriormente envuelto en problemas con la justicia, dado el carácter íntimo que estas preguntas tienen. A pesar de ello, las circunstancias personales son factores positivos para que el acusado y los entrevistados escogidos respondan a interrogantes y cuenten abiertamente su participación en los hechos. Las preguntas de opinión que encierran juicios de valor buscan descubrir y determinar los principios y procedimientos y las reglas legales.

El conocimiento y revisión de la cultura es fundamental. No es posible desentrañar para otros (jueces y defensor) la lógica que orienta un comportamiento, lo que se hizo y el porqué de esa actuación, sin la demostración y exposición de una perspectiva cultural lo suficientemente amplia y precisa, existente previamente. La monografía etnográfica completa adquiere gran relevancia en la antropología jurídica. La valoración de la totalidad sociocultural permite comprender cómo el individuo o grupo –mirados como caso– no son independientes de su contexto y más bien son su producto. Esto solo puede deducirse y comprenderse a través del esfuerzo de quienes realizaron trabajos etnográficos para conocer previamente una sociedad. Examinar estos productos monográficos permite, en primer lugar, separar lo jurídico de lo social no-jurídico y de lo individual; en segundo término, permite ordenar cambios en el tiempo, ya que es de gran importancia comparar históricamente los cambios en una cultura, que está en movimiento en forma permanente.

Es necesario distinguir la parte de aprendizaje social que tienen los hechos en su génesis. Si el derecho tiene un origen social, no es sostenible que, de forma innata, una persona se pueda orientar en sus actuaciones por los principios legales de su propia sociedad y menos aún por los de otra. El hombre –que necesariamente es miembro de una sociedad y una cultura específicas– es socializado según un sistema de ideas y valores y, desde luego, estos parámetros tienen que ser válidos y evidentes para él, por ser aprendidos y enseñados a través de los canales de socialización, educación e información comunes a la sociedad a la que pertenece.

Para la antropología jurídica es importante saber cómo se socializa el derecho mediante diferentes mecanismos culturales, que permiten internalizar a las personas y a los diferentes grupos qué debe hacerse, en qué circunstancias y qué sanciones acarreará el no respetar lo normativamente dispuesto. La antropología jurídica manifiesta de manera práctica y con descriptores cómo se establecen e internalizan las normas y los procedimientos que identifican el derecho en una sociedad.

*Una madre nasa ordena con frecuencia a su hija pequeña que debe llevar comida a la casa X donde vive el niño que por matrimonio prescrito se casará con ella. Esta es la forma de señalar que la niña está “opcionada”. Por medio de esta institución los paeces definen qué miembros de la sociedad son posibles o no de cortejo.*

Esta práctica social se orienta a fortalecer el intercambio matrimonial endógeno.

*A cierta edad, el niño y la niña hermanos, en la sociedad mestiza colombiana, son separados para que no duerman juntos. Esta es la forma de evitar el incesto.*

La claridad de los adultos en torna a que no es posible tener relaciones sexuales entre hermanos y que es una prohibición que debe ser cumplida, es definida por los padres mediante el distanciamiento de los hermanos, de modo que no tengan cabida las relaciones incestuosas.

*La TV, la prensa, informa dónde se puede estacionar, cuándo se puede utilizar el carro privado, etc.*

Los principios y las reglas obligatorias de manejo del espacio público se dan a conocer por diferentes medios.

El derecho se ve modificado por ideas nuevas, formadas en la mente de un sujeto que logra comunicar su nueva representación a otros. Esa idea, si es aceptada, se conoce y se vuelve común. Cuando una idea pasa a ser reconocida socialmente, se convierte en un referente cognitivo compartido por un grupo social determinado. El derecho, como institución para normar la vida en sociedad, se ve modificado por nuevas ideas que generan cambios culturales y, por ende, reorganización para establecer un nuevo orden en la sociedad.

*La cultura de los derechos humanos universales y la estigmatización de prácticas que unilateralmente se definen como contrarias a estos ideales inducen a que, por ejemplo, los jóvenes paeces deseen eliminar el fuate y el ceпо como castigo a las graves transgresiones.*

*Frente a la nueva realidad de muchos niños y jóvenes sin nombre de clan, los tikuna definen crear el clan “Vaca” para los niños no clasificables, por ser hijos de mujer tikuna y hombre blanco, puesto que los hombres blancos no tienen clan y por ello no lo pueden heredar a sus hijos.*

Las demandas de cambios por parte de segmentos sociales son también estudiadas por el antropólogo jurídico, pues no siempre estas exigencias fortalecen el derecho de un pueblo indígena a proteger el derecho a su distintividad y a lo propio.

El ciclo económico:

*El pueblo u'wa, que lucha por una decisión a su favor en el sentido de que su territorio no sea intervenido para explorar petróleo, dispone de una organización económica de origen prehispanico denominada economía vertical. Respecto a cada piso térmico y a los microclimas existentes, ellos tienen restricciones para hacer uso de los productos alimenticios. Así, cuando da frutos una especie determinada de árbol, los u'wa no los pueden tomar de estos, pero sí del suelo. La prohibición busca que determinados pájaros puedan alimentarse de los frutos posándose en el árbol, para que los u'wa, en otro ciclo, puedan disponer de proteína cazando dichas aves.*

Sucesión de bienes:

*Los hijos y la esposa de un hombre wayuu, que murió cuando trabajaba para una compañía de carbón, no heredan las prestaciones de su padre y esposo. Esa regla proviene de una sociedad con matrimonio exogámico interclanes. Para casarse, un hombre entrega una dote representada en chivos o collares. Cuando un hombre muere, aquellos bienes extras que no usufructuará con su familia, pasan a ser propiedad del clan materno del hombre muerto, a no ser que la mujer se case de nuevo con un hombre de ese mismo clan.*

División del trabajo por edad y género:

*Cuando un niño wayuu llega a los doce o trece años, es valorado como responsable en el momento en que tiene interiorizado el manejo de un rebaño. No es un “niño explotado”,*



*sino que se le considera un sujeto capaz de manejar el capital de su clan y de reproducir el modus vivendi de un pueblo que habita en el desierto.*

Mayoría de edad:

*En el derecho estatal, en Colombia se define que una mujer puede casarse a los catorce años y el hombre a los dieciséis. Entre los wayuu, la mujer puede hacerlo después de que tenga su primera menstruación. En este momento será inducida al cumplimiento de los deberes y derechos que corresponden a una mujer casadera.*

Obligaciones rituales para la mujer al momento de llegar el parto:

*Los u'wa disponen que el cacique debe ser informado cuando la mujer esté próxima a parir. Él realizará los rituales para llevar a la vida a un ser humano y definirá, si es el caso, si la criatura debe ser recogida por una deidad para estar en el mejor lugar de los que existen, lo cual significa dejarla en el páramo, o si será clasificada como u'wa, para vivir con los demás.*

*Un sacerdote bautizará a un recién nacido, hijo de católicos mestizos, que esté en malas condiciones de salud, para que vaya directo al cielo y no al limbo. Si muere será enterrado en un lugar definido por la Secretaría de Higiene y Salud Pública.*

*Los miembros de una sociedad poseen referentes de higiene, de salubridad, de planos físicos (subsuelo, tierra, montañas, valles) o espirituales (cielo, infierno, amarillo, blanco, páramo), para determinar restrictivamente el lugar donde se deben enterrar a los muertos, a dónde van los muertos o qué hacer con los no clasificables.*

Patria potestad:

*Los hombres españoles, y otros en el mundo, se debaten para romper la usanza cultural occidental, que trasciende a las decisiones administrativas de protección, por la cual las madres son quienes quedan con la patria potestad sobre los hijos, y no sus padres.*

*El tío materno es quien tiene la patria potestad de los niños y niñas wayú. El padre biológico no es su pariente: es solamente el esposo de la madre.*

Herencia de bienes:

*Los hombres wayú no heredan tierra. Esta se sucede solamente a las mujeres por parentesco matrilineal.*

Referentes de tiempo que definen en una sociedad la madurez de una persona:

*Martín Tingana, indígena pasto de veintinueve años de edad, y Ati Kiwa, mujer arhuaca de veintitrés años, se debaten para que sea reconocida su condición de adultos, que les permitiría participar como miembros, respectivamente, del Senado, que exige una edad mínima de treinta años, y del Concejo de la capital de Colombia, que precisa que sus miembros tengan por lo menos veinticinco años. La adultez entre arhuacos o pastos no es cronológica.*

Tratamiento preferencial a una sociedad:

*Los sanandresanos de Colombia tienen derecho a la totalidad de su territorio, que es una isla proporcionalmente pequeña para su población creciente. No está permitido adquirir territorio a personas que no pertenezcan a esa etnia. Con esta medida se fortalece el espacio para reproducción del grupo.*

Trato discriminatorio:

*Hasta el 2000, los homosexuales en Colombia no podían ser maestros. Su preferencia sexual era objeto de rechazo laboral y de discriminación social. El derecho se transforma cuando la Corte acoge una demanda de inconstitucionalidad para dejar de lado la prohibición, aduciendo que la preferencia sexual del sujeto no debe interferir con la posibilidad de ser maestro.*

Deshacerse y eliminar o no a alguien que no puede valerse por sí mismo:

*Los enfermos que requieren diálisis son clasificados en Colombia en dos categorías: los que la pueden pagar y los que no. Los que no la pueden pagar están cubiertos por el sistema de salud. Sin embargo, en los hospitales, los médicos les informan que no les pueden hacer la diálisis si no pagan. Toman los médicos una decisión de muerte.*

*La mujer huitoto encontrada por un investigador en la selva no estaba perdida. Su vejez e incapacidad de producir para ella misma y para el colectivo hacen que su grupo decida llevarla a un determinado lugar en la espesura donde debería pasar a ser danta.*

*Dos mil niños colombianos fueron dejados a su suerte durante el año 2006 en Colombia.*

#### Determinación del parentesco:

*El hijo biológico de un hombre wayuu no es su pariente; lo es de la madre y de los parientes matrilineales.*

*Los hijos de un hombre tikuna son sus parientes y no lo son de su esposa.*

*Los hijos de una bogotana son sus parientes y de su esposo como padre de sus hijos; estos tienen iguales deberes y derechos.*

*La Corte Constitucional de Colombia cambió el derecho precedente cuando extendió la prohibición del incesto para los padres adoptantes y para el esposo o esposa que convive con el progenitor de un niño.*

#### Configuraciones de autoridad y relación de género:

*En algunas regiones de Colombia, las mujeres mestizas tienen atribuciones principales sobre el mundo económico, familiar y político, en comparación con las que tienen los hombres.*

*En la perspectiva tradicional, la mujer páez es silencio y no participa del mundo de lo público. Sin embargo, hoy, muchas paeces han salido de sus comunidades y sí participan, con lo cual se han generado desajustes en la estructura tradicional patrilineal. La sociedad páez estudia cómo institucionalizar los cambios y ajustar el nuevo rol de las mujeres.*

#### Referentes institucionalizados para enterrar a los muertos:

*Existen situaciones previas a la muerte de un sujeto que definen quién debe hacer qué cosa. Si la persona fallece en una institución de salud, se emite un certificado de defunción; si es en lugar privado se debe realizar autopsia”.*

*Las mujeres wayuu son las que obligatoriamente pueden tocar los cadáveres y enterrar los muertos.*

El derecho y mundos especializados de saber:

*Los hombres embera en Colombia no saben qué función cumple el clítoris en las mujeres, que es mutilado después de un examen hecho por la partera. Es secreto de las parteras y solo pueden comunicar ese saber a las nuevas parteras.*

*Los paeces clasifican el clítoris por el tamaño. Dependiendo de esta condición, lo queman, para que la mujer no se extralimite sexualmente por fuera del matrimonio.*

*Los niños y muchos ciudadanos en Colombia no saben qué regula la Procuraduría General de la Nación.*

*Muchos colombianos no saben qué son las llamadas capitulaciones o la renuncia de un pretendiente, al casarse, para heredar los bienes contraídos antes del matrimonio por uno o los dos contrayentes.*

## Convivencia territorial y social de sistemas de derecho distintos

El contacto entre las distintas formas como se vive el derecho hace que los referentes jurídicos cambien. Aunque (como lo registra la historia) la dirección de los cambios es establecida por aquella sociedad que normalmente tiene un mayor poder económico, político y militar, sin embargo, es necesario diferenciar este modelo colonialista, de los cambios dinámicos internos que son resultado de creaciones, apropiaciones o adaptaciones realizadas con control cultural interno, ya que el derecho, por no ser una tradición monolítica que se transmite de modo inmutable de generación en generación, participa del mismo grado de dinamismo e historicidad que tienen todas las relaciones sociales.

Si al comparar el derecho de una sociedad con el de otra, las diferencias adquieren valor como manifestación de riqueza, el antropólogo jurídico se pregunta cómo conviven sistemas de derecho distintos en un mismo ámbito territorial o social; qué impactos produce que un derecho o ciertos valores asentados sobre el mundo de un derecho se impongan sobre otras

sociedades; qué elementos del ordenamiento cultural de la vida social son ejes del orden normativo, que se desestructuran por intervenciones sobre sociedades que no se conocen y no tienen en cuenta el contexto donde se realiza esa intervención.

La antropología jurídica, basada en aceptar la relatividad de lo desviado, no consiente que se establezca un único comportamiento estereotipado que deba ser reprimido en función de proteger la sociedad. Destituye como absolutas y universales las categorías de un solo derecho, como el positivo estatal, para tratar en cambio de entender otras categorías, a partir de las relaciones sociales propias de cada sociedad históricamente determinada. Las relaciones que instrumentan las personas para organizar la vida social, y la forma en que estas desarrollan la personalidad, estimulan en el individuo la comprensión de fenómenos que afectan su propia realidad, sus manifestaciones y expectativas, así como el grado en que ciertos hechos y situaciones son decisivos para su vida.

El antropólogo jurídico debe saber ponderar el impacto de un derecho que se abroga la posibilidad de imponerse en diferentes sociedades y que, mediante programas nacionales o internacionales, va penetrando con referentes y prácticas orientadas a modificar la distintividad y lo propio del otro. Le incumbe, además de conocer estos impactos, exponerlos, debido a su inseparable relación con los referentes cognitivos que comparte el grupo humano. Además, se obliga a realizar un control a sus afirmaciones, aplicando la *hermenéutica jurídica* y, por extensión de este concepto, la *hermenéutica antropológica*, lo que le permite determinar el impacto de sus consideraciones.

Los derechos propios de los pueblos indígenas están siendo intervenidos por actores externos que les definen a estas sociedades, mediante programas y proyectos, principios y formas para establecer relaciones globales, y regímenes transnacionales orientados a definir un modo de existencia global. Los contenidos que les llegan a los pueblos indígenas mediante programas son, por ejemplo: a) equivalencias (derecho penal aquí, derecho penal allá; debido proceso aquí, debido proceso allá; derecho laboral aquí y allá); b) protocolos de coordinación (con quién, cuándo, para qué, dónde, con qué presupuesto); c) transferencias en torno a los derechos humanos, los derechos de la mujer, de los niños, del agua, del medio ambiente, etcétera, lo que permite ir acoplando, en línea, principios, procedimientos y ámbitos de los derechos que están siendo globalizados, porque está definido que deben ser globalizados. Así se va dando el proceso denominado *triple C*: “Conviniendo, concordando y concertando”, de

manera que los derechos propios de estas sociedades, mediante protocolos, logran las adecuaciones al modelo externo ya trazado<sup>3</sup>.

Estas intervenciones también generan situaciones conflictivas porque instauran relaciones de poder asimétricas en las que unos colectivos son sometidos para aceptar otros valores, bajo la concepción de que sus referentes de derecho y sus manifestaciones culturales son espurias. No son aceptados referentes cognitivos distintos para conocer la verdad y llegar a decisiones bajo figuras diferentes, como la persuasión o la fuerza argumentativa, para tratar cada caso. Tampoco se reconocen como legítimas ciertas autoridades para hacer justicia, por ejemplo, se desconoce a comunidades enteras que conocen, juzgan y sancionan, o se desecha cierto tipo de relaciones con las mujeres, los herederos, los huérfanos, los enfermos, los defectuosos, la tierra, el medio ambiente, el subsuelo, entre otros, así como se estigmatizan formas de sanción no convencionales.

Bajo un marco de aplicación, la antropología jurídica puede intervenir igualmente realidades culturales al determinar estructuras cognitivas que podrían eliminarse o sustituirse para incorporar otros principios y otras reglas que respondan a ciertas demandas históricamente emplazadas. Así mismo, exalta los marcos plurales y relativistas que defiende, y aporta a la incorporación de otras expresiones diversas más satisfactorias. En eses sentido, es posible preguntar:

*¿Responde el Código Administrativo de Protección a los principios constitucionales de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación?*

*¿Responde la nueva ley sobre acoso laboral a los fundamentos de la antropología física y de las emociones relacionados con el control de sentimientos de ira e intenso dolor?*

*¿Es el incesto entre adultos una prohibición legítima?*

*¿Son los homosexuales estimables para la adopción de un niño?*

*¿Qué argumentos se pueden aducir contra el racismo o la homofobia?*

*¿Pueden los padres definir el sexo, todavía incierto, de su hijo a temprana edad?*

*¿Es la justicia comunitaria estimable para sortear toda clase de casos?*

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ, Esther. La jurisdicción especial indígena, nueva estrategia de la máquina de captura. En: GIRAUDO, Laura (coord.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

- ¿Puede un blanco ser reconocido como negro para acceder a los derechos especiales de los negros?*
- ¿Cómo establecer en una nación la mayoría de edad?*
- ¿Es siempre válido en una nación multicultural el concepto del interés superior del niño, frente al de diversidad cultural?*
- ¿Es válida la regla de preferencia materna para el cuidado de los niños?*
- ¿Son las sentencias a mujeres infieles distintas a las aplicadas a los hombres infieles?*
- ¿Se pueden privatizar las fuentes de agua?*
- ¿Se pueden romper las reglas de edad para dar cabida a la participación de minorías étnicas en las instituciones públicas?*
- ¿Por qué es válida la extradición de nacionales?*
- ¿En qué casos el interés general y colectivo de la nación prima sobre el interés general y colectivo de un pueblo indígena?*
- ¿Puede cuestionarse el derecho a la autonomía de un pueblo para que no se realice un proyecto petrolero cuando es demostrable que el proyecto no lo afecta en su integridad étnica y cultural?*
- ¿Puede justificarse una ley de cuotas para las mujeres como principio universal?*
- ¿Son los derechos humanos defendibles como principios universales?*

Sí existe un saber especializado de la antropología cultural, que hace del portador de este conocimiento el profesional idóneo o el portador e intelectual de ese conocimiento indígena o no, para explicitar mediante interpretaciones, los criterios que permitan reconocer en los hechos y fenómenos sociales, la presencia de referentes cognitivos de cultura que guían los distintos ámbitos de las sociedades, uno de estos el derecho. La antropología jurídica representa ese campo especializado que gracias a sus ejecutorias, como todo proceso, se ha enriquecido con la reflexión y la práctica con otros saberes.

Los antropólogos, desde finales del siglo XX, han confrontado cómo se produce el saber antropológico, qué pasa en el proceso de transcripción de los datos obtenidos, cómo se elabora la información y cómo se da a conocer el conocimiento a través de la etnográfica, los peritajes u otro tipo de textos. Aunque este será un tema posterior sobre la antropología como ciencia, las preguntas de fondo para terminar este apartado son, a saber: ¿es posible conocer otras expresiones culturales distintas a la del investigador? Y las realidades descritas, ¿son ficción y por tanto trazas inventadas? La respuesta es que sí es posible penetrar una cultura: “arrimarse a la diferencia cultural” para interpretar

puntos de mallas tejidas muy ampliamente y muy complejas que tienen significados y que representan lo otro.

El peritaje antropológico que ofrece interpretaciones y presenta elementos de la diversidad, busca que se correspondan efectivamente con lo que se evidencia de la cultura de una sociedad; señala las motivaciones que conducen a ciertos comportamientos, lo que permite interpretar los hechos bajo el marco específico de una cultura. La interpretación antropológica que ofrece el peritaje es una lectura entre otras que también se ofrece a los jueces y defensores y que, contrastada con los propios indígenas como peritos y con otros peritos antropólogos, se enfrenta a la condición de verdad en tanto posibilidad.

El antropólogo jurídico aborda relaciones sociales, relaciones lógicas y contrafácticas, posiciones deseables y éticas, regularizaciones dadas por el capital y el poder, todas esenciales de conocerse para configurar criterios más amplios. Por ello, su conocimiento avanza, como avanzan las relaciones de interacción interdisciplinaria con el saber del abogado, del sociólogo, del filósofo, del economista, del médico y del científico político; particularmente, cuando con estas disciplinas, el antropólogo jurídico toma el derecho como objeto de estudio atravesado por ámbitos culturales que deben ser descifrados, lo que precisamente hace que esos campos se enriquezcan y, en diálogo, generen también apoyo para su trabajo.



## 2

# Fundamentos culturales

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 wayuu son la clase de acciones que efectúan personas pertenecientes a los pueblos indígenas. Concebir que ser “manilargo” es estar catalogado como perteneciente al subsuelo *yu*, donde se encuentran los seres menos aceptables, por ejemplo *cuchi*, el cerdo, que roba comida porque no puede respetar lo que está culturalmente acordado, como no irrumpir en un terreno cercado para separar espacios delimitados por sus dueños; o pensar que “abandonar” en otra sociedad a los niños enfermos es un acto de protección, son algunas de las distintas actuaciones que expresan en acciones y discursos los indígenas en Colombia. Estos actos se manifiestan con la intención de producir un efecto, es decir, el cumplimiento de ciertas metas o propósitos que resultan significativos para los portadores de determinados códigos culturales y correspondientes a una sociedad particular.

## Comunicación de actos

Teun Adrianus van Dijk sugiere que los hechos llevados a cabo, o aquellos que un sujeto o grupo evita realizar, son actos solo si son interpretados como intencionales o con sentido para lograr algún propósito. Esos hechos pueden tener propiedades muy diferentes, pero son actos comunicativos porque aunque las intenciones y los propósitos suelen describirse como representaciones mentales, también son socialmente relevantes porque

se manifiestan y otros los pueden leer e interpretar. Es así como, a partir de los hechos o de los discursos y argumentos que hacen y expresan personas, se les puede examinar dentro de la misma sociedad o fuera de esta, para concluir que son, por ejemplo, “normales”, “racionales”, “coherentes”, “fuera de lo esperado”, “jurídicamente aceptables” o simplemente “incomprensibles”, “salvajes”, “inhumanos”. Sin embargo, los actos que se realizan con hechos, o mediante el habla o la escritura, usualmente se realizan intencionalmente y con un propósito determinado.

Si se lleva esta reflexión un poco más lejos, pronto se tropieza con dificultades: las personas hacen cosas, utilizan el lenguaje o producen textos hablados o escritos, pero estas manifestaciones no siempre resultan del todo claras, ni se puede establecer que esas actividades son intencionales o están bajo control. En otras palabras, encontramos actividades que pueden ser actos solo para ciertos receptores que perciban, en una señal discursiva o en un comportamiento, un determinado mensaje<sup>1</sup>.

Las señales que emiten los actores se producen, y pueden comprenderse y analizarse, en relación con características del contexto, es decir, con la estructura de aquellas propiedades de la situación social que son sistemáticamente relevantes para el discurso, como el género, la edad, la clase social, la educación, la posición social, la filiación étnica, la profesión de los participantes, entre otras. Adicionalmente, los roles sociales que se desempeñan son también apreciables: ser amigo o enemigo, dominante o dominado, indígena o juez. En síntesis, los tipos de participantes adoptan lo que dicen y cómo lo dicen, e interpretan lo que otros dicen, según sean sus identidades o roles. Este es, precisamente, el sentido de entender que las estructuras del discurso varían en función del contexto<sup>2</sup>.

## Juegos de lenguaje y comunicación intercultural

En el proceso de socialización, los niños aprenden elementos diferenciados de una realidad culturalmente definida y que, aunque cambiante, les es transmitida a través de elementos

---

<sup>1</sup> VAN DIJK, Teun et ál. *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000.

<sup>2</sup> *Ibid.*

culturales inmateriales, como las palabras, o materiales, como los artefactos, con los cuales configuran una identidad individual directamente relacionada con la identidad social, que origina la posibilidad de razonar y de poder actuar de un modo preferencial y, a veces, obligatorio. Siguiendo a Mauricio García, es real que en cada sociedad solo un pequeño número de cosas ilustran, por alguna razón, su interés y su logro, mientras que otras, que son también reales, parecen abstracciones. De allí la importancia del concepto de *presencia* indicado por Perelman:

*No basta con que una cosa exista para que se tenga un sentido de su presencia; es necesario además que la manera como se expone la existencia de dicha cosa tenga la capacidad de persuadir a los receptores y, para lograr esta persuasión no se reconoce solamente con que la información sea transmitida<sup>3</sup>.*

Siguiendo a Dan Sperber<sup>4</sup>, lo anterior quiere decir que la representación después es contagiada públicamente y se vuelve cultural.

Sin embargo, en el encuentro de personas o sociedades cuyos marcos culturales son diferentes, se presentan choques frente a los actos que se conocen de otras sociedades y a las diferentes proposiciones que estos presentan. Para el antropólogo se trata de describirlas, examinarlas y, ante todo, de comprenderlas mediante interpretaciones, no tanto respecto de lo real o de lo que supuestamente representan, sino en relación con la función que cumplen, es decir, con el papel que en efecto desempeñan. Wittgenstein llegó a afirmar que “una expresión solo tiene significado en medio del flujo de la vida”, lo cual, unido a los señalamientos de que las palabras no se usan con significados fijos y que los conceptos no tienen límites precisos, podría dar la sensación de ausencia de rigor en el enfoque. Por el contrario, de su obra se desprende un manejo estrictamente cuidadoso del significado y la aplicación conceptual, como requisito sin el cual fracasa cualquier empresa filosófica seria<sup>5</sup>. En la interacción frente a los

---

<sup>3</sup> GARCÍA, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes, 1993, p. 27.

<sup>4</sup> SPERBER, Dan y HIRSCHFELD, Lawrence. Evolution, Cognition and Culture. En: WILSON, Robert y KEIL, Frank. *The MIT Encyclopedia of Cognitive Sciences*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999.

<sup>5</sup> PEÑA, Jairo Iván. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ECOE, 1994, p. 49.

casos de pueblos indígenas que son objeto de peritaje antropológico para dirimir un conflicto, este cuidadoso estudio del significado, en medio del flujo de la vida de una sociedad particular, es lo que permite comprender aquello que, aunque distinto, debe ser valorado.

Por otra parte, el tratamiento de los casos analizados por Wittgenstein se caracteriza por un marcado interés por las diferencias y contrastes, antes que por registrar semejanzas. Su pretensión estriba, precisamente, en desentrañar lo que de engañoso tienen las semejanzas aparentes que mueven a saltar de un juego de lenguaje a otro, de un contexto a otro, sin mayores consideraciones relativas a las consecuencias derivadas de transposiciones indebidas. Dice Wittgenstein:

*Cuando los filósofos usan palabras como conocimiento, ser, objeto, yo, proposición o nombre, y tratan de captar su esencia, siempre se han de preguntar: ¿se usa efectivamente esta palabra de ese modo en el lenguaje nativo? Nosotros reconducimos las palabras de su empleo metafísico a su empleo cotidiano<sup>6</sup>.*

El examen de índole lógica elimina malentendidos en el uso de las palabras. Este hecho está relacionado con contextos distintos de significación y aplicación de conceptos. Cuando hay desconocimiento del contexto y se utilizan analogías, se opera sobre la base del desplazamiento de un contexto a otro. Es frecuente que mediante este recurso los planteamientos presentados aparenten una solidez y una plausibilidad de las cuales realmente carecen, por cuanto no se cuenta con una aplicación conceptual válida, al existir de hecho divergencia sobre el uso aceptado. Mostrar este desajuste es tarea de los traductores de la cultura que, en calidad de expertos, tienen los criterios y las herramientas para demostrar contenidos no siempre expresos y esenciales para la comprensión profunda de una acción.

Wittgenstein parte de considerar que en el lenguaje hay múltiples juegos, cada uno de los cuales consta de instrumentos y reglas específicas que cumplen funciones determinadas, es decir, conceptos, expresiones y giros gramaticales que le son propios. Desconocer este

---

<sup>6</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: UNAM/Crítica, 2002, §116.

hecho lleva a incurrir en graves errores categoriales que generan problemas y confusiones innecesarias. La violación de los criterios apropiados ha sido comparada, en sus efectos, con las situaciones a las cuales se ve abocado quien pretende jugar al tenis con piezas de ajedrez, o llena de gasolina el radiador de un automóvil<sup>7</sup>. Así, la fuente más importante de errores en el tratamiento del tema corresponde a la confusión entre juegos de lenguaje diferentes. Cuando se utilizan categorías conceptuales propias de un juego en otro distinto, dada la diferencia lógica entre conceptos de diferente clase, resulta inválido establecer allí relaciones de exclusión u oposición<sup>8</sup>.

El lenguaje no siempre es un instrumento de comunicación; en realidad es, sobre todo, un medio de acción y particularmente de persuasión. En cierto sentido, dice Wittgenstein, “lo que yo hago es propaganda de una forma de pensar opuesta a otra; es mostrar mi forma de pensar y persuadir a la gente para que cambie su forma de pensar”<sup>9</sup>. El autor compara el concepto *juego de lenguaje* con un sistema de engranajes que funciona mediante ajustes apropiados entre las distintas piezas, pero que demanda un acoplamiento con las actividades humanas, asentadas y ancladas en este. Por ello, se trata de determinar las características contextuales y de aplicación particular de las expresiones utilizadas en una sociedad, para explicar de qué modo constituyen sentidos y, por esta vía, develar su carácter y avanzar hacia la aclaración de las confusiones para llegar hasta la disolución de los problemas.

La dificultad para resolver trabas interculturales respecto de la comprensión de contenidos reside en la utilización de palabras fuera de un contexto; en olvidar las incompatibilidades existentes entre juegos de lenguaje diversos; en tomar en cuenta lo meramente aparente, pese a la diferencia de funciones que las expresiones desempeñan de un juego a otro; en la posibilidad de una debida interpretación y traducción de un sistema a otro; en confusiones categoriales; y, en últimas, en la falta de discernimiento entre los distintos juegos de lenguaje. La solución consiste en encontrar aquello que, por obvio, dada su simplicidad y cotidianidad, se encuentra oculto. Instalados allí, se puede

---

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig citado por GARCÍA, op. cit., p. 28.

evaluar el error, su origen, manifestaciones e implicaciones y dar cuenta de este, como pasos indispensables para proseguir el camino hacia una verdad que no termine siendo trivial<sup>10</sup>.

## Mundos de creencias, formas de vida y verdades

Las creencias conforman la imagen del mundo y, más que corresponder a enunciados acerca de este, puede decirse que posibilitan su preferencia. Así, lo que creemos depende de lo que aprendemos de esta forma peculiar, hasta llegar a configurar toda una manera de considerar el mundo, con un amplio sistema de conocimientos que constituyen el trasfondo del saber y de la verdad. La imagen del mundo no se inventa ni es objeto de construcción deliberada por parte de los individuos o de ciertos grupos: a los miembros de una sociedad se les proporciona en su infancia, mediante la observación y la enseñanza. Este aprendizaje básico especial viene a estar constituido, según Sperber<sup>11</sup>, por representaciones públicas que estructuran a las personas para la rutina de la vida. La imagen del mundo no es un sistema de proposiciones supuestas que puedan ser calificadas como correctas o no, surge del “hacer”, de las maneras de actuar, de las prácticas habituales, usos y costumbres; de los métodos, procedimientos y sistemas de reglas enseñadas, todo lo cual corresponde a una forma de vida. Es de esta forma de vida de donde emerge la red de convicciones de los miembros de una sociedad determinada y también de donde resultan temores, placeres, gustos, es decir, sentimientos.

Sin embargo, una imagen del mundo puede cambiar si es controvertida y entra en conflicto con el propio sistema de verificación. Se acude a la metáfora del lecho del río, sobre el cual se desplazan los pensamientos: una cosa es el movimiento del agua, y otra, el lento y casi imperceptible traslado o cambio de posición que puede darse en el lecho del río, así no pueda contarse con una distinción precisa entre las dos variaciones. Imaginar un lenguaje significa imaginar una forma de vida<sup>12</sup>. La expresión *juego de lenguaje* pone de relieve que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de un estilo de vida. La forma

<sup>10</sup> PEÑA, op. cit.

<sup>11</sup> Op. cit.

<sup>12</sup> PEÑA, op. cit.

de vida constituye el contexto en el cual se actúa hablando y marca el carácter pragmático: es la forma en que se vive aquello que lleva a hablar de un modo establecido; de ahí que el aprendizaje cabal de un lenguaje supone aprender a vivir de una determinada manera. La forma de vida incluye, por tanto, el modo de pensar y sus maneras de incidir sobre las actividades en general. Es por ello que –dice Wittgenstein<sup>13</sup>–, cuando los seres humanos dicen qué es lo verdadero o lo falso y se ponen de acuerdo en el lenguaje, el convenio al que se refieren no es un acuerdo de opinión, sino uno más básico, un acuerdo del cual emergen acción, pensamiento y lenguaje. Este tipo de acuerdo comunitario se encuentra tan enraizado en la colectividad que no puede ser objeto de imitación cabal. La tradición, por tanto, no es algo que se pueda aprender, no es un hilo que alguien pueda tomar cuando guste, así como es imposible elegir a los propios antepasados. Para Wittgenstein, es inútil que alguien aspire a aprender un modo de pensar, pues nunca le resultará familiar<sup>14</sup>.

## El análisis de la argumentación en los discursos orales y escritos

El lenguaje oral, escrito o gestual, como medio de comunicación entre los seres humanos, requiere, para poder comunicar, del conocimiento del sentido o los diversos sentidos que tiene una palabra o una frase, que se presenta de manera variada incluso entre las mismas personas que hablan una lengua. Hay códigos implícitos que se conocen y utilizan para lograr eficacia en el proceso de comunicación, es decir, para que las señales codificadas por un emisor sean interpretadas de acuerdo con lo que este desea comunicar. Se puede afirmar que se encuentra conocimiento común cuando un emisor, al expresar una idea que desea comunicar a un receptor, logra que este último comprenda la intención que se le quiere significar. Esto sucede porque los discursos, cualesquiera que sean, están ubicados en contextos socioculturales específicos, que determinan tanto las guías para que puedan ser adecuados, como los marcos para ubicarlos fuera de la modalidad o condiciones de uso y costumbre en que deberían darse<sup>15</sup>. Estos mismos discursos, para su interpretación,

---

<sup>13</sup> Citado por PEÑA, op. cit.

<sup>14</sup> *Ibíd.*

<sup>15</sup> GRICE citado por BLUM-KULKA, Shoshana. Pragmática del discurso. En: Van Dijk, Teun et ál. *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 68.

dependen de la familiaridad con el contexto, con las marcas de entonación y con los supuestos culturales, es decir, con el lenguaje considerado en relación con sus usuarios<sup>16</sup>. No solo se examinan los procesos sino los productos de la comunicación, incluidas su inserción en la cultura y sus consecuencias sociales<sup>17</sup>.

La comunicación eficaz parte de un supuesto de verdad o de evidencia, que puede ser compartido según el grado de familiaridad de quienes participan del poder relativo que tienen y de la jerarquía que representan, como también de la relevancia de aquello que se expresa. Estas máximas de Grice entrañan dificultades en las sociedades multilingüísticas y multiculturales, porque un texto determinado no tiene necesariamente sentido para un interlocutor de otra sociedad, ya sea como principio de verdad, o quizá por la dificultad que entraña traducirlo equivalentemente. Se complica aún más la comunicación bajo situaciones de distancia, racismo, etnocentrismo o dominación social<sup>18</sup>. En la comunicación entre nativos y no nativos de una lengua mayoritaria, pueden combinarse otros factores, tales como el desconocimiento de las normas del idioma dominante, fenómeno identificado como fallas de una personalidad disminuida o propias de un origen etnocultural, lo que provoca graves implicaciones socioculturales, al producir interferencias o ineficacia en aquellos procesos de comunicación verbal que, basados en las nociones de *racionalidad*, *sensatez* o *lógica*, intenten determinar los objetivos comunicativos del interlocutor. Esta condición también establece que si un no nativo de una lengua mayoritaria habla esta correctamente, entonces tampoco suele ser tratado ni reconocido de forma positiva: se cree que ha perdido la identidad y participa ahora de la cultura que habla la lengua adquirida<sup>19</sup>.

En los procesos de emisión y recepción de textos verbales y escritos, los involucrados conocen ciertas características que diferencian unos intercambios de otros, según sea el contexto. Es diferente hablar en casa a dirigir unas palabras para felicitar o despedir a alguien, o dirigirse a un médico para explicarle un dolor. Igualmente, ser testigo ante un tribunal modifica

---

<sup>16</sup> BLUM-KULKA, op. cit.

<sup>17</sup> Jacob Mey citado por VAN DIJK, op. cit.

<sup>18</sup> BLUM-KULKA, op. cit.

<sup>19</sup> Un indígena “educado” y/o bilingüe es catalogado como miembro de otra realidad cultural y generalmente se le denomina *civilizado*, es decir que ha dejado de ser indígena.



totalmente el contexto para comunicar las ideas. Las instituciones crean principios, modos y mecanismos para interactuar con los usuarios de estas instituciones. Entre los u'wa, por ejemplo, numerosas personas interactúan con una identidad característica como pertenecientes a estas comunidades, y manifiestan ciertos comportamientos que pueden generalizarse en busca del cumplimiento de determinadas metas: hacen ayunos para evitar hacerse daño o a otros y hacen “limpiezas” si se sale y regresa del territorio, también bajo el tabú de que lo de fuera trae contaminación.

Además del lenguaje hablado y gestual, también se elaboran y circulan documentos escritos, que desempeñan un importante papel en la comunicación institucional. El estudio de este tipo específico de diálogo institucional, que busca conocer el modo como las personas utilizan el lenguaje escrito para conducir esas tareas prácticas y desempeñar las actividades particulares asociadas con la misión institucional, se aborda bajo referentes como las diferencias para afrontar la autoridad y el control institucional experto, las asimetrías en los discursos, las formalidades, la ideología, los tipos de conocimiento, los sistemas de creencias puestos en juego por los participantes y, finalmente, también, las fallas de la comunicación<sup>20</sup>. Este campo del diálogo institucional aglutina tres centros de interés: la orientación de los participantes hacia sus papeles e identidades institucionales, la conducción de las actividades institucionalmente relevantes por parte de los participantes y las dimensiones comparativas del lenguaje y la interacción<sup>21</sup>.

## Normatividad y juego del lenguaje

La cultura es también un reglamento, o presupone un reglamento. Las prácticas que realiza la mayoría corresponden a ciertos conceptos o acuerdos en los juicios sobre esas prácticas. La corrección al seguir una regla, como manera de actuar, es un modo del comportamiento colectivo y, en este sentido, la normatividad es lo que opera como fundamento de la acción. Es en los contextos, conformados por los juegos de lenguaje, donde opera la corrección como

---

<sup>20</sup> DREW, Paul y SORJONEN, Marja-Leena. Diálogo institucional. En: Van Dijk, Teun et ál. *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 148.

<sup>21</sup> *Ibíd.*

criterio-guía y como base de la evaluación de la conducta. La estrecha relación entre formas de vida y juegos de lenguaje, como ya se ha expresado, integra en actuaciones las formas de pensar y de expresarse, de manera que no existe una preponderancia de la conceptualización como fase anterior a la práctica: el pensar y el actuar no son dissociables<sup>22</sup>. Las normas de corrección son definidas dentro de una comunidad y las prácticas comunitarias deben asegurar ese horizonte. Es comunitario lo que respeta las normas y esto se expresa tanto en las prácticas propiamente dichas como en la comprensión de lo que se enuncia en los juegos. Así, las prácticas, según los usos y hábitos, son el material del que se dispone para juzgar la corrección; la comprensión es lo que permite saber qué es correcto y qué no. Con todo, los juicios dependen del consenso relativo a las proposiciones efectivas especiales más que al significado de las palabras y, en cualquier caso, todo ello se da en el seno de una forma de vida<sup>23</sup>.

Ahora bien, como ya se anotó, los usos efectivos de los conceptos cuentan con los juegos de lenguaje como contextos de aplicación imprescindibles. Es en tales juegos donde se manifiestan las actividades propias de las formas de vida, las cuales vienen a ser el origen racional de los juegos. Sin embargo, cabe destacar que los hábitos de habla de un grupo social, así sean un ingrediente básico para su cohesión, son insuficientes para construir comunidad; para ello se hace necesaria la forma de vida considerada en su conjunto. Se puede apreciar entonces una correlación entre las maneras de pensar y hablar de una comunidad, y sus modalidades, formas o tipos de acción en sentido individual y social.

## Relatividad de lo correcto

Un sistema de conceptos no puede justificarse ni ser calificado como correcto o incorrecto; su génesis ha de ubicarse en los hechos de naturaleza social que se encuentran en la base de la concordancia, en la aplicación de reglas. La manera de vivir y los principios sociales compartidos como deseables son los elementos que llevan a clasificar ciertos hechos de otras sociedades como incorrectos. En este sentido, la forma de vida determina los aspectos más profundos de las reglas. De ahí que asumir, por ejemplo, las concepciones rituales

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*

y religiosas de una sociedad como simples errores es equivocado desde la óptica de los practicantes. En efecto, para ellos no basta el señalamiento del error, si la identificación de su origen no va acompañada del hecho de que la “verdad” que se ofrece como sustitutiva desempeña una función comparable a aquello que ha sido objeto de crítica.

Ahora bien, no se puede afirmar que estas realizaciones atañen a representaciones ilusorias de las cosas. La religiosidad no se configura como verdadera y falsa, simplemente se da. Existe. Las ideas religiosas de una sociedad como las prácticas simbólicas afines generan lazos específicos de apoyo y respaldo, tal condición no descalifica en nombre de la verdad. De modo que las prácticas sociales solidarias no pueden ser comparadas con la lógica de objetividad que sí puede reclamarse de otros discursos y prácticas.

La lengua no es un instrumento de comunicación disponible de la misma manera y bajo las mismas implicaciones para todos los habitantes de una sociedad. La imprecisión de las palabras y la incapacidad de los enunciados para reflejar la realidad no aparecen como limitaciones contra las cuales se está en lucha permanente, sino más bien como facultades que hacen posible el ejercicio de las relaciones. La cuestión no consiste en comprender cómo las relaciones de los miembros de la sociedad son posibles a pesar de las imperfecciones que presenta el lenguaje, más bien se trata de entender cómo estas imperfecciones son una condición de la posibilidad de aquellas relaciones<sup>24</sup>. Lo simbólico, entonces, no es algo que viene a menoscabar un lenguaje, cuyo deber ser responde a una especie de imperativo comunicacional regido por criterios de verdad. El proceso de humanización coincide entonces con un alejamiento del lenguaje –entendido como conjunto de señales simples– y un acercamiento a un lenguaje, entendido como un conjunto específico de símbolos.

## Concepciones culturales de lo deseable

Las ideas, actitudes y creencias que los seres humanos se forjan difieren mutuamente, y son relativas a la cultura o sociedad a la que pertenecen. Lo que cuenta como conocimiento, es

---

<sup>24</sup> GARCÍA, op. cit.

decir, como verdad y justificación racional o inferencia correcta, está determinado y puede variar en función de cada cultura o sociedad en particular<sup>25</sup>. Los hombres en las distintas sociedades prefieren unas cosas a otras: seleccionan un tipo de acción en lugar de otro dentro de una gama de posibilidades. Existe así una condición para la evaluación y unos criterios o patrones, en función de indicar lo que debe hacerse o evitarse, bajo circunstancias concretas, es decir, las personas como miembros de determinadas sociedades disponen de un conjunto de criterios de valoración estructurados, explícitos e implícitos, por los cuales se hace inteligible la conducta valorativa.

Los valores fueron considerados como subjetivos hasta cuando se incluyeron los sistemas culturales de valores como referentes cognitivamente compartidos por sociedades específicas. Un sistema de valores representa lo que se prevé o se espera; lo que se exige o se prohíbe, y, por tanto, lo que configura el sistema de criterios por el que se juzga la conducta humana y se aplican las sanciones. Funcionalmente, para los individuos y el grupo social, un sistema de valores es el conjunto de principios guía por los que se regula la conducta humana, la cual, como sistema, manifiesta dificultad para diferenciarse de las normas<sup>26</sup>. Un sistema cultural de valores no describe los valores de los individuos, porque es una construcción sinérgica y agregativa de partes, que relaciona los diferentes conjuntos de valores de las personas y grupos como elementos identitarios de un mismo sistema. Estos valores, que al ser culturales no son universales, se enfrentan con otros, y pueden aparecer arbitrarios, absurdos o injustos<sup>27</sup>.

Dado que en ciencias sociales se avala la pluralidad de puntos de vista, el problema consiste en resolver las dificultades que se presentan cuando se comparan sistemas culturales de valores utilizados para juzgar un hecho de una determinada realidad cultural. En este caso se impone una solución cuya explicación depende no solo de condiciones políticas sino teóricas. La confrontación de los valores tomados en abstracto, frente a las situaciones específicas, crea de inmediato la necesidad política de establecer una clasificación jerárquica

---

<sup>25</sup> ARENAS, Luis et ál. *El desafío del relativismo*. Madrid: Trotta, 1997.

<sup>26</sup> ALBERT, Ethel. Valores, sistemas de. En: SILLS, David (dir.). *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*, tomo 10. Madrid: Aguilar, 1979, pp. 611-614.

<sup>27</sup> *Ibid.*

para definir las contradicciones inherentes a la aplicación de los valores al caso concreto<sup>28</sup>. Ningún valor significa casi nada en términos absolutos o exclusivos. La práctica de los valores es el aprendizaje de sus mutuas limitaciones, dice Camps<sup>29</sup>. Las mutuas limitaciones implican la pregunta: ¿cuál es el desafío al que se enfrenta una sociedad que ha de estimar los diferentes sistemas de valores?

Cuando partimos de la cuestión acerca de si lo deseable para una sociedad es deseable para la humanidad, el relativismo se presenta como una ofensiva sistemática a la pretensión de universalidad de las prácticas, ya sean epistémicas, estéticas o éticas. Esta postura niega la posibilidad de universalizar –en algún sentido racionalmente admisible– creencias o prácticas cuya validez esté restringida a ámbitos extremadamente concretos, por lo que todas las afirmaciones, sean del orden que sean, son relativas a ciertos contextos en que aparecen y se formulan. Lo que cada cultura considera verdadero es verdadero para esa cultura. Al juzgar las manifestaciones culturales distintas se pueden encontrar grados de comprensión o tolerancia que permiten clasificar los diversos puntos de vista, que van desde el dogmático –que podría verse como relativista grado cero– hasta el escéptico radical e irrestricto. El relativista radical sostendrá que los enunciados de la clase en disputa no pueden universalizarse en absoluto o, específicamente, en una tradición cultural determinada, como la de Europa occidental, que busca imponerse<sup>30</sup>.

Pero hay más: solo el reconocimiento del derecho a la diferencia, tanto en personas como en colectividades del tipo nación o pueblo, hace posible la visibilidad de la temática de la otredad histórica, social y cultural, en el marco de un debate ético informado. Y es que únicamente el reconocimiento del principio del derecho a la distintividad de las naciones, etnias o pueblos, permite preguntarse si siempre es éticamente positiva o no la existencia de la otredad histórica, social y cultural que la presencia de estas formas de agrupación implica. Al respecto, la respuesta es: nunca en abstracto. Como sucede en el caso de las personas, la afirmación de los derechos de uno no puede ser pensada al margen de los derechos del otro, y la conclusión también vale para las naciones, etnias o pueblos como imperativo

---

<sup>28</sup> GARCÍA, op. cit.

<sup>29</sup> CAMPS, Victoria. *Ética, retórica y política*. Madrid: Alianza, 1988, p. 108.

<sup>30</sup> ARENAS et ál., op. cit.

ideológico humanista. Postular el derecho a la diferencia como principio significa siempre atender a la frontera en la que la afirmación de los derechos de uno no afecta los derechos de los otros<sup>31</sup>.

El término *relativismo* apunta a muy diversos órdenes de problemas. Cabe distinguir, en primer lugar, el ámbito de los valores, en el que las actitudes relativistas emergen con el abandono de la búsqueda de un punto de vista absoluto. Se impulsa en la simple visión, comúnmente aceptada, según la cual, las creencias, actitudes e ideologías que los seres humanos se forjan son conexas con la cultura, sociedad o tiempos en los que les ha tocado vivir<sup>32</sup>. En el segundo ámbito, el relativismo se presenta como sinónimo radical de escepticismo, respecto a la posibilidad de un conocimiento objetivo, que es la antítesis dialéctica del objetivismo; puede tomar la forma de una tesis epistémica cuando lo que se pone en cuestión es la validez universal de ciertos conocimientos o de los términos que rodean su campo semántico: *verdad, corrección, razonabilidad, justificación*. Aquí es necesario distinguir entre creencias verdaderas y creencias socialmente compartidas, lo cual está ligado al hecho del conocimiento, e incluso tal vez pudiera verse como consecuencia esperada y no como una anomalía de toda opción realista no ingenua. Así surge la pregunta: ¿hasta dónde el realismo es la única posición que puede tomarse en serio la cuestión de la provisionalidad de nuestro conocimiento? (entiéndase realismo como la noción de *verdad absoluta* según Dummett<sup>33</sup>). Finalmente, el relativismo puede aparecer bajo una tesis ética, es decir, si lo que se cuestiona como bueno o deseable en sí mismo es lo que algún código o patrón de conducta particular reclama como universalmente debido, en cuanto considerado bueno sin restricción generalizable<sup>34</sup>.

Comprender entonces el significado de un enunciado consiste no tanto en hallar el hecho con referencia al cual el enunciado resultaría verdadero o falso, sino más bien en

<sup>31</sup> CALLA, Ricardo. *La perspectiva de la diversidad étnica en derechos humanos. Algunos aportes para una discusión urgente*. Costa Rica: Unidad de Investigaciones Aplicadas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002.

<sup>32</sup> BIRULÉS, Fina. Relativismo e historia, la actualidad de la comprensión. En: ARENAS, Luis et ál. *El desafío del relativismo*. Madrid: Trotta, 1997.

<sup>33</sup> DUMMETT, Michael. *La verdad y otros enigmas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.

<sup>34</sup> ARENAS et ál, op. cit.

estar en posesión de una prueba, de un criterio, que permita admitir bajo qué condiciones estamos justificados a la hora de afirmar un enunciado. Lo que desde el punto de vista realista trasciende es la evidencia actual o futura que tengamos, de suerte que es posible que un enunciado sea falso o verdadero al margen de nuestro conocimiento efectivo. El principio de que todo enunciado ha de ser verdadero o falso solo podrá ser patrimonio del realista en la medida en que este último supone que hay un mundo en referencia con el cual los enunciados adquieren su verdad o falsedad, al margen –en principio– de nuestro conocimiento. Si la verdad para el realista queda reducida a la constatación de una prueba, no tendría sentido decir del enunciado que es verdadero (pero tampoco que es falso)<sup>35</sup>.

Charles Taylor denomina *wittgensteinianismo vulgar* a considerar que palabras nuestras como *verdadero*, *justificable*, *razonable* tan solo significan verdadero en nuestro juego de lenguaje, justificable en nuestro juego de lenguaje y así sucesivamente. En este contexto, el relativismo tiene que ver con las confusiones derivadas de la idea de que el significado se construye socialmente, entendido este como semántica sin ventanas<sup>36</sup>. De modo que el problema central sería la traducibilidad entre los distintos lenguajes y, por tanto, la cuestión no es relativa a las cuestiones de verdad sino a las de significado<sup>37</sup>. Los valores de verdad de un enunciado no pueden ser independientes del modo como accedemos a su reconocimiento. De suerte que si un enunciado es verdadero, lo será solo en virtud de algo que pueda ser traído como su evidencia y no en virtud de un mundo independiente y objetivo.

## Coincidencia y disenso

La identidad no es una propiedad intrínseca del signo o de la persona; lo que da contenido a la identidad serán las propiedades que la distinguen del resto de identidades. La identidad es relativa al tipo de signo que en cada ocasión se trate, y es relativa porque la identidad de cualquier signo o entidad solo se perfila contra el trasfondo de sus diferencias con el

---

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> GEERTZ, Clifford. *Anti-relativismo, en los usos de la diversidad*. Barcelona: Paidós, 1996.

<sup>37</sup> TOULMIN, Stephen citado por BIRULÉS, op. cit.

resto de signos o entidades de otras sociedades. De ello no tiene por qué seguirse ni el menor atisbo de diferencias significativas entre los interlocutores cuando se refieren e identifican distintas entidades o los hechos que hacen verdaderas o falsas sus afirmaciones. La relatividad de la identidad se mantiene aunque reine el consenso más absoluto. Y cuando se habla de relatividad en epistemología, en ética, en antropología, es precisamente en una situación de disenso frente a la posibilidad de reconocer y valorar creencias igualmente justificables, o injustificables pero lógicamente alternativas, todas estas intencionadamente rectas, pero que ejemplifican valores mutuamente excluyentes y pautas de comportamiento inspiradas en modos de vida radicalmente diferentes. En suma, la *identidad* es una noción relativa<sup>38</sup>.

Una sociedad o un sujeto que es definido como culturalmente distinto lo es porque existe una representación colectiva atribuida a todo un grupo social: los tales y los cuales creen esto o aquello, lo que normalmente nunca necesita ser expresado por ellos mismos. Tampoco hay un entendimiento claro, de sentido común, de lo que tal representación colectiva pueda ser, ni una forma directa de comprobar la veracidad de lo planteado. Para analizar los estilos de pensamiento que permitan llegar a un nivel de descripción y explicación, las explicaciones simples que intentan suplantar el conocimiento y la comprensión científica son obstáculos básicos por superar. Cientos de situaciones que se expresan en forma hablada o con acciones son “señales” que consiguen ser leídas dentro de una sociedad particular, pero pueden no decir nada para otras sociedades o sugerirles otros significados.

## Ejes Epistemológicos

En los procesos de interacción entre sociedades y con el objeto de leer ciertas señales que se encuentran en hechos por resolver dentro de los casos que presentan conflicto cultural o normativo, es importante examinar la opacidad que se presenta por las características y atributos del sujeto que conoce frente al objeto por conocer, lo que presenta varios escenarios para interpretar hechos de cultura y encontrarles sentido.

---

<sup>38</sup> SANFÉLIX, Vicente. Relativismo, identidad y sujeto. En: ARENAS, Luis, *El desafío del relativismo*. Madrid: Trotta, 1997, p. 100.



Frente al desafío de la interpretación cultural, el concepto de *eje* se define como “idea fundamental en un raciocinio”, “sostén principal” y también como “designio final de una empresa”. Los ejes buscan expresar un conjunto de entendidos o dispositivos particulares para comprender, estructurar y proyectar la información procedente de los diferentes casos individuales o colectivos de sociedades culturalmente distintas como las de los pueblos indígenas.

### No ver que no vemos

Un concepto fundamental de Bateson, que atraviesa su obra *Pasos hacia una ecología de la mente*, es el concepto de *ver*, o alcanzar la comprensión no con los ojos, sino a través de estos<sup>39</sup>. La primera cuestión por plantear sobre la posibilidad de valorar, en una nación, otros referentes de cultura, tiene que ver con “no ver que no vemos”. Al respecto, Von Foerster cita a Carlos Castaneda:

*Como ustedes recordarán Castaneda fue al pueblo de Sonora en México a conocer allí a un brujo llamado Don Juan, a quien le pidió que le enseñara a ver. Así, Don Juan se interna con Castaneda en medio de la selva mexicana, caminan una o dos horas y de pronto Don Juan exclama: “¡Mira, mira lo que hay ahí! ¿Lo viste?”. Castaneda le responde: “¡No, no lo vi!”. Continúan caminando y unos minutos más tarde Don Juan vuelve a detenerse y exclama: “¡Mira, mira allí! ¿Lo viste?”. Castaneda mira y contesta: “¡No, no vi nada!”. “¡Ah!”, es la lacónica respuesta de Don Juan. Siguen su marcha y vuelve a suceder lo mismo dos o tres veces más, pero Castaneda nunca ve nada; hasta que al fin, Don Juan encuentra la solución: “¡Ahora entiendo cuál es tu problema!” –le dice– “Tú no puedes ver lo que no puedes explicar. Trata de olvidarte de tus explicaciones y comenzarás a ver”<sup>40</sup>.*

Las primeras dos preguntas que motivan el contenido de este eje son: ¿quién debe ver? y ¿qué debe ver? Podemos responder a estas preguntas en varios sentidos. Escogemos la respuesta que anuncia don Juan. Existen referentes, antecedentes y explicaciones distintas

<sup>39</sup> BATESON, Gregory. *Pasos hacia una ecología de la mente. Una revolucionaria teoría hacia la autocomprensión del hombre*. Buenos Aires: Planeta/Carlos Lohlé, 1991.

<sup>40</sup> VON FOERSTER, Heinz. *Las semillas de la cibernética*. Barcelona: Gedisa, 1991.

para aproximarse a un determinado fenómeno, a ciertas realidades o a los mundos simbólicos que existen de modo real, no compartidos universalmente, los cuales no necesariamente existen y mucho menos son valorados por ajenos al sistema en que estos se producen y de acuerdo con principios y reglas preestablecidas socialmente.

En una conjetura respetuosa, un sujeto reconoce y valora realidades no existentes en su propio mundo como “mundos posibles”. Estos innumerables “mundos posibles” no necesariamente pueden ser probados positivamente y, sin embargo, existen en otras sociedades y son reales. Por ejemplo, los sistemas de creencias delimitan lo propiamente cultural para el campo de interpretación sustantiva, porque permiten establecer el núcleo fundamental que determina ciertos comportamientos para ser reconocidos trascendiendo la extensión de una única visión, conducente a una única explicación. Este hecho evidencia la demanda de criterios que permitan comprender aspectos parciales de un determinado orden y que hagan posible un razonamiento. Los sistemas culturales diversos se erigen como marcos de argumentación, como amplios repertorios de enunciados y de inferencias entre estos. Se evidencia que no se cuenta con una plena perfección omnicomprensiva y que hay una gama de sistemas que tienen distintas comprensiones sobre los mismos hechos.

Para ver un suceso (lo cual significa de modo práctico comprender y explicar un hecho marcado como diverso), es necesario encontrar el criterio o regla que revele su importancia preexistente para una sociedad culturalmente determinada y que lo explique retroactivamente. Se parte de un hecho, actuado por un individuo o por varios, que debe ser explicado a la luz de una cultura particular. Con base en esta realidad es posible construir una hipótesis, destacando el marco de la cultura que se supone es su fuente, hipótesis que tiene que ser contrastada como explicación del hecho de análisis. El proceso que relaciona un hecho debe ser verificado para confirmar o refutar la hipótesis antes que extraer conclusiones. Se trata de encontrar y contrastar hipótesis, lo cual corresponde a una inferencia desde hechos observados hasta hechos no observables u ocultos, acaecidos o que acaecerán<sup>41</sup>.

Pero, ¿qué no ven personas del común respecto de los acontecimientos culturales que se presentan en una determinada sociedad? ¿Qué no ven las autoridades de los pueblos

---

<sup>41</sup> Ibid.

indígenas? ¿Qué no ven los jueces o los defensores en el marco de una nación reconocida como multicultural y multiétnica que ha de regirse sobre nuevas bases constitucionales y humanistas? Este cambio en el Estado obliga a cambiar no solamente los marcos legislativos formales, sino las mentalidades, actitudes racistas y etnocéntricas, que no admiten justificación alguna. Estas mentalidades y prácticas culturalmente aceptadas en una sociedad, aunque hayan existido y se hayan practicado por mucho tiempo, no son expresión de lo normativamente aceptable<sup>42</sup>.

Se concluye que así como es importante aceptar por parte de los miembros de la sociedad hegemónica que existen diferentes concepciones de hombre y sociedad y maneras de organizar el mundo, y que no hay seres humanos con condiciones biológicas superiores o inferiores, es necesario también por parte de algunos pueblos indígenas iniciar procesos mentales y ejercicios de enfoque para poder verse de otra manera<sup>43</sup>. Los pueblos indígenas, por “imposición”, tienen que participar de órdenes más universales y pensados globalmente, los cuales, tal como los mínimos jurídicos, obligan a todos, sin distinción de cultura. En este mismo nivel, los no indígenas tienen que incorporar, por mandato constitucional, el reconocimiento y la valoración de mundos culturalmente distintos, que de no ser valorados eliminan la distintividad y lo propio de esas sociedades. Este es el nuevo modo de vivir la sociedad, para lograr el entendimiento intercultural.

Hay que admitir que en esta dinámica se han ido registrando formas de diálogo que permiten a todos ir aprendiendo a ver realidades por fuera del propio referente cultural. No eliminar miembros, pensados como no humanos, animales o seres de la selva (el caso de los brujos, de los mellizos o de una persona con algún defecto físico), es un buen ejemplo de esta nueva “visión” indígena impuesta que busca proteger la vida. Estos cambios serán registrados históricamente por parte de todos los que tienen costumbres contrarias, hasta convertir estos asuntos, mediante una práctica distinta, en una segunda naturaleza común, tal como lo define para la ética occidental Adela Cortina.

---

<sup>42</sup> TUGENDHAT, Ernst. *El problema de la ética*. Barcelona: Crítica, 1988.

<sup>43</sup> Véase: SÁNCHEZ, Esther. Programa para la construcción de entendimiento intercultural.

## En cibernética, los sistemas autorregulados son cerrados desde el punto de vista e la información

Claude Shannon planteó acerca de las señales y su significado, en su célebre artículo “La teoría matemática de la comunicación”, que dos de sus puntos bastarían para aclarar los generalizados malentendidos acerca del término *información*: 1) el significado no se traslada del emisor al receptor, lo único que se traslada son las señales, y 2) las señales solo son señales en cuanto alguien pueda decodificarlas para conocer su significado<sup>44</sup>.

En una nación, algunas de estas señales son emitidas por pueblos indígenas que ocupan parte de un espacio común en el cual se establecen relaciones de poder desiguales. Nos preguntamos: para conocer los significados que entrañan ciertos mundos culturales, ¿debemos decodificarlos sobre la base de nuestro propio sistema y adicionalmente clasificarlos, excluyendo aquello que no forma parte de nuestro propio mundo real? Esta pregunta es común para todos los grupos de la sociedad multicultural. Sin embargo, ¿cómo establecer diálogos de entendimiento intercultural si está internalizado, por parte de los implicados, que el diálogo se hace solo con base en el discurso propio, en los referentes de cultura propia? Si *explicar* significa captación de la conexión y *comprender*, captación interpretativa del sentido o conexión de sentido, frente a los casos que se dan en el mundo indígena nos preguntamos: ¿cómo se da la explicación y la comprensión frente a los casos particulares?, ¿cómo aparecen en promedio?, ¿cómo se ha construido ese otro sistema que comprende las categorías de lo prohibido, lo permitido, las transgresiones y sanciones que emergen y se reconocen según dinámicas dialógicas internas, a veces influidas por lo externo, pero identificables?

En Colombia lo demuestran las sentencias de las cortes<sup>45</sup> y las “sentencias” provenientes de las autoridades de los propios pueblos indígenas<sup>46</sup>, se ha comenzado a establecer un

<sup>44</sup> SHANNON, Claude. The Mathematical Theory of Communication. En: *Bell System Technical Journal*, Vol. 27 (jul.-oct. 1948); p. 379-423.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ, Esther. La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas en Colombia. En: ASSIES, Willem; VAN DER HAAR, Gemma y HOEKEMA, André (eds.). *El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. México: El Colegio de Michoacán, 1999.

<sup>46</sup> COLOMBIA. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Estudio de casos de protección a niños y niñas indígenas, fallados de acuerdo con las autoridades indígenas. s/d.

sistema que busca comprender la señal y el ámbito desde donde esta se emite para poder comprender, explicar y, consecuentemente, juzgar.

*Los colonos del Guaviare venían encontrando sistemáticamente niños nukak makú alrededor de su pueblo. Estos niños eran “abandonados” cerca de familias no indígenas. Cuando fueron catorce los casos, el Consejo de Estado entidad que vigila el funcionamiento de las entidades públicas, solicitó al ICBF –la institución encargada de la protección de los niños– procurar el retorno de los niños a su comunidad, demanda justificada en la protección cultural a este pueblo.*

El peritaje antropológico demostró que los sucesivos hechos clasificados y estigmatizados por la institucionalidad estatal (Policía, salud pública, Instituto de Bienestar Familiar) como de “abandono”, evidentemente tenían un fondo cultural. Los catorce niños poseían defectos físicos o eran huérfanos y no tenían opción de vida dentro del sistema nómada. El encuentro de este pueblo con la cultura de los colonos le permitió descubrir que había otro tipo de sociedad diferente a la suya y que esta, además de sedentaria, disponía de alimentos almacenados y de una medicina que posiblemente podría sanar o aliviar una sordera, una ceguera, epilepsia, pies chapines, un cuerpo con ano defectuoso, o aliviar socialmente la ausencia de parientes directos que tuvieran capacidad de sustentar niños con debilidades reales para poder existir en una sociedad nómada y en las condiciones en que esta se encontraba.

Pero contrario al abandono del que se les tachaba, muy posiblemente podemos deducir que se registró un cambio ético y cultural, con base en el encuentro que los orientó a proteger a estos niños “expulsándolos” de su propio sistema, en donde la opción de vida para ellos, en esas precisas circunstancias, era nula, y con el objeto de que fuesen asumidos por ese otro que efectivamente está en condiciones distintas. La interpretación de la inexistencia del concepto *huérfano* en su lengua; la clasificación como seres “peludos” no humanos, o sin pelo como ellos, que sistemáticamente se rasuran; la acción de discriminar a estos clasificados como no posibles, alimentados con comida cruda como la que consumen los monos, son todas elaboraciones mentales y acciones conducentes a registrar al no igual, al que no puede ser dentro del sistema, en el que el interés general del colectivo no debe ser vulnerado porque conduciría a su muerte. Estos signos, leídos desde la cultura, permiten demostrar a los magistrados que solo respetando el alto grado de autonomía que el pueblo Nukak Makú tiene, respetando las decisiones de sus autoridades de banda, es posible la

supervivencia cultural del mismo pueblo y el respeto a la vida de estos niños. Manifiesta el peritaje no penalizar esta acción tipificada en el código del menor como “abandono” puesto que puede ser interpretada con base en otros referentes, como el de la protección<sup>47</sup>. Se concluye que ambas sociedades tienen una alta valoración por el derecho a la vida de los niños.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en una sociedad multicultural implica entonces la captación interpretativa del sentido, como ya se dijo, y el conocimiento profundo del significado de las señales que cada sociedad emite, como construcción diferente entre otros aspectos de la vida armónica y del límite para evaluar el peso de las acciones dañinas sobre su universo natural, animal y personal.

Sin embargo, hay que resaltar la necesidad de participación de las personas y grupos en diferentes unidades sociales para arreglar los asuntos que presentan conflicto, de acuerdo con los principios y procedimientos de cada uno. Los nukak makú se han apropiado radicalmente de la esencia característica de la otra sociedad, sin abandonar su lógica propia que no contraviene la constitucionalidad del Estado, sino que, por el contrario, se orienta para utilizar el poder coercitivo de aquél y los derechos legislativos para prescribir identidad y así asegurar una posición más fuerte. Lo que parecen actos de “salvajes” o seres que no siguen reglas de cultura, asombrosamente son actos que se convierten en la sustancia que los hace actores de la misma causa de defensa de la vida.

La ley general aplicada indistintamente y la legislación indígena orientada para darles a las comunidades étnicas un trato distinto, como distintas que son, representan los dos lados de una moneda que no puede utilizarse como un comodín siempre positivo, pues, por un lado, se busca asimilarlas y, por otro, protegerlas. En el caso de los nukak makú, la interpretación de los hechos permite reforzar la autonomía del pueblo y ampliar la conciencia o capacidad de ver de los magistrados, pues lograron que este aparato del Estado reconociera los derechos y obligaciones que caracterizan esta sociedad, y no se les aplicara consideraciones de sentido común.

---

<sup>47</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico para el Consejo de Estado. 1998.

## La comprensión de señales a veces se hace desde la semejanza

La Constitución y las leyes operan como marcos de referencia excluyentes de lo que les sea contrario; así, ciertos hechos son catalogados como jurídicos en virtud de una comparación puramente analógica (que poco o nada se sirve de la diferencia), para después subsumirlos y dar la impresión de constituir con ellos una sola unidad<sup>48</sup>. La construcción del entendimiento intercultural tiene que asegurar condiciones muy particulares para interpretar campos semánticos legales que disponen de su propia particularidad.

¿Cómo proteger las manifestaciones de lo propio que garantizan la autonomía de un pueblo indígena cuando resultan injustificadas y antijurídicas para las normas de la sociedad nacional, mayoritaria? El perito con criterio antropológico busca descubrir los sentidos propiamente culturales que un caso presenta, como base y sustento de las argumentaciones que se ofrecen a los jueces para juzgar y fallar. El antropólogo rechaza las argumentaciones genéricas y técnicas, que si bien pueden facilitar salidas en derecho a los casos, no necesariamente exaltan y edifican una nueva realidad con base en la diferencia, la distintividad y lo propio. El objetivo no es asumir y contribuir a resolver un caso indígena con base en las mismas razones que se establecerían si fuera un raizal o un campesino, sino que se debe definir y valorar lo concerniente al mundo cultural que porta el individuo o el grupo en cuestión.

## ¿Conocimiento empírico o conocimiento en construcción?

Eduardo Galeano narra este hermoso episodio que habla por sí mismo:

*En algún lugar del tiempo, más allá del tiempo, el mundo era gris. Gracias a los indios ishir, que robaron los colores a los dioses, ahora el mundo resplandece y los colores del mundo arden en los ojos que los miran. Ticio Escobar acompañó a un equipo de la televisión española, que viajó al Chaco para filmar escenas de la vida cotidiana de los ishir.*

<sup>48</sup> BENÍTEZ, Hernán Darío. Jurisdicción especial indígena: implicaciones de su consagración constitucional. Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, Popayán, 1997.

*Una niña indígena perseguía al director del equipo, silenciosa sombra pegada a su cuerpo y lo miraba fijo a la cara, de muy cerca, como queriendo meterse en sus raros ojos azules. El director recurrió a los buenos oficios de Ticio, que conocía a la niña y entendía su lengua. Ella confesó: yo quiero saber de qué color ve usted las cosas. ¡Del mismo que tú! sonrió el director. ¿Y cómo sabe usted de qué color veo yo las cosas?<sup>49</sup>.*

Hay dos fuentes de conocimiento: una la constituyen los sentidos, la otra, la reflexión de la mente sobre sus propias operaciones. Para Piaget, la reflexión que practica el niño sobre sus propias operaciones es la base de la abstracción reflexiva, la que da lugar a los conceptos que no pueden derivarse de la experiencia sensorial o motriz. Estos conceptos abstractos constituyen un nivel diferente a los empíricos, que sí pueden extraerse del material proveniente de los sentidos<sup>50</sup>. Ahora, ¿cómo se construye conocimiento a partir de la reflexión? Esta distinción inevitablemente puede desembocar en una semejanza, en una equivalencia. Este es un proceso muy importante para la construcción conceptual, pues sin estas categorizaciones no podríamos hacer ninguna clasificación, y la clasificación es la que nos permite en gran parte formarnos una imagen intelectual del mundo. Nos preguntamos: ¿es posible reconocer y distinguir la diferencia de la diversidad étnica y cultural, sobre la base de construir equivalencias, igualdades o correspondencias entre un sistema y otros, basados en referentes que de antemano han definido las estructuras y clasificaciones que se van a encontrar?

Teóricamente, en la antropología jurídica, el debate Gluckman<sup>51</sup> - Bohannan<sup>52</sup> se conoce por la diferente posición de cada uno respecto a la aplicación universal de conceptos analíticos de Occidente para arrojar luz sobre procesos sociales similares, en sociedades primitivas. Bohannan argumentaba que los antropólogos no debían utilizar conceptos occidentales para estudiar los procesos políticos de pueblos no occidentales como lo hiciera Gluckman

---

<sup>49</sup> GALEANO, Eduardo. Puntos de vista. En: GALEANO, Eduardo. *Bocas del tiempo*. México: Siglo XXI, 2004, p. 56.

<sup>50</sup> PIAGET, Jean. *El lenguaje y el pensamiento del niño*. Buenos Aires: Guadalupe, 1977.

<sup>51</sup> GLUCKMAN, Max. *The Judicial Proces among the Barptse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press, 1955.

<sup>52</sup> BOHANNAN, Paul. *Justice and Judgment among the Tiv*. Illinois: Waueland Prees, 1989.



en relación con los conceptos jurídicos de los barotse, al forzarlos dentro de las categorías de la jurisprudencia occidental. La argumentación de Gluckman al respecto se basaba en que las personas enfrentadas para realizar tareas similares, tienden a desarrollar conceptos similares. Esta postura está sustentada en el etnocentrismo y la desvalorización del otro; está elaborada desde una visión hegemónica, que desconoce la capacidad humana variable para proteger las condiciones de bienestar grupal en términos propios distintos como lo demuestra la antropología jurídica. La comprensión de sistemas lógicos estructurados permite controlar con precisión adecuada aspectos parciales orientados a persuadir, de una manera coherente y sobre múltiples premisas, la existencia de diversidad de sistemas, de simbologías y lenguajes y también de la realización de inferencias. De modo que, en el sentido más estricto, se reconoce que no hay una sola lógica sino distintos sistemas lógicos, y que estos corresponden a juegos de razonamiento. Esta perspectiva ha abierto un camino que consiste en la capacidad de crear o elegir marcos adecuados para reconocer situaciones y elaborar salidas edificantes. Distinguir si las tareas son similares es parte fundamental del método comparativo en antropología, pero más fundamental es conocer si las tareas realizadas están siendo enmarcadas en perspectiva ética, o sea, extendiendo los principios y procedimientos, y las maneras propias del sistema al que pertenece el investigador. Conocer en perspectiva ética es el gran reto, es decir, conocer desde el sistema y la perspectiva del otro. Quizás este sea uno de los retos más claros para el reconocimiento de los referentes de lo propio cultural en otras sociedades<sup>53</sup>. Dar por supuesto que todos ven el mundo de la manera en que yo lo veo es un gran error. Tanto como creer que lo que yo veo es lo que necesariamente ve el otro.

### ¿Relativismo y universalismo en conflicto?

Describir costumbres exóticas y explicarlas en los contextos de sus sociedades de origen tal como se presentan y como el antropólogo logra descifrarlas, hace parte de una orientación epistemológica. Pero en pocas ocasiones los antropólogos se atreven a cuestionarlas como expresión de neutralidad científica. El marco del relativismo cultural respecto de los

---

<sup>53</sup> Respecto de los sistemas de derecho propio, dice el magistrado Carlos Gaviria: “[...] exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a la nuestra permitiría una completa distorsión del pluralismo como principio básico”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-349”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996.

derechos tiene excelentes mediadores de esta postura frente a los casos clasificados como “bárbaros” e “inhumanos”. Contribuyen a ubicar un orden general respetable desde una perspectiva universal, pero dejando amplio campo para el reconocimiento y la valoración de otras manifestaciones no universales. Esta es una opción en perspectiva intercultural defendida por la Corte Constitucional de Colombia.

El hecho de que la teoría de los límites esté influida por el declive de los absolutos, que separa a los hombres de sus sueños metafísicos, no quiere decir que estemos frente al relativismo y la inestabilidad. Los límites que exige una nación democrática multicultural y pluriétnica bajo el liberalismo, deben impedir a todos sus miembros desahogarse. Los límites jurídicos dan forma moderna a la llamada por Montesquieu *moderación*. Los hombres y los pueblos impunemente no pueden sobrepasar los límites necesarios para detener los denominados *campos de tragedia*<sup>54</sup>. Este empeño desborda el pluralismo jurídico también, al considerar unas situaciones como legales y otras como ilegales, según sociedades culturalmente diferentes en una nación. La justicia por mano propia, por ejemplo, cuestionada como ilegal, se diferencia de la legalidad de estos pueblos en la administración de justicia, y de la imposibilidad en muchos casos de conocer la antijuridicidad de una acción para otra sociedad que la juzga diferencialmente por estar culturalmente condicionada sobre otro referente.

*[...] se podría comenzar un libro de antropología de esta manera: si se contempla la vida y el comportamiento del hombre sobre la tierra, se ve que, aparte de los comportamientos que uno podría llamar animales, como el nutrirse, tienen lugar también aquellos que poseen un carácter peculiar que se podrían denominar actos rituales. Ahora bien, es un sin sentido continuar diciendo que lo característico de estas actuaciones es que corresponden a representaciones falsas de la física de las cosas*<sup>55</sup>.

Las prácticas religiosas y rituales no se configuran en el seno de juegos de lenguaje en donde tiene sentido el uso de expresiones como “verdadero” y “falso”. Tanto aquellas como las

<sup>54</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Del significado de algunos problemas jurídicos en la era democrática. En: *Ética y conflicto*. Bogotá: Uniandes/Tercer Mundo, 1995.

<sup>55</sup> WITTGENSTEIN, op. cit., p. 62.

prácticas simbólicas afines, generan vínculos específicos de solidaridad; esta última no se suple con la mera descalificación en nombre de la verdad. De modo que el conjunto de prácticas sociales de cohesión de este tipo, no son susceptibles de ser comparadas con discursos presuntamente científicos que las juzgan “objetivamente” desde el exterior para señalar sus errores. Es la forma de vida en la cual se encuentran inmersas, lo que permite apreciarlas, pero para esto no puede apelarse a criterios de racionalidad exógenos<sup>56</sup>.

### Lo que encaja sobrevive

Los conocimientos que se alcanzan, se construyen y adoptan, son siempre relativos a unos propósitos; estos propósitos están entramados en la visión del mundo que es histórica. No todas las culturas, como si fueran lenguajes, tienen la misma adaptación y supervivencia. Respecto de los cambios, las sociedades deben encajar idealmente en las estructuras preexistentes. Así, el nuevo modelo, coherentemente, deberá encajar en modelos previos. La apropiación, imposición o adaptación de un nuevo conocimiento, y la comprensión de nuevas realidades, tiene al menos dos aspectos por cumplir: la supervivencia y la no contradictoriedad.

Si los indígenas no se preparan para vivir nuevos retos, si no hay una utilización del poder colectivo para ponerle cara de otra manera a algunos de los nuevos problemas, su existencia se verá limitada<sup>57</sup>. Pero ¿qué debe encajar en la cultura de una sociedad para que puedan sobrevivir? ¿Cómo encajan las restricciones valorativas de los principios de la sociedad nacional? ¿Cómo manejar un nuevo concepto de *legalidad*?

### Salvadores mortales

Para mostrar la gravedad que entraña actuar frente a una realidad que no se conoce y sobre la base de una visión humanitaria o filosófica altruista que busca salvar al otro de un supuesto

---

<sup>56</sup> PEÑA, op. cit., p. 49.

<sup>57</sup> Un buen ejemplo son los ingas del bajo Putumayo, quienes se preparan para ir a la Universidad y ser aceptados. Saben que tienen que competir por un puesto y que este dependerá del conocimiento que puedan demostrar. Acceder al mundo profesional lo consideran absolutamente necesario para participar horizontalmente en algunos campos.

peligro, George Foster enseña con una parábola los impactos de ciertas actuaciones cuyas conclusiones resultan evidentes: mientras calmaba su sed, un mono fue sorprendido por la borrasca de un río; después de muchos aprietos al fin logró ponerse a salvo. Más a pesar de la alegría de sentirse en sitio seguro su conciencia estaba intranquila por no haber ayudado a aquel pez que en esos instantes también bebía agua. Y en tanto pensaba qué hacer, para reponer su actitud, se llenó de coraje y lanzándose al río, solo salió del agua cuando logró poner fuera de peligro, según él, al indefenso pez<sup>58</sup>.

Si solidaridad significa volver sólido lo que puede estar débil o fragmentado, el apoyo externo a un individuo indígena o a un pueblo debe repercutir en mejores posibilidades para nadar en el propio mundo. Pero cuando se desconoce o subvalora en estos pueblos la capacidad para actuar y nadar en el terreno en el cual se ha demostrado adaptación, se los lanza a la muerte cultural. Por ejemplo, los cambios hacia la positivización de los derechos propios; la implementación de cárceles o cuerpos de policía como nuevas maneras de operar y hacer contemporáneos los sistemas de derecho propio indígenas; adaptar los sistemas de justicia tradicionales a las formas propias de justicia comunitaria; introducir la conciliación y la mediación como salidas a los conflictos; positivizar los derechos indígenas para constituir las formas de aproximarse a la verdad; y concluir en veredictos para sancionar de acuerdo con las formas del derecho positivo y “salvarlos” de lógicas distintas como el “sueño”, la adivinación, el análisis primero y la visión de una comunidad con competencia jurisdiccional, claramente dejan por fuera la esencia de los sistemas de derecho propio que son dispositivos que conectan a cada persona con el ámbito de una sociedad que se define y orienta de determinada manera, y hacen de la eficacia y la eficiencia un símil: nadar como pez en el agua.

### **Pluralismo y diversidad, empresa intelectual e impulso político**

Las teorías sociológica y antropológica introducen los conceptos de *pluralismo* y *diversidad*, como resultado de una empresa intelectual que surge de un compromiso político que tenía como propósito cuestionar las marcaciones de lo hegemónico. Esta perspectiva política condujo a un programa intelectual para advertir cómo opera el

---

<sup>58</sup> FOSTER, George. *Antropología aplicada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974, s/p.

pluralismo y cómo son esos otros derechos pensados y practicados por quienes los hacen vivir. Adicionalmente, buscaba afirmar que el “otro” es de muchas maneras el “mí mismo”. El principio de exclusión es inseparable del principio de inclusión que hace que se pueda integrar a la subjetividad otros diferentes *ellos*, para constituirnos en una subjetividad más colectiva: *nosotros*. Lo indígena no es un asunto de indígenas. Lo indígena es de todos.

### **Inclusión e intercomunicación con el semejante**

La llamada *ciencia comprometida* busca defender ciertos derroteros en función de alcanzar determinados propósitos. Esta postura nace de la compasión como capacidad del sujeto de compenetrarse con una problemática que trasciende socialmente, así directamente la afectación no recaiga en el sujeto que busca cambiar una situación por otra pensada como justa.

*En una experiencia realizada por científicos sádicos se quitaron todas las hojas a un árbol para ver cómo se comportaba. El árbol reaccionó de un modo imprevisible, es decir, empezó a segregar sabia más intensamente para reemplazar lo más rápido posible las hojas que le habían sacado. También segregó una sustancia no conocida anteriormente que lo protegía contra los parásitos. El árbol había comprendido muy bien que un agente externo lo había atacado, solo que creía que se trataba de un insecto. Pero lo más interesante del experimento es que los otros árboles cercanos también segregaron sabia<sup>59</sup>.*

Sentirse auténticos participantes y autores de la construcción de los relatos históricos de otros, es una de las vías de las que disponen los individuos y los grupos humanos para intentar actuar como protagonistas de sus vidas, incluyendo la reflexión sobre cómo emergemos, cómo somos participantes de los diseños sociales y participados por estos. El antropólogo no solamente realiza una tarea para probar la existencia de cientos de referentes de cultura manifiestos en un hecho, en un caso; si bien su identidad profesional prima para argumentar la presencia de la cultura en un suceso, es claro que hay motivaciones que

---

<sup>59</sup> MORIN, Edgar. La noción de sujeto. En: FRIED, Dora (ed.). *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad*. Buenos Aires: Paidós, 1995, p. 79.

parten de una identificación con las circunstancias de otros, ya sea para defender con mayor vehemencia lo que es razonable y coherentemente justo, o para aliviar de algún modo a los que han sido lastimados<sup>60</sup>.

## Conocimiento e ideología

El concepto de *ideología* alude a un todo orgánico y relacional encarnado en las instituciones, con poder activo y creador en la dinámica social. “Esto implica que la ideología tiene una existencia material y que, lejos de ser un conjunto de realidades espirituales, se da siempre materializada en prácticas”<sup>61</sup>. Los sujetos se identifican por hacer parte de una voluntad colectiva, producto de la articulación político-ideológica de fuerzas históricas dispersas y fragmentadas. Este hecho supone el logro de una unidad cultural y social, a través de la cual una multiplicidad de voluntades dispersas se articula bajo una misma concepción del mundo y bajo unos objetivos comunes.

Es posible hablar de las ideologías como aquellas representaciones culturales que pueden tomar forma relativamente estructurada en un conjunto de creencias que confluyen mutuamente por su aparente coherencia, consistencia y racionalidad. Las ideologías se parecen al conocimiento compartido y utilizable por los miembros de un grupo en sus prácticas cotidianas; representan los principios subyacentes de la cognición social y, de ese modo, forman la base del conocimiento, de las actitudes y de otras creencias más específicas. Aquello que es conocimiento para un grupo puede ser ideología para otro, debido a su función social. En la búsqueda de las relaciones entre la ideología y el conocimiento, se encuentra que mientras el *conocimiento* se define usualmente como creencias verdaderas que fueron verificadas según algún criterio o estándar de verdad –que por supuesto puede variar histórica y culturalmente–, las ideologías suelen definirse como creencias aparentemente engañosas. Sean verdaderas o falsas las ideologías, además de disponer de

---

<sup>60</sup> Algunos intelectuales rechazan las actuaciones humanitarias que realizan profesionales que ven en sus actuaciones profesionales posibilidades para contribuir a solucionar situaciones concretas. Ello no quiere decir que no se trabaje por cambios estructurales de mediano plazo.

<sup>61</sup> MOUFE, Chantal, citada por GARCÍA, op. cit., p. 64.

funciones cognitivas de organización de las creencias, usualmente cada sociedad considera que estas son creencias verdaderas<sup>62</sup>. Así mismo, las ideologías pueden ser coherentes, lo cual no implica que siempre se manifiesten en las prácticas sociales concretas de sus miembros, ni puedan ser leídas directamente de las prácticas sociales individuales<sup>63</sup>.

Igualmente, las ideologías también regulan, porque dicen a las personas cuál es su posición y qué deben pensar acerca de los asuntos sociales; están configuradas no solo para permitir funciones mentales del pensamiento, sino también –y especialmente– para ser fuentes en el ejercicio de las prácticas sociales y la interacción social en las que se utilizan. De esta manera, si las ideologías comprometen representar los intereses y la autodefinición de cada grupo, deberán exhibir un esquema propio que posea las contrapartes mentales de las categorías sociales que se postulan para describir una identidad grupal (pertenencia, actividades, objetivos, valores, posición y recursos), para ser usado en contextos específicos de acción, en los que los miembros de un grupo utilizan sus creencias generales para la construcción de creencias específicas, acerca de sucesos y acciones que enfrentan en la vida cotidiana. Finalmente, las ideologías sociales se relacionan indirectamente con las prácticas individuales de los miembros de un grupo, incluyendo el discurso<sup>64</sup>.

En otro sentido, las ideologías son la contraparte cognitiva del poder, como ocurre en el caso del conocimiento social, en el que los usuarios del lenguaje emplean el discurso en tanto miembros de grupos u organizaciones que tienen calidad de dominantes, dominados o competidores. Una diferencia fundamental entre el lenguaje y la ideología, sin embargo, es que los grupos desarrollan y utilizan lenguajes con propósitos internos, para la comunicación entre sus propios miembros, mientras que las ideologías sirven no solo para coordinar las prácticas sociales dentro del grupo, sino también –y quizá principalmente– para coordinar la interacción social con los miembros de otros grupos. En otras palabras, las ideologías sirven para “definir” grupos y su posición dentro de estructuras sociales complejas y en relación con otros. Esta autodefinición general predominante, o identidad social, es adquirida y compartida para proteger los intereses de un conglomerado. Para poder

---

<sup>62</sup> VAN DIJK, op. cit.

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> *Ibíd.*

funcionar apropiadamente en muchas situaciones, y para la mayoría de los miembros de un grupo, las ideologías posibilitan el desarrollo de representaciones compartidas, generales y mutuamente coherentes, en dominios grandes o frente a problemas importantes de la vida social y cultural. Caracterizadas de esta manera, como autodefiniciones realizadas participativamente en grupos, que permiten que sus miembros coordinen sus prácticas sociales en relación con otros, las ideologías revelan un número de dimensiones básicas: manifiestan representaciones de los criterios de pertenencia y acceso al grupo: quiénes somos, quién pertenece a nuestro grupo, cuáles son las acciones típicas y los objetivos que buscamos, qué hacemos y con qué normas y valores, qué es bueno y qué es negativo para nosotros, cuál es la posición social en relación con otros grupos y dónde estamos nosotros<sup>65</sup>.

Las ideologías sirven para desplegar representaciones compartidas y coherentes sobre problemas importantes para una sociedad. De la misma manera en que se define el abuso de poder como un caso especial del poder, una ideología dominante sería entonces un caso especial de ideología, y, de esta forma, se podría seguir utilizando la noción de *ideología* desde una concepción crítica de la desigualdad social. Un presupuesto tácito en esta perspectiva dominante es que los grupos dominados no saben qué es bueno para ellos. Como resultado del tipo de relaciones establecidas y mantenidas desde instancias de poder dominantes, los poderosos tienen muchas veces una representación de su propia posición que es inconsistente con sus intereses manifiestos, lo cual es equivalente a una falsa conciencia. El discurso es esencialmente un medio por el cual las ideologías se comunican de un modo persuasivo en la sociedad, y de ese modo ayudan a reproducir o no el poder y la dominación de grupos o clases específicas<sup>66</sup>.

## Poder e interacción

El poder social está definido como una relación específica entre grupos sociales o instituciones e individuos. Comúnmente ese poder, encarnado en personas o grupos, puede hacer que otros actúen como los primeros desean, y para lograrlo, basta decirles que

---

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> VAN DIJK, op. cit.



así lo hagan. Las órdenes “funcionan” si otras personas las obedecen. Una orden tiene el objetivo de hacer saber, explícita o implícitamente, que no existe ninguna alternativa más que obedecer. Es así como el ejercicio del poder limita las opciones de acción y libertad de terceros. Por otra parte, en general, solo se ejerce poder si se parte de la convicción de que los otros no actuarán como se desea por su propia voluntad. Obviamente, además del discurso, los grupos o las personas que ejercen el poder tienen también otros recursos que lo refuerzan, como una posición social reconocida, o el acceso a la fuerza y la autoridad.

Sin embargo, el poder que está basado en la clase, el género, la filiación étnica, no siempre puede definirse únicamente como una relación entre grupos totalmente poderosos y grupos totalmente carentes de poder. Existen patrones complejos de negociación, convivencia y coproducción de relaciones sociales, que hacen que el poder social de los grupos no sea monolítico, permanente y carente de contradicciones. Al ser ejercido y puesto en práctica, el poder hace posible el disenso e incluso los cambios históricos, ya que los miembros de un grupo, en calidad de opositores, pueden contribuir a una modificación en el balance del poder entre los grupos.

Sally Merry trabaja las relaciones Estado-derecho indígena o local como un campo social muy dinámico en el que la influencia mutua es la regla. Desconocer este hecho sería idealizar o petrificar a las sociedades y sus sistemas de derecho, como si no hubiesen sido tocados o no interactuaran cotidianamente. Merry diferencia estos sistemas de justicia como un fenómeno social distinto del derecho estatal, pero incorporado, de algún modo, por este último. Afirma que esta relación es “una arena en la que el Estado controla un espacio de contienda, que demuestra vínculos, debido principalmente a que no representa una amenaza contra el *statu quo*”<sup>67</sup>.

Para Croizier y Friedberg, desde Foucault, el poder no se entiende como una propiedad adquirida por un grupo, sino como un ejercicio de su estrategia históricamente asumido<sup>68</sup>; no es un atributo de los actores, sino una forma de establecer relaciones “de cambio, y por

<sup>67</sup> MERRY, Sally y NEAL, Milner (eds.). *The Possibility of Popular Justice: a Case Study of Community Mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993, p. 890.

<sup>68</sup> CROIZIER, Michel y FRIEDBERG, Erhard, citados por GARCÍA, op. cit.

lo tanto de negociación”<sup>69</sup>. Se trata de una relación instrumental, orientada hacia un fin, porque, según Bourdieu, cada relación de poder crea un campo de juego específico para cada uno de los actores, por lo que personas con condiciones similares pueden dar lugar a posiciones de poder diferentes, dependiendo del campo de juego y de la confrontación. La relación de poder, aunque recíproca, es desequilibrada. De allí resulta la necesidad de negociación sobre algo: si una de las partes está desprovista de ese algo, no podrá entablar una relación de poder; simplemente dejará de existir como actor frente al otro, para convertirse en una cosa. Además, se trata de una relación de desequilibrio, por lo que es necesario que alguno de los actores resulte beneficiado en razón de su posición de mayor fuerza, sin que eso signifique que el otro se encuentre desprovisto por completo de esta. En estas condiciones, descifrar la red de poderes y de dominaciones que subyacen es estudiar las distintas posiciones de los sujetos en un campo de juego, o de batalla, delimitado<sup>70</sup>.

Bourdieu ha estudiado en detalle los alcances del concepto de *espacio social* en el que se establecen relaciones de fuerza, tendientes a la conservación o a la transformación del poder en juego que, a la vez, es la condición de su funcionamiento. Existen tantos intereses como campos o espacios de juego constituidos históricamente. Por eso, en lugar de encontrar el poder en una institución, en un agente o en un mecanismo, deberíamos preguntarnos, según Bourdieu,

*[...] si el principio generador de este poder no es el campo mismo, es decir, el sistema de diferencias que constituye su estructura y las disposiciones diferentes, los intereses heterogéneos y desiguales, incluso antagónicos, que engendran en los agentes situaciones en posiciones diferentes del campo, y los cuales se encuentran empeñados en conservarlo o en transformarlo*<sup>71</sup>.

De la idea de *juego* no se desprende la igualdad de los actores ni la existencia de un consenso sobre las reglas que lo determinan. La noción de *juego estratégico*, muy útil como punto de mira para el peritaje antropológico, implica la idea de lucha por la fijación del sentido de las reglas, librada entre los actores dotados de capitales simbólicos diferentes y de acuerdo con sus distintas posiciones de sujeto.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>70</sup> GARCÍA, *op. cit.*

<sup>71</sup> BOURDIEU, Pierre, citado por GARCÍA, *op. cit.*, p. 69.

Sobre estos supuestos, los cambios tienen su explicación en la confrontación y no fuera de esta. No existe una razón inmanente al desarrollo de la historia que determine la producción de un cambio, pero el cambio tampoco puede ser explicado como el resultado de una mejoría en los valores o en los propósitos adoptados por la organización<sup>72</sup>. El cambio es, ante todo, transformación de reglas de juego, resultado del triunfo de alguna fuerza que logra imponer una nueva manera de ver y de practicar las relaciones entre los que gobiernan y los gobernados, a través del establecimiento de un nuevo campo estratégico<sup>73</sup>.

## Derecho, conocimiento y poder

Para ejercer el poder hegemónico y para establecer un consenso, los grupos de poder regulan las acciones de los otros mediante el control de sus mentes, imponiendo conocimientos, actitudes e ideologías, y lo hacen principalmente mediante el discurso, lo cual presupone otro aspecto de las relaciones entre el poder y el discurso que llamaremos el *acceso*. Solamente algunos con poder tienen acceso a los recursos materiales escasos y a los recursos simbólicos, como el conocimiento, la educación, la fama, el respeto e, incluso, el propio discurso público. Es decir, el discurso no es únicamente un medio para la realización del poder, sino, también, y al mismo tiempo, un recurso de poder. Para manipular otras mentes mediante el control sobre el discurso, los que ostentan el poder también necesitan controlar las características del discurso, porque resultan más eficaces para ejercer influencia sobre los otros; son capaces entonces no solo de controlar los sucesos comunicativos, sino también de definir la situación e incluso los detalles del modo como los grupos, acciones y políticas deben representarse. Si los receptores no tienen información alternativa o no tienen acceso a otros discursos, la credibilidad y retórica persuasiva del discurso público puede ser tal que muchos receptores adoptarán las creencias expresadas por esos discursos prejuiciosos<sup>74</sup>.

El poder también se aplica en las situaciones en las cuales, mediante la interacción, se busca dominar la mente de los otros en contra de su propio interés. Por ejemplo, el texto y el habla

---

<sup>72</sup> BAUDOUIN, Jean, citado por GARCÍA, op. cit.

<sup>73</sup> *Ibíd.*

<sup>74</sup> GARCÍA, op. cit., pp.

racistas pueden manipular a un grupo étnico para lograr un consenso mediante el cual la discriminación cotidiana de las minorías pueda justificarse<sup>75</sup>. Un campo explícito de esta proyección significa, según palabras de Danièle Loschak:

*[...] [que] la fuerza actuante del derecho se organiza también en el poder propio del discurso; el derecho es una palabra que se impone como legítima y verdadera, más allá del círculo de aquellos a los cuales cada una de estas normas, tomadas aisladamente, tienen propensión para aplicarse*<sup>76</sup>.

Más allá del asunto jurídico, de los propósitos legales, existe un asunto político que tiene que ver con el fracaso o el éxito en la realización de otros objetivos que se relacionan con la promoción de ciertas representaciones colectivas necesarias para el logro de la cohesión social. El discurso jurídico no puede ser explicado a cabalidad si no se amplía el espectro de funciones cumplidas por el derecho y si, además, no se acepta que quienes aplican normas jurídicas, en ocasiones son conscientes de que actúan por razones diferentes a las manifestadas; por ejemplo, hacer saber a otros quiénes detentan el poder, o cuán fuertes son unos u otros<sup>77</sup>. La posibilidad de establecer comunicaciones adecuadas, justas y objetivas en condiciones de conflicto y disputa es una perspectiva ideal. El derecho actúa no solo para regular a partir de una determinada normatividad, sino que además prescribe, informa, a través del sentido explícito de sus textos y ritos, como también a través de su misma producción y de su propio consumo. Así, la perspectiva del proceso comunicativo, en el cual la argumentación es prioritaria, resulta insuficiente, porque el fenómeno jurídico se encuentra esencialmente determinado por las prácticas de creación y de consumo del mensaje.

## La verdad: relaciones victoriosas de poder

La verdad es inseparable del proceso que la establece, el cual no está determinado por un filtro racional de comunicación, sino por múltiples focos de poder que se entrecruzan, se

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> LOSCHAK, Danièle, citado por GARCÍA, op. cit., p. 82.

<sup>77</sup> Véase COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-1127”, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 2001.

chocan y contraponen, como prácticas inscritas en una dinámica de conflicto que da lugar a una teoría de la verdad, que a su vez reafirma las posiciones de las prácticas, con lo cual reproduce, instante tras instante, un determinado engranaje de relaciones de poder que ha resultado victorioso. El poder en unión con el saber forman un “dispositivo” que será más o menos eficaz en la medida en que las funciones que ponen en obra –como castigar, separar, educar–, aparezcan ante los individuos como el resultado exclusivo de un saber y no como el ejercicio directo de un poder<sup>78</sup>. Cuando un saber produce un consenso duradero en el tiempo y en el espacio, es porque ha resultado de una estrategia de poder triunfante. Por el contrario, la inestabilidad del saber pone de presente la vulnerabilidad de las estrategias adoptadas. En síntesis, Foucault considera que un discurso nuevo accede a la realidad como consecuencia de un cambio estratégico originado por la unidad saber-poder precedente, la cual produce una readaptación de sí misma (ver-hablar), de su materialidad (focos de poder) y de la reciprocidad entre estos dos ámbitos<sup>79</sup>. Según Foucault, cada situación histórica permite solo aquellos enunciados que son posibles: lo que se dice en un momento específico, que es lo que se puede decir (no porque exista una instancia represora que actúe como filtro de lo debido, sino porque existe una correspondencia entre los discursos que aparecen y las condiciones limitadas que dieron lugar al surgimiento de dichos discursos). En otras palabras, solo se dice lo que se puede decir, no porque lo “no decible” esté prohibido, sino porque este “no decible” es un “no posible”, en la medida en que solo se dice algo necesario, que corresponde a una estrategia de uno, dos o más focos de poder. Aquello que parece una locura, un disparate, un desafuero, lo es en cuanto su manifestación dentro de un estrato de saber no se adecúa a los parámetros de racionalidad considerados como válidos dentro de una comunidad; en este caso, el impulso (la fuerza) que determina este “desvarío” no logra imponerse frente al diagrama de fuerzas establecido<sup>80</sup>. Por consiguiente, puede haber dos tipos de consenso: uno pasivo, propio del transformismo, en que una sociedad logra absorber e incorporar a su proyecto a los miembros de otras sociedades; y otro activo, propio de una hegemonía expansiva, en el cual se crea una nueva voluntad colectiva, nacional y étnica, apoyada por la mayoría y depositaria de intereses arraigados en una nueva visión de lo que debe ser la sociedad.

---

<sup>78</sup> GARCÍA, op. cit.

<sup>79</sup> Citado por GARCÍA, op. cit.

<sup>80</sup> *Ibid.*

## Hegemonía, sociedad, derecho y poder

El concepto de *hegemonía* aparece con la idea del *Estado*, entendido o como aparato dispuesto para la dominación de una clase social por otra, o como instancia política a través de la cual se pueden lograr soluciones a los problemas sociales<sup>81</sup>. Según Gramsci, puede hablarse de una *hegemonía expansiva*, en la cual se crea una nueva voluntad colectiva nacional-popular, apoyada por la gran mayoría y depositaria de nuevos intereses arraigados en una nueva visión del mundo<sup>82</sup>. El conocimiento sobre la hegemonía ha de utilizarse como un instrumento de análisis para comprender un tipo de relación política predominante, en medio de una dinámica social en la que tienen cabida varios centros con pretensiones hegemónicas, los cuales se encuentran en conflicto. Según este planteamiento, los conceptos de *autonomía*, *subordinación*, *centralidad*, *determinación*, entre otros, deben ser planteados en situaciones concretas dentro de las cuales un conjunto de fuerzas se manifiestan de cierta manera y no de otra. En otros términos, este concepto se aplica a un campo en el cual tienen lugar prácticas articularias surcadas por antagonismos y enfrentadas en una lucha por la imposición de una visión del mundo, a través de la cual el ejercicio del poder aparece como una necesidad y no simplemente como una dominación brutal<sup>83</sup>.

El derecho puede ser utilizado como instrumento para la creación de ciertas representaciones sociales que sirvan de base para la articulación de prácticas hegemónicas. Para comprender este mecanismo, es necesario superar la visión tradicional del derecho, según la cual, el sistema jurídico está compuesto por mandatos establecidos por una autoridad representativa y aplicados de manera obligatoria e inmediata. En contraste con esta perspectiva convencional, el derecho funciona también como canal de comunicación entre gobernantes y gobernados. En este sentido, las normas jurídicas sirven como mecanismo articulador entre intereses y discursos heterogéneos, los cuales logran conciliarse gracias a la combinación estratégica entre el orden retórico de la creación de normas y el orden pragmático de su aplicación, combinación que efectúan las autoridades encargadas de crear y aplicar las normas<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> DÍAZ, Rafael, citado por GARCÍA, op. cit.

<sup>83</sup> GARCÍA, op. cit.

<sup>84</sup> *Ibid.*

## Comunicación intercultural y argumentación

La interacción entre personas de instituciones representativas, en contextos socioculturales distintos, involucrados para definir asuntos, implica, o bien partir del conocimiento del contexto en el cual se dan ciertas señales, reconociendo que existen mundos sociales y culturales diferentes, o imponer los propios códigos como marco de referencia, bajo la suposición de superioridad de los valores de esa sociedad. En la primera opción, el argumento ofrecido, para interpretar el hecho que va a ser juzgado, se reconoce y valora sobre la base de los juegos de lenguaje y los sistemas de representaciones que caracterizan esa otra sociedad<sup>85</sup>; en la segunda se les desconoce, por ser juzgado como un caso contrario a lo establecido, legítimo, aceptable o legal<sup>86</sup>.

El estilo de vida está asociado con comunidades de habla particulares, y es uno de los factores etnográficos que cuentan para la comprensión de la identidad social y cultural; también la historia pasada y otros detalles biográficos, tales como el conocimiento, los papeles específicos de los participantes o las posiciones que se asumen ante sucesos particulares. Concurren así características distintivas del uso del lenguaje en las actividades típicas asociadas con las interacciones. Estas variaciones se experimentan entre sociedades y culturas diferentes y se manifiestan de manera concreta en los modos como se hablan y se entienden los miembros de sociedades distintas, o en el modo como interactúan, crean o resuelven posibles conflictos de comunicación, pues parte de la identidad de un hablante es su pertenencia a una comunidad de habla<sup>87</sup>. Sin embargo, el discurso es relevante para la descripción y comprensión del contexto: una multitud de géneros institucionales, el aparato de justicia definen ciertas formas que al ser repetidas configuran un modo particular para el encuentro y el relacionamiento con otros, el cual está generalmente determinado y responde de un cierto modo frente a la interacción.

---

<sup>85</sup> Es, en términos de André Hoekema, la expresión del pluralismo jurídico de tipo igualitario. Véase: HOEKEMA, André. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. En: *El Otro Derecho. Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. N° 26-27 (abr. 2002); Bogotá, ILSA.

<sup>86</sup> Es, en términos de André Hokema, expresión de pluralismo jurídico de tipo unitario. *Ibíd.*

<sup>87</sup> DREW, Paul y HERITAGE, John, citados por VAN DIJK, op. cit.

## La argumentación en contextos interculturales

Todo acercamiento a la argumentación entre miembros de sociedades distintas debería tener en cuenta los aportes de los sofistas, quienes eran autorizados sabios griegos que sometieron las concepciones éticas y sociales prevalecientes en su época a una crítica particularmente corrosiva. Aquellas concepciones estaban justificadas por algunos a partir de figuras tales como la falacia (que desconcierta a quien desarrolla sentido común, además de la conclusión absurda que puede derivarse de dos premisas claramente verdaderas). Estas contribuciones generan luces para comprender, por ejemplo, la inconsistencia lógica que se expresa en ciertos enunciados, como el parentesco entre una boa y los miembros hombres y mujeres pertenecientes a un clan, o una garza que engendra una olla de metal o un perro, o un dios que obtiene la primera mujer de la costilla de un hombre.

A los sofistas se les debe también otra noción muy importante: la de lo *probable*. Dado que en asuntos humanos lo probable tiene que ver con las costumbres y tradiciones de una comunidad –como celebrar la resurrección de Jesucristo o suponer que los niños muertos están en el cielo–. Esta noción permite extraer estereotipos, pero también tipos o paradigmas que se encuentran en relación con una sociedad determinada. Lo probable marca la ocurrencia de una reflexión hecha por hombres, en una sociedad específica<sup>88</sup>.

Aparecen así paradojas de un nuevo género, llamadas *inconsistencias lógicas*, como, por ejemplo, una mujer virgen y madre, o una garza que engendra un perro, que son ideas muy provocadoras y escandalosas, por fuera de la sociedad donde se utilizan y se comprenden, pero presentes en las mentes individuales de los miembros de una sociedad. Existen, sin embargo, desde las lógicas no clásicas, fundamentos que abren la posibilidad de no descalificar ideas como las mencionadas, porque se sustentan en lo probable que contiene un determinado mundo de representaciones.

Dado que las finalidades de la actividad argumentativa son la construcción de un consenso y la resolución de las diferencias, el medio es la profundización del disenso. La argumentación sorteas la desavenencia, dada la eliminación racional de una de las opiniones en conflic-

---

<sup>88</sup> PLANTIN, Christian. *La argumentación*. Madrid: Alianza, 1998.



to<sup>89</sup>. Pero para describir las interacciones frente a un caso, frente a un hecho en el cual está implicado un individuo o un grupo perteneciente a un pueblo indígena con cultura distinta, se distingue entre las representaciones del pueblo en calidad de proponente y las del oponente que sostiene un alegato, en la medida en que en el intercambio argumentativo supone dos tipos de participantes directamente implicados. Se llamará *tercero excluido* al interesado en la explicación e interpretación profunda de contenidos no explícitos de la cultura en cuestión.

Hay diferentes etapas que conducen al proceso de un discurso argumentado: la de invención, en la cual se buscan argumentos pertinentes para el examen de una causa; la de disposición, donde se ordenan los argumentos localizados; y la lingüística, que proporciona musculatura de sentido al esqueleto argumentativo<sup>90</sup>. Otra fase ubica los enunciados en su contexto, por lo que argumentar dentro del proceso es ejercer un pensamiento razonable e imparcial, es decir, justo. Quien argumenta lo hace con base en una lengua que domina, en la que expresa un pensamiento que debe ser coherente e intersubjetivamente válido. Corresponde manifestar también, la apertura a otras ideas, que permiten la confrontación de los conocimientos, lo cual no implica que se renuncie a convencer al interlocutor de lo que se considera defendible. Se supone siempre un distanciamiento de sí mismo que permita optar por el mejor resultado, independientemente de dónde provenga<sup>91</sup>.

Una interacción mediante un discurso es una proposición apoyada por datos<sup>92</sup>. Sin embargo, al formular un enunciado, el emisor se ha expuesto a la incompreensión por parte del receptor, a la comprensión porque acepta el planteamiento o a la oposición que puede expresarse de una manera más o menos virulenta. Las preguntas sobre los núcleos de disidencia se presentan manifestando desde duda hasta rechazo explícito, lo cual evidencia la existencia de un receptor oponente.

## Perspectiva teórica sobre la argumentación jurídica

La argumentación sobre un hecho que va a ser juzgado con un sistema de derecho distinto de aquel perteneciente a la sociedad donde el hecho se origina, supone preguntarse y examinar

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> *Ibíd.*

<sup>91</sup> *Ibíd.*

<sup>92</sup> *Ibíd.*

si el hecho está fundamentado en el otro derecho y cómo, si es necesario aclarar algo que se pone en duda y si existe divergencia y oposición entre los principios y procedimientos de los sistemas de derecho que se vinculan con el hecho.

Solo puede haber demostración si hay desacuerdo sobre una posición, es decir, confrontación entre un principio cuestionado en comparación con otro. Si una de las partes –proponente u oponente– no tiene la posibilidad de expresarse respecto a las proposiciones en conflicto, no hay argumentación posible, lo cual conllevaría autoritarismo, ya que la argumentación solo puede producirse bajo determinadas condiciones culturales, jurídicas y políticas. Si se deduce que hay conflicto, el proponente puede defender sus referentes apoyándose en hechos y datos que puedan darle la razón y que lo justifiquen. Pero cuando el oponente no comprende, no capta el principio que hace que esos enunciados sean pertinentes para la aseveración de la conclusión, el proponente responde proporcionando una ley o principio general –“licencia para inferir”– capaz de funcionar como fundamento para ese paso. Se lanza así una especie de puente entre el dato o premisa y la conclusión. Los datos, al apoyarse sobre una ley, adquieren el estatus de argumento y la proposición el estatus de conclusión<sup>93</sup>. Evidentemente, el destinatario de la argumentación puede rechazar ese dato pero entonces tiene que justificar el rechazo y la carga de la prueba será responsabilidad de él. Desde el punto de vista concreto de la argumentación, entendida como *interacción*, una proposición resulta refutada cuando ha sido abandonada por el proponente. Dicho de otro modo, una proposición ha sido refutada cuando se constata que desaparece de la interacción. La operación argumentativa desempeña un papel al menos formal en la toma de decisiones, porque ayuda a construir una respuesta a tres tipos de preguntas: ¿se debe creer esto? ¿Qué se debe hacer? ¿Se debe hacer eso y está bien? De ello se desprende que los hechos son ciertamente así y que es necesario realizar determinada acción<sup>94</sup>.

La argumentación respecto de los dictámenes puede confundirse con las personas que los realizan. No se trata ya entonces de demostrar la consistencia de una proposición dentro de un contexto, sino de revelar que esa proposición es legítima o ilegítima, dado un sistema de creencias y de valores que sirve de referente<sup>95</sup>. Se producen así razonamientos sobre la

---

<sup>93</sup> *Ibíd.*

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> *Ibíd.*

verdad o coherencia de un pronunciamiento, acción o afirmación, y sobre su legitimidad, teniendo como referencia las características negativas o positivas particulares de las personas que las sostienen, de modo que la discusión sobre el problema se traslada a la discusión sobre el argumentador<sup>96</sup>. Una manera de lograr este traslado consiste en poner a la persona en contradicción, en sentido moral o intelectual; en cualquier caso, se trata de argumentar dentro del sistema de creencias y valores del adversario, para crear, de ese modo, una disonancia<sup>97</sup>.

Del mismo modo se aprovecha el argumento de autoridad, cuando a manera de evidencia se está a favor de una enunciación por el hecho de que ha sido expresada por un autor o un individuo autorizado y reconocido, que ofrece el prestigio necesario como para apuntalarse en él. La razón para aceptar lo razonable ya no se busca en la justeza, en la coherencia con un determinado mundo, tal como es o como debiera ser, sino en el hecho de que lo asiente o no una persona famosa que funciona como garante de esa justeza. Este punto de vista va más allá de ser una buena fuente para las afirmaciones o la demostración de competencia, porque descansa en citar algo que ha sido afirmado por otro, y de esta manera se presenta como argumento de autoridad, y sirve para derogar otro argumento cargado con menos poder.

---

<sup>96</sup> *Ibid.* En la Sentencia de Tutela 1127 de 2001, el magistrado ponente Jaime Araújo dedica buena parte de la argumentación a descalificar el contenido del peritaje de Esther Sánchez Botero, al punto de que el magistrado Manuel José Cepeda en el salvamento de voto, presenta un desagravio a la labor de la antropóloga: “[...] a la contribución y la seriedad de la perito consultada por la Corte, la descalificación de la cual es objeto su concepto”.

<sup>97</sup> PLANTIN, *op. cit.* Es evidente el uso de esta estrategia de poder en la Sentencia de Tutela 1127 de 2001. El magistrado ponente Jaime Araújo, desconociendo la institución *reclusión reservada* de los *nasa*, y después de hacer sentir a la autoridad indígena “injusta”, “incivilizada”, y obligado a que actué como él desea que lo haga frente al caso de un joven ladrón, exalta sus diferencias con la perito contraponiéndola a la “razonable decisión tomada por esta autoridad”.



### 3

## Antecedentes históricos del peritaje antropológico

Una primera aproximación al derecho indígena la tuvimos en la década de los setenta, cuando la aplicación de la ley nacional era absolutamente rigurosa, formal, injusta, discriminatoria contra los pueblos indígenas.

Encontrábamos cien indígenas paeces detenidos en la cárcel de Quibdó por quince, veinte, treinta años, a veces las sentencias los condenaban a diez años cuando habían pagado treinta, y un procedimiento reiterado para demostrar que sí había justicia era el de imponer las penas máximas a estas gentes a quienes nadie asistía. Empezamos a hacer un tipo trabajo que en ese momento no fue muy entendido por algunos sectores, incluso del propio movimiento indígena, que pensaban en la necesidad de privilegiar la lucha política por la recuperación de las tierras frente a estos casos y a esas tragedias individuales.

Con fundamento en ese acercamiento, se combinó el trabajo de acompañamiento a las organizaciones en su recuperación de tierras y en sus diferentes programas, con la defensa de indígenas, mediada por las peticiones de las autoridades, por el aval, en muchos casos, de sus propias comunidades, que solicitaban esa intervención.

Así surgió el peritazgo antropológico como un instrumento de entendimiento, de conocimiento, de acercamiento y comprensión de otras lógicas jurídicas, de otras formas de ver el mundo, de otras formas de actuar, de lo diferente.

MIGUEL VÁSQUEZ LUNA

La aplicación del monismo jurídico a los indígenas es una de las características que formalmente identificaron al Estado monocultural hasta 1991. Se trató de la sistemática imposición a los pueblos indígenas, de principios y formas de organización de la vida social, manejo de recursos públicos, control y solución de conflictos, cuyas estructuras y enfoques no necesariamente coincidían, ni total ni parcialmente, con los derechos propios de estas comunidades. Los indígenas eran juzgados y castigados a partir de valores culturales

ajenos y, por consiguiente, jurídicos, y se les despreciaba con el objeto de demostrar una eficacia inexistente del derecho, encarcelándolos por años, o simplemente devolviéndolos a sus mundos al clasificarlos como salvajes, con el fin de afirmar su inferioridad, que era contrastada con prepotencia y hegemonía. Los casos más frecuentes a finales de los setenta y la década de los ochenta que sí ponían a pensar a los jueces, se encontraban en el derecho penal: los asesinos indígenas afirmaban abiertamente la existencia de los brujos, por ejemplo, y también confesaban la autoría del delito con toda tranquilidad, ya que este generalmente era autorizado por la propia comunidad como medio para erradicar la fuente de un mal. Las prácticas rituales de iniciación de los niños y jóvenes, el trato a los calificados como “hechiceros” con capacidad de hacer mal, la forma de ver y clasificar a los gemelos y de tratar a los huérfanos, los diversos modos de organización de la vida social respecto del matrimonio o la definición de parientes, las condiciones para pensar y repartir la herencia o la prohibición a las mujeres de hablar con extraños, también se alineaban y establecían, para el derecho del Estado, como prácticas inapropiadas, delitos aberrantes y desconsideraciones humanas provenientes de salvajes.

Este fenómeno obligó en Colombia, en los años setenta, a impulsar un proceso de reforma legislativa tendiente al reconocimiento de la diversidad cultural. Sin embargo, esta reforma se sustentaba en la idea evolucionista expresada en la Constitución entonces vigente, que hablaba de “sociedades en proceso de ascenso”, y que clasificaba a los indígenas en salvajes, semisalvajes y civilizados, estadios que había que considerar en el momento de ponderar un hecho considerado antijurídico<sup>1</sup>. El experto para medir esta condición de incorporación o no a la vida civilizada de un sujeto trasgresor era un psiquiatra, que determinaba si ese sujeto era inimputable, o si su grado de civilización lo acercaba a los “maduros”, “civilizados”, identificados con la capacidad de distinguir la antijuricidad de una acción a partir de los referentes culturales de Occidente.

La propuesta de encontrar en culturas distintas otras causas y justificaciones que permitían a un sujeto situarse para actuar de un modo no solo deseable y preferencial sino obligatorio, dio espacio al saber antropológico, que desde 1975, con el abogado Luis Fernando Vélez en

---

<sup>1</sup> Ley 89 de 1890, demandada por inconstitucional y derogada por la “Sentencia C-139” de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, buscó, efectivamente, comprender e interpretar en las actuaciones catalogadas como *antijurídicas*, la comprensión o no del sujeto sobre un hecho antijurídico. Sin embargo, esta determinación no necesariamente revelaba en sí misma una respuesta completa para poder comprender una valoración, es decir, la violación o no de una norma establecida, o sea, la antijuricidad de un hecho. No bastaba con que un indígena pudiera conocer la norma, sino cómo ese conocimiento habría de darse desde los referentes de la propia sociedad a la que pertenecía el indígena, porque era en esta en donde se configura una diferente concepción del mundo, que no podía comprenderse necesariamente por extensión de los referentes de una sociedad externa.

Como estrategia, los jueces que debían juzgar a un indígena acusado de “infractor”, se apoyaban en la interpretación antropológica a partir de la crítica a la utilización de peritajes psiquiátricos para examinar a los actores indígenas envueltos en ciertos hechos. Este programa dejó una importante huella, porque su implementación durante dos décadas abrió las puertas al reconocimiento y la valoración de los sistemas indígenas de derecho propio, base para su legalización y oficialización posterior en la constitución de 1991. Esta experiencia permitió también diferenciar tres asuntos fundamentales respecto de las actuales discusiones sobre el pluralismo jurídico. El primero se refiere a que si bien en toda sociedad existen personas y grupos que muestran facetas disidentes y se expresan de otros modos al realizar prácticas distintas a las establecidas por el derecho propio, estas manifestaciones no pueden ser catalogadas como equivalentes a los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas. El caso es similar al de las prácticas de regulación entre ciudadanos, que manifiestan diversidad de decisiones y resoluciones coercitivas, de forma paralela al Estado dominante, y que buscan, a veces, ser y hacer el Estado. Estas prácticas son, cuando más, salidas desde la sociedad misma para liquidar conflictos y encuentran en la expresión *justicia comunitaria* el concepto que las describe bien. En segundo lugar, todas las actuaciones de las personas o grupos indígenas no son culturales y, por ende, no pueden clasificarse, en caso de ser examinadas por jueces de la jurisdicción ordinaria, como errores de comprensión cultural. Ambas situaciones son muy distintas a la de la imposibilidad de comprensión que puede tener un sujeto indígena o las autoridades de un pueblo indígena en donde se comparten cognitivamente referentes normativos que determinan unos valores y unos modos de actuación. Confundir estas situaciones puede llevar a resultados falsos o inexistentes. En tercer lugar, es claro que desde el punto de vista dogmático, muchas son las dificultades para determinar con precisión la diferencia entre la evitabilidad y la inevitabilidad del error, es decir, si un sujeto, configurada su subjetividad como portador

de una cultura, puede reprimir o controlar un acto, en función de estipular la culpabilidad. Esta determinación no puede fundarse en que se ha violado el deber de comprensión que ha de ser común para todos los nacionales, sino en que no se ha hecho uso de un derecho concreto para que se penetre en las razones culturales que determinan ciertas acciones y que son la base para abstenerse de emitir sentencias injustas.

Los encuentros entre jueces y actores de los casos que salieron de las comunidades, y que contaron con un peritaje antropológico, ampliaron en los jueces una modalidad distinta para abordar los casos desde la jurisdicción ordinaria. Estimar y resguardar la existencia de los derechos propios de cada sociedad culturalmente distinta y abocar las limitaciones del derecho estatal para interpretar ciertos hechos mostró la capacidad de comprender realidades no obvias para el propio derecho, entendimiento sin el cual no habrían conseguido actuar como lo hicieron estos jueces.

El aporte conceptual del error culturalmente condicionado, aunque involucra una cimentación puramente dogmática que permite abordar de modo práctico la coexistencia y valoración en positivo de distintos ordenamientos jurídicos, fue una salida todavía dentro del Estado monocultural; sin embargo, representó un avance significativo en el tratamiento jurídico-penal de los indígenas y, por ende, en la configuración del pluralismo jurídico legal y oficializado, pues evidenció esos otros órdenes jurídicos asentados en culturas distintas, que resultaron imposibles de ignorar por la nueva Constitución.

La gran influencia de Eugenio Zaffaroni<sup>2</sup> en la década de los ochenta en Colombia, hizo posible que se llevara a cabo una detenida reflexión acerca del tratamiento jurídico penal de los indígenas como inimputables. Hernán Darío Benítez, gran difusor de las ideas de este intelectual en Colombia, afirma que

*[...] este sello se da cuando en derecho penal se habla de indígena, en sentido estricto, designando con este vocablo a un individuo, a una persona que en situación concreta resulta incapaz de actuar conforme a los valores subyacentes en nuestra normativa jurídica, no por*

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Editar, 1973, y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 1979.



*insuficiencia psíquica o inmadurez psicológica, sino porque sus propias pautas culturales le hacen imposible o difícil la comprensión de las nuestras, sin importar para ello que hable el idioma propio de la comunidad hegemónica o que haya vivido con algunos de sus miembros que se reputan civilizados. Se trata de identificar una situación de bloqueo, de incomunicación entre culturas, que se manifiesta en un individuo o grupo, y que lleva, a veces, a cometer lo que dentro de nuestra comprensión del mundo se denomina un acto ilícito<sup>3</sup>.*

Esta reflexión, determina las diferencias entre el conocimiento que un sujeto tiene, por ejemplo, de la existencia de los brujos, conocimiento que está relacionado con las nociones de *daño* y que se unen a un juicio valorativo: “¡Hay que eliminarlos!”. También cuando un sujeto se encuentra cuestionado por actuar antijurídicamente, ya que es posible examinar el hecho desde el contexto cultural al que pertenece ese sujeto, es decir, los conocimientos compartidos, y determinar el error de comprensión culturalmente condicionado, el cual, según la propuesta de Zaffaroni<sup>4</sup>, permite eludir la absurda teoría, según la cual, los indígenas son inimputables o se hallan en estado salvaje, estación evolucionista identificada con lo incontrolable, lo no normado y, por tanto, lo peligroso.

La clasificación de los indígenas como inimputables si se encuentran en estado salvaje, como semisalvajes si están en proceso de reducción a la vida civilizada o civilizados si están definitivamente reducidos a la vida civil, establece que para semisalvajes y civilizados sí se aplican las leyes de la República, según la Ley 89 de 1890, artículo 1. Esta es la manifestación de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a los portadores de las culturas indígenas. Este criterio, aplicado durante años, violó la igual dignidad de las personas y de las culturas a las que estos sujetos pertenecían.

El magistrado ponente Carlos Gaviria examina la política de Estado frente a los indígenas en el marco del derecho penal<sup>5</sup>. El cambio constitucional que se genera para corregir

---

<sup>3</sup> BENÍTEZ, Hernán Darío. *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano. ¿Imputabilidad o inculpatibilidad?* Bogotá: Temis, 1988.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, *Teoría*, op. cit.

<sup>5</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-496”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996.

precedentes tan excluyentes y discriminatorios representa una edificante ruptura con el Estado colonial.

*Tradicionalmente, el indígena era considerado como un menor de edad, un salvaje que por su clara posición de inferioridad ante el hombre blanco debía ser civilizado y sometido a una tutela paternalista. Dentro de esta perspectiva fueron promulgadas normas como la Ley 11 de 1821 que lo exoneraba de los costos que suponía un proceso, asimilándolo “a los demás ciudadanos considerados en la clase de miserables”<sup>6</sup>.*

O la Ley 153 de 1887 que establecía, entre otras disposiciones, que los “bárbaros” que hubieran sido condenados a pena corporal y durante el cumplimiento de esta fueran catequizados y bautizados, podrían pedir rebaja de la pena. La Ley 89 de 1890 reafirmó la idea de *minusvalía* de estos pueblos, pero abrió la posibilidad de una legislación especial para los indígenas “que fueran reduciéndose a la vida civilizada”. Para ello creó un fuero legislativo especial, cuya titularidad correspondía al gobierno y a la autoridad eclesiástica. Por lo tanto, se entendía que las leyes de la República no serían aplicadas a los indígenas, si no que estas comunidades debían quedar sujetas al régimen de misiones y a los convenios que celebraran el gobierno y la autoridad eclesiástica. Además, se otorgó competencia a los cabildos indígenas para sancionar con penas correccionales, las faltas que cometieran sus miembros contra la moral. Posteriormente fue expedida la Ley 72 de 1892, que delegó a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal o judicial frente a los indígenas que fueran abandonando el estado “salvaje”. Ahora bien, frente a estas dos últimas leyes surgió un conflicto de interpretación, pues como las únicas conductas que podían juzgar las autoridades indígenas (cabildos), eran los actos contra la moral (artículo 5 de la Ley 89 de 1890), se entendía que los indígenas responderían por los delitos comunes ante los jueces ordinarios. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 89 de 1890 y artículo 2 de la Ley 72 de 1892, en estos casos las conductas no debían ser analizadas a la luz de las leyes penales, pues estas no podían ser aplicadas a los indígenas, sino a través de los regímenes de misiones y convenios del Gobierno con la autoridad eclesiástica<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

<sup>7</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-496”, M. P. Carlos Gaviria Díaz, 1996.

*El Código Penal (Ley 95 de 1936), establecía la aplicación de la ley penal a todos los habitantes del territorio nacional, y dentro de ellos, obviamente se entendían incluidos los indígenas. Las inconsistencias señaladas, llevaron a la Corte Suprema de Justicia a emitir decisiones encontradas. Por ejemplo, en julio de 1948, admitió la competencia de los misioneros para juzgar a los indígenas, argumentando que tanto la ley 89 como la ley 72 se encontraban vigentes; y en fallo de mayo de 1970, señaló que no existía autoridad para juzgarlos y que no cabría la aplicación de la ley penal, ni la de ninguna otra norma. Ahora bien: en los proyectos previos al Código de 1980, era evidente la preocupación del legislador por regular la conducta de quien siendo indígena, cometiera un hecho delictuoso, debido a su particular cosmovisión. Sin embargo, la solución se inclinaba a declarar al indígena como inimputable. Por ejemplo, el anteproyecto de 1974 sostenía la inimputabilidad del indígena, en una norma penal especial, independiente de las categorías de trastorno mental e inmadurez psicológica, pero limitando esta calificación del sujeto a las circunstancias particulares del caso. El proyecto de 1976, en cambio, estableció una presunción general, en el sentido de que todos los indígenas no integrados a la colectividad debían ser considerados como inimputables. Aunque en el texto del actual Código Penal no se establecieron precisiones casuísticas sobre los sujetos que debían ser considerados como inimputables, en el artículo 96 se hizo una única referencia concreta a los indígenas: [...] Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural<sup>8</sup>.*

### **De la inimputabilidad por inmadurez psicológica a la valoración de la diferencia de racionalidad y cosmovisión**

Mediante la revisión de un caso particular, la Corte Constitucional finiquita un largo debate relacionado con la inimputabilidad de los indígenas. Pese a que entre jueces y antropólogos este tema había sido abordado contribuyendo a destituir el régimen discriminatorio, formalmente se requería una redirección constitucional.

El indígena páez Libardo Guainas Finscue intenta a través de Acción de Tutela volver a su comunidad (se encuentra en la cárcel) y ser juzgado por las normas tradicionales del pueblo Páez. El actor asesinó a su compañero de trabajo, fue capturado y se le nombró un defensor

<sup>8</sup> *Ibíd.*

de oficio (fl. 4 a 9). La Fiscalía dictó en su contra resolución de acusación. Posteriormente, y dentro de la etapa probatoria del juicio, fue solicitada una valoración psicológica, con el fin de establecer “una posible inimputabilidad por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena desadaptado al medio social en que se desenvuelve”<sup>9</sup>. Igualmente, la antropóloga forense recomendó devolver al actor a su entorno cultural, para que fuera juzgado por las normas tradicionales de la etnia páez. En su opinión, el sindicado es fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento (fl. 6). El psiquiatra forense, por el contrario, consideró que Libardo Guainas Finscue, a pesar de ser un indígena apegado a su cultura, había tenido suficiente contacto con la civilización y estaba en plena capacidad para comprender la ilicitud de su acto y las consecuencias derivadas de este. Basó su concepto en el trabajo que había realizado el actor por varios años, fuera de su comunidad, en “fincas de personas no indígenas” (fl. 7)<sup>10</sup>.

Se condenó al actor a prisión, por el delito de homicidio. En la parte motiva de la providencia, y frente a la pretensión del actor de ser regresado a su entorno cultural, el juzgado determinó, recogiendo el concepto del psiquiatra forense, que el procesado no podía ser considerado como inimputable, pues en el momento de cometer el delito no padecía de trastorno mental o inmadurez psicológica que le impidiera conocer de la ilicitud de su conducta (fl.26 a 28). Al respecto, señaló:

*Se reconoce la inimputabilidad al nativo en la medida en que su alejamiento de los llamados centros de civilización colombianos le impiden compenetrarse de los fundamentos axiológicos imperantes en ellos situación que repitámoslo nuevamente, no es la que se adecua al evento sub-exámine (fl.29)<sup>11</sup>.*

## El principio de la diversidad étnica y cultural

*El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento si no una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de*

<sup>9</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-496”, M. P. Carlos Gaviria Díaz, 1996, p. 6.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

*la concepción unitaria de “naturaleza humana” [expresa el magistrado], ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino en una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. Ahora bien, este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho. Inicialmente, en un Estado liberal concebido como unitario y monocultural, la función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos. Siguiendo la consigna de igualdad de los ciudadanos ante la ley, las costumbres de cada sujeto sólo podían ser aceptadas si el sistema legal dominante se refería explícitamente a ellas y de hacerlo, las características diferenciales del individuo, que merecieran una atención especial, eran señaladas como una especie de incapacidad. Este era el caso de la normatividad frente a las comunidades indígenas, a la cual se referirá esta Corte.*

Más adelante, continua el magistrado<sup>12</sup>:

*En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo. Como ha señalado esta Corporación: “[...] El Estado Social de Derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable; la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales económicos y culturales y en términos generales, para el logro de la justicia”.*

*En el marco de esta normatividad, para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los*

<sup>12</sup> Ibid.

*derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia. [...] el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo: a. cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional. b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos<sup>13</sup>.*

### **La diferencia valorativa como directriz interpretativa en los procesos penales contra indígenas**

*Dada la vigencia del artículo 96 del Código Penal, y su particular aplicación en los asuntos de los que conoce la jurisdicción penal en relación con miembros de las comunidades indígenas, la Corte considera conveniente hacer algunas precisiones.*

<sup>13</sup> *Ibíd.*

*En primer lugar, debe señalarse que la redacción de la norma es desafortunada pues trata al indígena como un incapaz relativo, por no ser partícipe de los pretendidos “valores absolutos” de la cultura occidental. [...] El concepto tradicional de inimputable dentro de la dogmática penal, señala a un individuo carente de capacidad o aptitud para comprender la ilicitud de un acto, o de comprenderlo, para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión. Según este criterio, acogido por el Código Penal, la inimputabilidad del sujeto está dada por la disminución de sus capacidades intelecto-valorativas o volitivas ya sea por inmadurez mental o alteración sicosomática al momento de la ejecución del hecho. Así lo entendió esta Corporación, que en sentencia C-176 de 1993 sostuvo: “Aquellas personas que el derecho penal ha denominado ‘inimputables’, en efecto, se encuentran en inferioridad de condiciones síquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás. De acuerdo con estas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no solo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse. [...] Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: “retraso mental cultural”<sup>14</sup>.*

---

<sup>14</sup> Ibid.

*Ahora bien, el término con que empieza el artículo 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de “curación, tutela y rehabilitación”, que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan “sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social”. Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser “curada o rehabilitada”. En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen “naturales” en el grupo que las predica. No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que esta es producto de una DIFERENCIA valorativa y no de una INFERIORIDAD en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades<sup>15</sup>.*

Considera la Corte que

*[...] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución –directa o indirecta. Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada*

<sup>15</sup> Ibid.



*o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial—, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1°)<sup>16</sup>.*

### Los impactos iniciales del peritaje antropológico

*El peritaje antropológico realizado en Colombia, arrojó una motivación y experiencia sin precedentes en América Latina, que dio lugar a nuevas, fructíferas e impensables relaciones entre abogados y antropólogos, respecto de los frutos que traerían estos acercamientos para la realización de los cambios constitucionales promovidos en los años noventa<sup>17</sup>. Sobre esta perspectiva, la mirada de Michel Foucault fue muy inspiradora.*

Las prácticas judiciales, la manera en que entre los hombres se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos, la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas, o, si se quiere todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia, creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad, para definir tipos de subjetividad, formas de saber y en consecuencia relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas<sup>18</sup>.

En 1984, durante el Tercer Congreso Nacional de Antropología en Colombia, se presentó el primer aporte académico sobre el tema, para exaltar una nueva aplicación de la antropología

<sup>16</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “SU-510”, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel, citado por SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit. p. 82.

cultural. Allí se reflexionaba sobre cinco temas trascendentales que quedaron plasmados en la ponencia “El peritazgo antropológico como nueva forma de conocimiento”, a saber<sup>19</sup>:

1. La justificación para destituir el peritaje psiquiátrico como medio de prueba para determinar la capacidad de actuar de un individuo frente a ciertos hechos.

*La omnisciencia y sapiencia que caracteriza normalmente el sistema jurídico ordinario, radica en el influjo de un derecho que encasillado bajo un tipo de legislaciones y normatividades, excluye otras, pertenecientes a sistemas de conocimiento completamente diferentes que entrañan también racionalizaciones distintas. El antropólogo significa, en lo referente al pensamiento y conducta de una cultura, un intento y apertura para conocer aspectos que siendo diferentes comparativamente, resultan al final competitivos en cuanto a sus logros, especialmente si se los ubica frente a posiciones y visiones etnocéntricas o diversificadamente ideológicas<sup>20</sup>.*

2. La trascendental importancia que tiene la realidad social y los referentes cognitivos de cultura que determinan ciertos comportamientos en los individuos.

*Al ser el delito producto de condiciones socioculturales, entre otras, es posible etiológicamente hablar de algunas variables como movilidad, competencia, conflicto cultural, imitación, compensación, estimación de sí mismo, frustración y agresión, que permiten establecer relaciones entre el delito y las variaciones que se producen en las culturas. El hombre que trasgrede las normas de cultura de una sociedad, el actor de un delito, enjuiciado como responsable ante la ley penal, puede lograr que su acción le sea o no imputada. Sin embargo, para poder llegar a una conclusión, es necesaria la confrontación de varias ciencias que analizan y estudian la conducta del hombre, que profundizan en los distintos campos complejos e interrelacionados que conducen a la explicación del delito cometido y de la acción que significó la desviación o no de las normas de convivencia de la sociedad. Todos estos saberes profesionales a su vez son expresión de poder<sup>21</sup>.*

---

<sup>19</sup> Universidad Nacional de Colombia, 2 al 6 de octubre de 1984. Véase: SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit.

<sup>20</sup> *Ibíd.* p. 91.

<sup>21</sup> *Ibíd.* p. 98.

El hecho no se conoce a partir de las explicaciones dadas por el acusado, no se conduce bajo una racionalidad o emocionalidad humana, sino que se encara en franca polémica desde la estrategia de un saber que, desde el marco de nuestra sociedad etnocéntrica, racista y clasista, es un marco de enfrentamiento de contrarios y de desiguales. El conocimiento, dice Nietzsche, “esquematiza, ignora las diferencias, asimila las cosas entre sí y cumple su papel sin ningún fundamento en verdad. Por ello el conocimiento es un desconocimiento”<sup>22</sup>. Además, es independiente y se inserta en las relaciones de fuerza y de poder de la sociedad.

3. El valor del trabajo interdisciplinario entre antropólogos y abogados portadores de saberes distintos.

*[...] resulta difícil, para un abogado desde el campo jurídico que él conoce, tener una aproximación exacta de lo que significa abordar la cultura; para el jurista es desde el punto de vista de una norma como se analiza la conducta social. A partir de la norma enfrenta, por razonamiento silogístico, lo que constituye un hecho social desviado o delictivo y su consecuencial sanción en el plano de la justicia, la que, a su vez está pensada dentro del marco de su propia sociedad. El hombre que transgrede las normas de cultura de una sociedad, el actor de un delito, ya sea enjuiciado como responsable ante la ley penal, puede lograr que su acción le sea o no imputada. Sin embargo, para poder llegar a una conclusión, es necesaria la confrontación de varias ciencias que analizan y estudian la conducta del hombre, que profundizan en los distintos campos complejos e interrelacionados que conducen a la explicación del delito cometido y de la acción que significó la desviación conductiva o no de las normas de convivencia de la sociedad. Todos estos saberes profesionales están enmarcados en otros saberes que a su vez son expresión de poder.*

*El derecho penal, como ordenamiento jurídico que regulan mediante sanciones las violaciones a ciertas normas de cultura, no puede desarrollarse, ni profundizar más allá de sus propios límites, sin la concurrencia de ciencias como la antropología que analiza, estudia, evalúa y explica la conducta social del individuo, con base en el análisis de su propia cultura, constituyéndose así en una fuerza de conocimiento que, aunque desigual, permite confrontar y ser confrontada. Si la criminología sirve para designar un cuerpo de*

---

<sup>22</sup> Citado por FOCUAULT, Michel. op. cit., p.31.

*conocimientos científicos en torno al delito, sus causas y prevención y la prosecución de tales conocimientos, no puede hablarse de una ciencia en el sentido estricto de la disciplina que posee conceptos teóricos aceptados universalmente.*

*El ordenamiento jurídico que regula mediante sanciones las violaciones a ciertas normas de cultura, no puede desarrollarse, ni profundizar más allá de sus propios límites, sin la concurrencia de la antropología que analiza, estudia, evalúa y explica la conducta social del individuo, como variable de su propia cultura, constituyéndose así en una fuerza de conocimiento que, aunque desigual, permite confrontar y ser confrontada<sup>23</sup>.*

#### 4. La interpretación de los hechos a la luz de la cultura.

*El sistema jurídico que investiga, juzga y reprime a los indígenas haciendo abstracción, por desconocimiento del acto definido como no sancionable y particular a una sociedad, está ejerciendo un poder, el poder, a partir de su conocimiento, ¡pero no justicia! Expresamos con ello que hay dos códigos en abierta contradicción, lo cual trae implicaciones de poder ya que se caerá en un tipo de clasificatoriedad, que a menudo puede estar en desacuerdo con la que proporcionan las tradiciones culturales de que forman parte los sistemas simbólicos de los acusados indígenas. [...] Quien es juzgado por un juez que no participa de los mismos valores culturales y sistemas simbólicos, requiere del peritazgo antropológico como forma de influir en las decisiones de los tribunales de justicia<sup>24</sup>. El punto de vista de Foucault sobre la verdad jurídica es un excelente punto de partida para dilucidar la cuestión: “Las prácticas judiciales, la manera en que entre los hombres se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos, la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas, o, si se quiere todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia, creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad, para definir tipos de subjetividad, formas de saber y en consecuencia relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”<sup>25</sup>.*

---

<sup>23</sup> SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit. p. 91.

<sup>24</sup> Sin embargo, está por investigarse el efecto autónomo y la autoridad que el peritazgo representa, como estrategia de conocimiento.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 82.

5. El conocimiento antropológico como medio para establecer relaciones de poder distintas.

*Se expresaba en aquel entonces cómo el saber antropológico, más allá de enseñar diferencias culturales, se erigía como fuerza política para defender unos principios sentados en el valor de la diversidad. Decíamos:*

*“Si el peritazgo antropológico buscara simplemente traducir, enseñar o equiparar el funcionamiento de una cultura y que ello llevara a la comprensión de la situación de un acusado, se estaría ignorando la verdadera cualidad, que es la de trascender los niveles demostrativos implicando el reto de contrarios. Solo así es posible contraponer dos saberes: el del juez y el del perito que en abierta disidencia, uno a uno, discurren los pasos en la búsqueda de un conocimiento, que al estar enmarcado en la formación de ciertos y determinados dominios de saber, a partir de relaciones de fuerza y relaciones políticas en la sociedad, se presentan antagonicos. El antropólogo significa, en lo referente al pensamiento y conducta de una cultura, un intento y apertura para conocer aspectos que siendo diferentes comparativamente, resultan al final competitivos en cuanto a sus logros, especialmente si se los ubica frente a posiciones y visiones etnocéntricas o diversificadamente ideológicas”<sup>26</sup>.*

*“El desafío desde la antropología reside en el análisis de esta implicación dinámica del simbolismo, o de la costumbre, en las relaciones de cambio del poder intergrupales. Es así como las comunidades indígenas se enfrentan a través de los acusados a la sociedad blanca representada en el cuerpo jurídico que los juzga. Esta sociedad, cuya razón de ser es la maximización de su poder a través de mecanismos como la búsqueda y la toma de decisiones que conduzcan a contemplar los resultados en similares términos, se niega a una abierta relación transaccional en la búsqueda de la verdad”<sup>27</sup>.*

*“La ruptura de la normatividad para los blancos está configurada por lo que representa una amenaza a sus intereses de clase, una incomodidad a su estabilidad no económica porque generalmente no toca estos intereses, pero sí de poder y sí política. El indio invasor*

---

<sup>26</sup> SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit. p. 83

<sup>27</sup> Ibid.

*es concebido como el transgresor de un límite creado por el blanco, no en cuanto a frontera física sino en cuanto a quien ha roto una tradición de sumisión y se ha convertido en un contrario cercano no “manejable”, “entendido”, “beligerante”, “organizado”, “armado”*<sup>28</sup>.

*“La ley penal es concebida así como la obligatoriedad que tiene el indio de pagar penalmente por el daño que causa. No se maneja, contrariamente, el daño causado históricamente por el blanco al indio. El cuerpo mantenedor del orden, además, debe reparar los insucesos al blanco, mediante transacciones de cortejo, adulación y participación social, además de fortalecer los sistemas represivos que permitan impedir que se cometan actos contra los intereses de un grupo. ¿Cómo se expresa esa sanción conducente a esta normatización? En primer lugar con la reafirmación del racismo, sostenido siempre entre dos partes, pero tolerado en la medida que no se rompieron pactos sobreentendidos; la exclusión de los indios de cientos de realidades, la coacción y el ritmo lento de funciones burocráticas frente a los intereses indígenas, son algunas manifestaciones de poder ejercidas por el grupo dominante”*<sup>29</sup>.

*Ignorar al indio “volviéndolo, regresándolo a su ambiente natural” garantiza su exclusión del “nosotros”. Pero solo esta postura sostiene el antagonismo entre las dos partes: la exclusión del estudio de sus leyes en los programas de formación de los juristas en general, el manejo público de su imagen por medio de los comunicadores, que los presentan solo como los transgresores de leyes, ignorantes, desnutridos, etc., crea y sostiene una relación desigual enmarcada en la perspectiva de la inferioridad.*

*El encarcelamiento es otra práctica regresiva que busca alejarlo, controlarlo para que no haga daño y repare la acción por la cual ha sido condenado.*

*Todas las anteriores expresiones de un poder, no solo ya autorizado para “conocer”, “enjuiciar”, “condenar” sino “castigar” expresan cómo se dan las relaciones de poder.*

*Pero simbólicamente también retirando el indio, estando encarcelado, al cumplir tareas de producción agropecuaria, que solo realizan un tipo de hombres que “son para*

---

<sup>28</sup> Armado hace referencia a la guerrilla indígena Quintín Lame.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit., p. 85.

*esas actividades”, se da la relación de poder y control nuevamente, ya que no solo por el trabajo, son certificados como presos de buena conducta, otorgándoles esos certificados por la capacidad de no conflictuar y permitiendo acortar el tiempo y dirigir benéficamente o no el juicio, cuando este no se ha dado. La relación del poder que otorga beneficios a partir de relaciones de vigilancia y control es clara.*

*Estas posibilidades están enmarcadas en nuestra sociedad en la configuración y reparto del poder; es decir, de la eventualidad de que se realice la voluntad, basada en el conocimiento de quienes administran justicia a pesar de las características que antagónicamente a esta figura se presentan. Concebir a los indios como ciudadanos a ser juzgados por el aparato estatal implica un cuerpo coactivo y administrativo que busca ampliar su cobertura de monopolio al uso legítimo de la fuerza para el cumplimiento de su orden<sup>30</sup>.*

## ¿Quiénes son los indígenas jurídicamente?

En la actualidad, aún se aducen los mismos argumentos expuestos desde hace décadas y siglos. Se sigue pensando al indígena bajo los parámetros del evolucionismo, del racismo y el etnocentrismo, por lo que es tratado como inferior, bajo reglas que eliminan los principios de su verdadera distintividad<sup>31</sup>. Lo que ha de entenderse por *pueblos indígenas* no es fácil de establecer, ya que no existen convenciones unificadas frente a las materias con las que se pretende tomar contacto: se habla de “indígenas”, “tribus”, “incipientes”, “sociedades”, “comunidades”, “parcialidades”, “grupos”, todo con sus correspondientes apreciaciones culturales. Esta falta de concordancia se extiende a la Constitución Nacional: mientras el artículo 246 habla de “pueblos indígenas”, los artículos 329 y 330 se refieren a “comunidades indígenas”; lo que es una comunidad o parcialidad indígena se halla definido por la ley, si bien se trata de normas anteriores a la Constitución, no incompatibles con esta, referidas a asuntos agrarios o mineros. Aludimos al artículo 2 del decreto 2001 de 1988, que definió *comunidad o parcialidad indígena* como “conjunto de familias de ascendencia amerindia

---

<sup>30</sup> *Ibíd.* pp. 93-94.

<sup>31</sup> El primer investigador en Colombia que se adentró en el significado profundo de la relación indígena-aparato judicial estatal, es Hernán Darío Benítez Naranjo. Véase: BENÍTEZ, *Tratamiento jurídico-penal*, op. cit.

que compartan sentimientos de identificación con su pasado aborigen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos, que los distinguen de otras comunidades rurales”, y al decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), artículo 124:

*Se entiende por comunidad o parcialidad indígena el grupo o conjunto de grupos de carácter amerindio, con identificación con su pasado aborigen, que mantiene rasgos, usos y valores propios de su cultura tradicional, y formas internas de gobierno y control social que los distinguen de otras comunidades sociales.*

Si se admite que “pueblos” y “comunidades” son lo mismo en el lenguaje constitucional, y que el término *comunidad* ya se hallaba definido por la ley, cabría preguntarse a cuál de las definiciones se recurre, pues, aunque semejantes, entre una y otra hay diferencias que trascienden la simple sinonimia, con implicaciones culturales y legales propias. Hay consenso en los siguientes puntos: a) el origen amerindio; b) el sentimiento de identificación con ese origen, que ha de pervivir en la comunidad; c) la presencia de rasgos, usos, valores, formas de gobierno y control social que les son propias a esas comunidades. Pero más allá de ese núcleo común encontramos las diferencias: a) mientras el decreto 2001 se refiere a “familias”, el 2655 se refiere a “grupos”; b) el decreto 2201 utilizó la expresión “comunidades rurales” y el 2655 “comunidades sociales”<sup>32</sup>.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, Ley 21 de 1991, se aplica:

*[...] a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos*

---

<sup>32</sup> Una situación problemática es que en muchos pueblos indígenas la competencia jurisdiccional es colectiva. Es decir, quien define el conflicto finalmente es una comunidad. Los paeces y los guambianos en el Cauca, por ejemplo, tienen autoridades *tradicionales* con esta competencia, pero también como pueblo y en comunidades locales particulares. Los uwa prefieren hablar solo de *autoridades*, y han eliminado el concepto de *tradicionales*. Los embera y los paeces han considerado necesario extender esta competencia a los miembros de sus organizaciones regionales con el objeto de fortalecer étnicamente la legitimidad de las organizaciones que asumen políticamente la defensa de los intereses de sus pueblos. Las razones de esta nueva configuración son diferentes, pero los pueblos asumen la legitimidad de las organizaciones para tener competencia jurisdiccional.



*total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. [...] 3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.*

De igual forma, el convenio establece derechos específicos para dichos pueblos. Así lo señala el artículo 4º: “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. Estos derechos específicos surgen en contraposición a las normas generales y abstractas que caracterizaban el Convenio 107 de 1957<sup>33</sup>.

A pesar de la contundencia de lo afirmado, para lograr que la conciencia de su identidad sea un criterio fundamental en la determinación de los pueblos y sujetos indígenas, hay quienes piensan estas comunidades como el conjunto de flechas, plumas, encendido con piedra y chozas entre grandes selvas; sujetos y pueblos a los cuales no les llega el cambio, “el progreso”. En contraste, la condición indígena no puede ser el conjunto de fenómenos relacionados con base en una visión evolucionista, según la cual, a mayor implementación de fenómenos de otras sociedades, menor es la identidad o la cultura; los miembros de los pueblos indígenas viven hoy como indígenas modernos pero con un pasado étnico y cultural naturalizado y arraigado en su conciencia<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Dentro de los Considerandos del Convenio 107 de 1957 se establecía: “Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo”.

<sup>34</sup> SÁNCHEZ, Esther. Semilleros temáticos para la construcción de entendimiento intercultural. Inédito. ICBF 1998, Bogotá.

Pese a más de treinta años de impulsar un cambio, y a los edificantes fallos de jueces y magistrados constitucionales, sigue vigente el problema de determinar la “pureza” de un indígena para eximirlo o no de responsabilidad. Aún se busca medir la cantidad de cultura propia que porta, o la cantidad de cultura exógena que ha incorporado, con el fin de hacerlo acreedor o no a ciertas determinaciones. En los procesos de interacción para el juzgamiento de los casos indígenas, son evidentes las diferencias que llevan a determinados tratos según se piensa lo que es un indígena como individuo y las características de un pueblo indígena en su estado de “civilización” o de “evolución”. Se pide definir si el indígena sigue siendo “salvaje”, “semisalvaje” o si definitivamente ya es “civilizado”, como fuente para definir su grado de conciencia sobre lo que está prohibido en la sociedad que lo juzga, o para optar como clasificable dentro de ciertos programas que puedan favorecerlo.

### ¿Son indígenas?

Los indígenas siguen siendo pensados como seres cuya identidad ontológica está definida por nacimiento o por portar determinadas características externas, tales como el fenotipo o los vestidos y accesorios que utilizan. Pero no son considerados y tratados como seres en devenir cuya identidad no es el mantenimiento de algo inmanente y estático, sino que aparecen como invención permanente de identidad en relación tanto con el propio mundo, como con el externo. Se presentan en estas sociedades conocimientos y clasificaciones nuevas en el orden cognitivo, producto de relaciones sociales que traen cambios. Este nuevo orden está definido por otros referentes de la cultura que sirven de guía para los nuevos comportamientos, y que otorgan significaciones compartidas, no importa si provienen de un pasado linealmente sucedido, apropiado o incluso impuesto.

Frente a esta realidad, existe gran desconocimiento acerca de los conceptos de *etnicidad* y *cultura* que están íntimamente relacionados con *identidad*, lo que dificulta a muchos servidores públicos administrar los principios constitucionales y la política de reconocimiento a los pueblos indígenas. Este vacío se demuestra en la incesante aplicación de determinados supuestos sobre el individuo indígena o sobre un pueblo con una mirada retrospectiva y una caracterización esencialista, cuando lo que interesa es determinar cómo debe ser el lenguaje de relaciones y no el lenguaje de los atributos. El sujeto que porta una diferencia étnica y cultural no necesariamente puede suponer que esa calidad sea reconocida porque resulta evidente, pues puede ser completamente imperceptible.

¿Cómo estar seguros entonces de que lo percibido, conceptualizado y reconocido ayer, sigue siendo hoy un pueblo, un sistema de derecho, una justicia o incluso un indígena, todos dispositivos tipificados previamente con un sello de identidad reconocible, pese a las pérdidas, imposiciones e incorporaciones? Entonces nos preguntamos: ¿los cambios registrados por los pueblos indígenas, a partir de la asimilación a realidades impuestas externas, a la apropiación de elementos voluntariamente tomados o a lo modificado sobre la base de perspectivas endógenas, representan el borramiento de su cultura, la extinción de su identidad? Este planteamiento no parece sencillo, ya que los indígenas son pensados como seres culturales para los cuales cualquier modificación de su “tradición” por incorporación, apropiación o imposición de fenómenos externos, se considera pérdida y descaracterización de la cultura propia y, por extensión, vulneración de su propia identidad<sup>35</sup>. La identidad, que no equivale, como erróneamente se piensa, a sumatoria de fenómenos “tradicionales” como lengua, vestido, pintura facial, se da en la permanencia de un sentido implícito de identidad subjetiva y de grupo, y en relación con otros con los cuales no necesariamente se comparte.

Los jueces, funcionarios y ciudadanos en general, se endilgan el poder de *reconocerlos* o no, porque se supone que hablar una lengua, vestir de determinada manera, está relacionado con identidad. Igualmente, su examen lo hacen desde cientos de kilómetros de distancia del lugar de origen de los indígenas, o los evalúan según los años de estadía en la ciudad, lo cual provoca desentnificación y pérdida de identidad<sup>36</sup>. La sociedad mayoritaria, y en particular los servidores de las instituciones, establecen las “normas” para categorizar a las personas, así como el contenido de los atributos que se perciben como “corrientes y naturales” en los miembros de cada una de esas categorías, es decir, establecen las *calidades o atributos* que las personas deben portar para que concuerden con esta clasificación.

---

<sup>35</sup> “La organización creada por los paeces para juzgar el asesinato del alcalde de Jambaló (1996) es la forma de organización tradicional asumida para cada proceso en particular por parte de los cabildos, pero además la expresión del esfuerzo de adaptación, de este pueblo, ya que por medio de una institución que fue apropiada, busca hoy responder a las nuevas maneras que demanda la sociedad multicultural. Son clara manifestación de esta adaptación la estructura de los interrogatorios, el uso de grabadora, el consorcio de cabildos, la vigilancia de los derechos humanos por medio de una veeduría de la organización indígena propia, entre otros”. SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico para el magistrado de la Corte Constitucional Carlos Gaviria, julio, 1997.

<sup>36</sup> Véase: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-257”, M. P.: Alejandro Martínez, 1993, sobre el servicio militar obligatorio.

En la interacción, los jueces y defensores tratan a los indígenas, a los otros, según los referentes previstos, sin necesidad de dedicarles una atención o reflexión especial. Apoyándose en esas anticipaciones, se les trata pensándolos como sujetos de transformaciones que no necesariamente han sucedido y, para el caso, se les aplican normativas que no forzosamente son extensivas a ellos.

En tanto indígenas, las comunidades y pueblos cambian muchas veces por la acción de factores que no dependen de su voluntad, pero en otras ocasiones porque ellos mismos lo desean haciendo uso del derecho de autodisposición. Este deseo de cambio no puede ser desconocido con la excusa de que los derechos se conceden precisamente porque se trata de indígenas que conservan prácticas ancestrales.

Es primordial reconocer que hay excepciones, dado que también existen indígenas que han pasado por un proceso de interiorización de los elementos culturales de la sociedad receptora. Estos indígenas no deberían ser tratados como si no hubiesen atravesado por dicho proceso. Es importante que las autoridades indígenas reconozcan estas consideraciones, ya que su autonomía se deriva del hecho de ser parte de las autoridades públicas y, como tales, deben afrontar situaciones clasificatorias especiales. Una exigencia de no intervención por parte de las autoridades no indígenas puede convertirse en una invitación a la protección paternalista o a ser cómplice de ciertas arbitrariedades que debilitan el respeto por su autoridad. En este sentido, debe anotarse que en la definición de lo que es intervención se deben tener en cuenta las aspiraciones de los pueblos.

En la Sentencia T-496 de 1996, por ejemplo, no se le da tratamiento de indígena a aquel que muestra de manera evidente “la influencia de la cosmovisión mayoritaria, no solo porque la comunidad a la que pertenece, es aculturada, sino porque voluntariamente salió de ella a trabajar ‘para conseguir plata’, como él mismo lo afirma, aprendiendo el castellano e interactuando con sujetos ajenos a su cultura”<sup>37</sup>. Así, a pesar de que en este caso un individuo se afirme como páez, sea reconocido como un miembro “activo” de la comunidad, porque sigue sus tradiciones y costumbres, no puede ser juzgado por las autoridades indígenas porque, “ha trabajado para conseguir plata”, “sabe hablar castellano”, “sabe que matar está prohibido y salió de su territorio”. Esta postura pone en conflicto el derecho a la igualdad, con el derecho a la diversidad.

---

<sup>37</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-496”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996.

## Lo indígena se asocia con vivir en el territorio

En cuanto a la relación entre identidad y territorio, la demanda de inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley 48 de 1993, que establece “exenciones en todo tiempo”, expresa que: “Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar: a. Los limitados físicos y sensoriales permanentes. b. Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica”. El demandante considera vulneratorio que se eximan para acceder a este beneficio solamente a los indígenas que se encuentren viviendo en su territorio<sup>38</sup>. Aboga que la identidad de un indígena es independiente de la permanencia o no en un espacio delimitado. Afirma que este artículo 27 es una prolongación de la Constitución de 1886 que determinaba los atributos para ser indígena en dependencia directa con la residencia en el territorio, y que es viable que una persona se defina como indígena sin que tenga que residir en el territorio del pueblo del cual es miembro. Este argumento de la identidad del indígena desligada del territorio, y que corrobora la posibilidad de acceder al régimen jurídico especial mencionado, fue defendido tanto por el Ministerio del Interior y de Justicia<sup>39</sup>, como por el Ministerio Público.

La Sentencia reitera la hermenéutica aplicada en la Sentencia C-530, para darle un tratamiento desigual a los distintos:

*El principio material de la igualdad implica el tratamiento igual a los idénticos y diferente a los distintos. Para que una diferenciación sea constitucional, es preciso que se reúnan los siguientes elementos: que existan diferentes supuestos de hecho, que haya una finalidad, que la diferenciación sea racional, razonable y proporcional.*

Para la Corte, un estudio a partir del criterio anunciado permite colegir que con esta diferenciación no se viola la igualdad sino que, por el contrario, se realiza, en la medida en que a los iguales les otorga similar tratamiento –los indígenas que vivan con y como los demás colombianos no están, como estos, exentos del

<sup>38</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-058”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1994.

<sup>39</sup> En la Sentencia aparece como Ministerio de Gobierno.

servicio–, y a los diferentes confiere diverso tratamiento –a los indígenas que viven en comunidad y con su propia identidad los exime, y solo a ellos, del servicio–. Así las cosas, la diferenciación en el trato para unos y otros indígenas es constitucional por los siguientes criterios:

*Los supuestos de hecho son distintos. En efecto, mientras que unos indígenas viven en su espacio y conforme a sus tradiciones y costumbres, los otros se han asimilado a la cultura dominante en Colombia. La finalidad no es otra que la de proteger a la comunidad indígena, pues en el fondo es un estímulo para la conservación de las diversas culturas que enriquecen y enaltescen la nación colombiana. Observa la Corte que no es aceptable la interpretación negativa de esta finalidad, es decir, no debe mirarse esta norma como una ‘sanción’ para los que vivan afuera de la comunidad indígena o de manera aculturizada, pues el servicio militar ‘no es un mal’ sino un servicio a la patria en virtud de los deberes constitucionales de las personas. La medida es así mismo racional pues internamente guarda coherencia lógica, ya que a una necesidad –protección de la étnia– le aplica un mecanismo –estímulo de permanencia e identidad– que pretende directamente su satisfacción. Igualmente, la norma es razonable, pues se adecua a los valores, principios y derechos de la Constitución, ya que apunta a asegurar la permanencia del carácter pluriétnico y pluricultural del pueblo de Colombia, al tenor de los artículos 7º, 8º, 68º y 70 de la Constitución. Por último, la disposición es proporcional, porque a un objetivo concreto –protección étnica y cultural– le aplica un mecanismo adecuado –el estímulo consistente en la exención del servicio– que guarda relación de causa a efecto y no se excede en sus consideraciones<sup>40</sup>.*

### **Certificación de pertenencia expedida por las autoridades indígenas**

En relación con propiciar que el trato distinto a los indígenas “no se convierta en la burla a una obligación ciudadana, que invoca la condición de indígena cuando no se tiene”, el Ministerio Público recomendó en la Sentencia C-058 de 1994, del magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, la certificación de

---

<sup>40</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-058”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1994.

pertenencia expedida por las autoridades indígenas como prevención y, además, como mecanismo que fortalece la autoridad y autonomía interna para definir la membresía. Esta opción ha sido aplicada tácitamente por la Corte para definir si una persona pertenece o no a una comunidad indígena, y también para determinar el número de miembros de un pueblo en relación con asuntos de transferencia<sup>41</sup>.

Aunque la Corte Constitucional insiste en fortalecer y definir el trato “diferente” que se les debe dar a los indígenas según vivan aquí o allá, para clasificarlos como distintos, el resultado de la Sentencia no puede considerarse un buen derrotero para estos pueblos. Se ignora el hecho de que conserven y ostenten una identidad como pertenecientes a un pueblo, y es esta la situación de donde se deriva el reconocimiento. Otra interpretación podría dar lugar a absurdos. Por ejemplo, los estudiantes indígenas que tengan derecho, de acuerdo con convenios entre sus comunidades y las universidades públicas, a estudiar en estas últimas, lejos del lugar de residencia de su comunidad, podrían estar sujetos al riesgo de ser reclutados si se aplicaran estrictamente las consecuencias de ese fallo. El mensaje final de la norma, argumenta el magistrado, “es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y cultura”, razón por la cual, solo es aplicable la excepción a los indígenas que: a) vivan con los indígenas y b) como los indígenas, y no a los indígenas que vivan con los mismos hábitos que el resto de la población colombiana<sup>42</sup>.

En la Sentencia C-394 de 1995 del magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, se establece que los indígenas que vivan en núcleos autóctonos sí pueden ser recluidos en establecimientos carcelarios especiales, siguiendo los derroteros del Convenio 169 de la OIT. La definición de *núcleos autóctonos* es evolucionista y no guarda relación con la capacidad de un pueblo de ser distinto, aunque pueda confundirse, en apariencia, con los miembros de los pueblos mestizos. Mediante Salvamento de Voto, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz afirma: “El criterio de pertenencia a un grupo étnico es independiente del hecho de residir en un determinado lugar. La protección especial que se brinda a las comunidades indígenas no debe

<sup>41</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-934”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1999.

<sup>42</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “SC-058”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1994.

dependen, por lo tanto de un elemento aleatorio como es el territorio”. El artículo 29 del Código Penitenciario y Carcelario establece que los indígenas pertenecientes a *núcleos autóctonos* pueden cumplir penas bajo condiciones especiales.

### Si se salen de los núcleos autóctonos se transforman en blancos

En la Sentencia T-496 del 1996, el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz reitera el sentido de que el indígena es indígena en la medida que esté más o menos involucrado en su cultura, y dependiendo de la medida en que la cultura mayoritaria lo haya podido afectar. El magistrado expresa:

*No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial. No solo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y la afectación del individuo de cara a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable<sup>43</sup>.*

Los indígenas que llegan a la ciudad para sobrevivir como seres humanos, desterrados de sus territorios ancestrales, producto del impacto de un desastre natural, una calamidad pública, como la violencia, o debido a la búsqueda de nuevas posibilidades para adaptarse a la vida contemporánea y apropiarse de mejores opciones como miembros de pueblos diferentes, enfrentan un proceso de *desconocimiento*. Vivir en la ciudad significa eliminar sus sentimientos de pertenencia a un pueblo y de identidad. Estos individuos indígenas se diferencian de esos otros que llegan también a las ciudades para ocupar cargos públicos, del universitario que se vuelve artista y surge en el ámbito nacional o internacional o del estudiante que llega a la Universidad. De estos, en general, se exalta su condición como pertenecientes a un pueblo y su identidad no está cuestionada: siguen siendo indígenas en la ciudad.

Es posible también encontrar muchos otros indígenas que viven en las ciudades y que han tenido que *camuflarse* para tener una opción de vida frente al estigma social que representa

---

<sup>43</sup> Ibid.



ser indígena; individuos que desdibujaron la imagen de su condición, es decir, desecharon su vestido, su sistema religioso, subutilizaron la infraestructura de su propio sistema de derecho y organización social. En la ciudad, estos sujetos (que son conocidos como mestizos) empiezan por “disfrazarse” con atuendos estereotipados, para marcar su cuerpo con supuestos “elementos de cultura” que permitan a otros reconocer en ellos lo que no puede exhibirse y demostrarse como fenómeno de identidad. Otros, en cambio, comienzan a estudiar mecanismos para que se les reconozca formalmente su identidad individual como sujetos indígenas, para que sea evidente la existencia de un pueblo en la ciudad. El problema es – en ocasiones– cómo *parecer* lo que realmente se es para obtener este reconocimiento, dado que muchos de ellos realmente se encuentran desprovistos de las formas convencionales de cultura y, por hallarse en tierras extrañas, como mecanismo adaptativo a su existencia cultural alterna, tienen que reinventar una identidad para que su condición étnica no sea cuestionada.

### **La conciencia de la identidad indígena y la necesidad de parecer indígena**

En contraste con este determinismo territorial, la Sentencia T-254 de 1994 del magistrado Eduardo Cifuentes definió que la comunidad indígena del Tambo no se puede equiparar jurídicamente a una asociación. “La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad”<sup>44</sup>.

### **Los sentimientos y las vivencias colectivas**

Otra manera de conceptualizar a los indígenas es a partir de una singularidad propia que permite a las comunidades reproducirse y experimentar sentimientos y vivencias que trascienden colectivamente para configurar un nosotros, el cual se extiende a ciertos deberes

---

<sup>44</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-254” M. P.: Eduardo Cifuentes, 1994. Aunque el pueblo indígena que habita el Tambo se estableció en 1990 y no tiene territorio, ni ha sido reconocido, se trata de un pueblo indígena a pesar de no conservar la lengua, no poseer un territorio, ni vivir las costumbres “tradicionales” de sus antepasados. La autoidentificación como indígenas, la autoconciencia de ser un pueblo es el criterio determinante para establecer que se está ante un pueblo indígena. Adicionalmente, se expresa que un grupo lastimado por diferentes circunstancias en su condición de pueblo, puede fortalecerse mediante procesos de revitalización de la identidad indígena para acceder al reconocimiento como pueblo, a partir del capital que implica la conciencia de identidad de cada uno de sus miembros.

y derechos. Las formas de vida siempre cambian y se recrean temporal o definitivamente. Esta es una de las visiones que actúan como presupuesto del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural.

### Mayor protección a las comunidades indígenas tradicionales

Se ha fijado en Colombia la regla mediante la cual la protección que la Constitución Política otorga a la identidad e integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas tradicionales, tiende a ser más intensa en cuanto mayor sea la preservación de la identidad, los usos y costumbres tradicionales de la comunidad indígena de que se trate, de acuerdo con lo que desde fuera se defina o se piense como identidad. En este sentido, entre mayor sea el grado de aculturación, menor será el grado de protección que la Carta dispense a la integridad étnica y cultural de las comunidades. Sin embargo, el magistrado Carlos Gaviria establece en relación con las manifestaciones del debido proceso, que la “tradicción no puede ser entendida como las prácticas y los procedimientos que se hacen de la misma forma en que lo hacían los antepasados, toda vez que el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico puede ser dinámico”<sup>45</sup>.

Es importante señalar que la interiorización de elementos socioculturales y de cultura material perteneciente a otras sociedades en muchos casos es la condición necesaria para poder existir. Petrificar las expresiones de cultura que históricamente se vivieron como condición para ser reconocido es un adefesio. Puede concluirse que así como el lenguaje denotativo se orienta a buscar las propiedades de la realidad afuera, en vez de buscarlas adentro, es decir, cognoscentemente, los kilómetros de distancia de los lugares donde nació y creció un indígena no serán la medida de la capacidad del medio para cambiar los referentes relacionados con aspectos tan amplios como el cuerpo, la higiene, las clasificaciones de los alimentos o de los animales, las creencias, los temas de salud y enfermedad, el medio, los deberes y derechos, para generar un proceso de transfiguración. El número de horas, días, años, compartidos con otra cultura por parte de un pueblo o de un indígena, no serán tampoco indicadores positivos de pérdida de identidad<sup>46</sup>. Esta “visión” aplicada en

<sup>45</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-593”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1997.

<sup>46</sup> La introducción extraordinaria que hace el profesor Gerardo Reichel Dolmatoff, con reconocimiento de Claude Lévi-Strauss en el libro *Desana*, es una extraordinaria contrastación de nuestras tesis en el sentido de que la separación

concreto, define que un indígena que alcance niveles de educación por fuera de su pueblo, se vista como un campesino, como un universitario o como un ejecutivo urbano, no hable su lengua o desconozca elementos de su cultura que en todas las sociedades no está homogéneamente repartida<sup>47</sup>, ha dejado de ser indígena o está en proceso de pérdida de identidad.

### ¿Se puede devenir indígena?

A efectos de responder con peritaje antropológico a la Corte Constitucional para determinar si una mujer que nació fuera del territorio, y es hija de padres indígenas, es indígena, la entrevista con traductor a tres *mamus arhuacos* de la Sierra Nevada, permite exaltar la sintonía y claridad de los tres indígenas para determinar quién es un indígena por la forma como respondieron a las preguntas: ¿es importante que una persona nazca dentro del territorio o dentro de una familia *arhuaca* para ser reconocido como un *arhuaco*? ¿Puede un mestizo que nació fuera del territorio llegar a ser un *arhuaco*?<sup>48</sup>.

### Lo indígena no es un asunto racial

La realidad desborda lo normativamente definido. Entre los *embera chami* de Caldas hay negros reconocidos como indígenas. No están clasificados dentro de las comunidades negras reconocidas por la Ley 70 de 1993. La Corte Constitucional, en Sentencia C-169 de 2001, del magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, determinó que las comunidades negras se encuentran protegidas por la Ley 21 de 1991 (Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia); que el significado *comunidades negras*, en relación con la circunscripción

---

física de un territorio, incorporar oportunidades de otras culturas o el tiempo de convivencia en otras sociedades no son de ninguna manera razones para descaracterizar étnica y culturalmente la identidad de un indígena o de un pueblo. Véase: REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. *Desana: simbolismo de los indios tukanod del Vaupés*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1968.

<sup>47</sup> El conocimiento de mitos, botánica, culinaria, como componentes culturales, no necesariamente se reparte por igual en una sociedad. Probar que un individuo no habla su lengua, olvidó o nunca conoció la medicina tradicional, etc., no puede ser razón para descartarlo como indígena.

<sup>48</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, "Sentencia T-086", M. P.: Manuel José Cepeda, 2003.

electoral especial para disponer –vía acciones afirmativas– de dos curules en la Cámara de Representantes, no se concibe en función de su raza (refiriéndose al color de la piel negra), sino en función de su *status* en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada.

### Minorías culturalmente diversas

Además de buscar definir al indígena en diversos escenarios, tanto servidores públicos, incluidos los jueces y defensores, como colombianos en general, se preguntan qué es una minoría cultural. La Corte, en la Sentencia U-510 de 1998, ha considerado que son *minorías nacionales* las comunidades que se encuentran ancestralmente cobijadas por una organización política, social, económica y cultural distinta a la sociedad hegemónica o mayoritaria. En general, estas comunidades habitan un territorio ancestral respecto del cual tienen un fuerte sentimiento de pertenencia. Tienen su propia cosmovisión, sus normas y sus autoridades de gobierno. Finalmente, se trata de grupos que nunca han estado plenamente incorporados a la sociedad estatal o mayoritaria y que desean mantener su autonomía política y judicial<sup>49</sup>.

### Indígenas oportunistas y acomodaticios

En el proceso de socialización se educa para interactuar entre personas de acuerdo con referentes sociales establecidos, y mediante el proceso de socialización se transmiten los referentes cognitivos propios, que servirán de guía a los miembros de un grupo para actuar en relación con lo establecido y lo esperado como costumbre o como obligación. Este proceso que ha de conducir a un sujeto para tener una determinada identidad sociocultural, permite que las expectativas como individuo hacia el colectivo y del colectivo como pueblo hacia el individuo coincidan fundamentalmente.

Entre los asuntos que se socializan está el ámbito de la justicia, de manera que los sujetos transgresores son juzgados internamente por irrespetar los derroteros obligatorios que deben

---

<sup>49</sup> BOTERO, Catalina. Los retos del juez constitucional en un Estado multicultural: el caso colombiano. En: GIRAUDO, Laura (coord.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

seguir los individuos. Estos casos se resuelven por parte de las autoridades con competencia jurisdiccional y bajo los principios y procedimientos del derecho propio. Los pueblos han generado instituciones para conseguir que el derecho propio, y con este, la justicia, operen adecuadamente. Internamente disponen también de principios y procedimientos para regular a las autoridades en el ejercicio de su competencia como jueces.

Es importante recordar que aquellos pueblos desprovistos de un derecho propio, en el momento en que constitucionalmente se les reconoció oficialmente esa potestad, empezaron a crear su derecho. Algunos tomaron del derecho estatal las que hoy son sus representaciones de la justicia. Un ejemplo de esta circunstancia es el “Tribunal de Segunda Instancia del Sur del Tolima”, que sigue con rigor el derecho positivo estatal, y funciona como una apropiación funcional adaptada a sus convenientes condiciones y circunstancias.

Muchos de estos pueblos remitían los casos a la jurisdicción ordinaria de manera obligatoria, con un sentido de sobrevaloración de las autoridades de fuera, lo cual, después del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, ha ocasionado en algunos individuos desprecio por sus propias autoridades, definiendo que son las de fuera las que deben juzgar y sancionar. Del mismo modo se presentan casos de abuso de las autoridades, por lo cual, los indígenas esperan encontrar salida en la jurisdicción ordinaria a las irregularidades que se presentan internamente, y con el objeto de eludir las propias autoridades o las sanciones definidas. Los indígenas que envían casos a la jurisdicción ordinaria lo hacen entonces o como medida de protección para acceder a la justicia nacional, como estrategia para burlar las propias autoridades o para denunciar un atropello de estas.

Dos fallos de la Corte Constitucional se refieren a indígenas que circunstancialmente definen que hay vulneración de los derechos humanos individuales por la aplicación de los modos de sanción de sus respectivos pueblos, los cuales, ellos emplearon en calidad de autoridades indígenas para sancionar trasgresores. Ambos casos exhiben igualmente personalidades activas que fueron cumplidoras de sus deberes al punto de haber sido elegidas como autoridades. Uno y otro en el momento de ser llamados por las autoridades propias a juicio, y por violar el derecho propio, reniegan de estas medidas y demandan protección –vía acción de tutela–, para proteger sus derechos fundamentales.

Los peritajes antropológicos para interpretar los elementos de cultura que los hechos exhiben en los casos mencionados, fueron claves para justificar la valoración de la diferencia

cultural, el modo como operan principios y procedimientos y la posibilidad de establecer relaciones interculturales bajo el marco del pluralismo jurídico de tipo igualitario. Los casos también enseñan cómo algunos indígenas juegan a ser portadores de dos culturas a la vez a partir de su conveniencia.

## Burla a las autoridades indígenas y manipulación

Remitir el caso por parte del acusado a la jurisdicción ordinaria es un mecanismo estratégico para eludir a sus propias autoridades y obtener provecho de las decisiones de otros jueces con otros principios y procedimientos en derecho. Uno de los acusados en mención fue asistido por el defensor de oficio, quien seguramente desconocía la inconstitucionalidad de aplicar unas únicas formas de sanción propias de la justicia estatal, desconociendo las expresiones del pluralismo jurídico. El conocimiento del mundo de fuera lo aprovechó el demandante para burlarse de sus propias autoridades: el Cabildo y la comunidad, ambas instituciones con competencia jurisdiccional en esa sociedad. La forma de actuar permite colegir que él, como otros indígenas que actúan de modo similar, saben jugar entre dos mundos: pueden arreglárselas para saltar entre espacios culturales distintos con sistemas de derecho diferentes y aprovechar de cada uno exclusivamente lo que les convenga. Esta clase de “vivos” podrían confundir a los jueces para llevarlos a aplicar ortodoxamente el derecho positivo, dado que un indígena que ha sido autoridad y orientador de los derroteros sociales de su propio pueblo, expresa la ilegalidad de la pena, en este caso del cepo.

En el mes de septiembre de 1994, el actor González Wasorna y otro indígena de la misma comunidad, fueron capturados por los “auxiliares locales” del Cabildo local de Purembará, por su participación en el homicidio de Jesús Edgar Niaza Dobigama, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chamí (fl. 116). En el momento de su captura se les escuchó su versión de los hechos y se les encerró en el calabozo de la localidad, donde al parecer estuvieron amarrados con cuerdas (fl. 12). Una semana después (el 10 de septiembre de 1994) los dos detenidos escaparon del calabozo y se entregaron voluntariamente a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, argumentando que habían sido amenazados de muerte por miembros de su comunidad y que habían sido objeto de torturas (fl. 12). La Fiscalía 24 de Belén de Umbría inició la investigación correspondiente a los hechos mencionados por el actor y su compañero, nombrándoles defensor de oficio. Solo se mantuvo detenido al

señor González Wasorna; al otro se le dejó en libertad, por no haberse encontrado pruebas suficientes en su contra (fl. 12).

El 14 de enero de 1995, el Cabildo Mayor Único de Risaralda, notificó a la cárcel del distrito judicial de Pereira, donde el actor se encontraba recluso, que este había sido condenado a “8 años de cárcel” en reunión de los Cabildos locales celebrada en Cicuepa los días 2 y 3 de diciembre (fl. 11). Al conocer el fallo de la comunidad indígena, la Fiscalía que adelantaba la investigación la dio por terminada. Los representantes de la Defensoría del Pueblo radicados en Mistrató, intentaron convencer a la comunidad de que modificara el fallo y adelantara nuevamente el proceso, permitiendo la intervención del sindicato, así como de su defensor de oficio (fl. 13). Fueron programadas varias reuniones para discutir el asunto; sin embargo, los dirigentes de la comunidad no asistieron a ninguna de ellas (fl. 13).

El día 15 de febrero de 1995, en la Asamblea General de la comunidad (dirigentes y miembros), se resolvió aumentar la condena del sindicato a 20 años de cárcel (fl. 10). En dicha asamblea estuvieron presentes los familiares de la víctima, así como los del sindicato (fl. 33). Hubo consenso general acerca del aumento de la pena, nadie intercedió a favor del sindicato González Wasorna (fls. 33 y 117). La severidad de la condena obedeció, por un lado, a la calidad de la víctima, “[...] Edgar era un muchacho muy joven, honrado, trabajador, no tenía ningún antecedente ante el resguardo indígena [...]” (fl. 32) y, por el otro, a los antecedentes de “rebeldía” del actor con la comunidad (fls. 33 y 118).

En efecto, según la declaración del gobernador del CRIR, José Manuel Sucre Guasirucama, que obra en el expediente, cuando el actor fue dirigente en 1991, “[...] tuvo lesión personal allá irrespetando que él fue autoridad indígena [...] de resto, el incumplió mucho en directiva, no hacía el trabajo y mantenía tomando trago y creándose problemas” (Fl. 118). Adicionalmente, afirma que “juzgar por muchos puntos, primero maltrato de la mujer, la primera mujer de él dicen que se murió por el maltrato de él, y segundo por haber sido dirigente y asesinar compañero y porque antes de haber sido dirigente ayudó a matar a otro compañero, eso ya es irrespeto en la comunidad” (fl. 118).

Una vez los delegados de la Defensoría del Pueblo conocieron de la decisión de la Asamblea General, programaron nuevas reuniones con los miembros del CRIR, sin obtener resultados favorables, por lo que le informaron al actor que probablemente se interpondría

una tutela a nombre suyo (fl. 13). Unos días después, el actor decidió interponer la tutela personalmente (fls. 1 y 13)<sup>50</sup>.

El actor que adujo que el castigo del cepo constituía un “trato cruel e inhumano”, como dirigente no lo abordó de esa manera, y seguramente a partir de alguna asesoría legal o pensando que podría sacar algún provecho de ello, decidió acusar a su comunidad como infractora de los derechos humanos por el hecho de usar el cepo.

### **Cambio de identidad y oportunismo**

Francisco Gembuel Pechene, indígena páez, también tiene una actitud acomodaticia como González Wasorna y Pedro Juaje al ser indígenas cuando les conviene. Así lo manifiesta el peritaje antropológico realizado para el magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz<sup>51</sup>.

El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur, alcalde municipal de Jambaló. El Cabildo ordenó realizar una investigación y, posteriormente, ordenó la detención de Francisco Gembuel y de “cinco personas más, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del Alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar [...]”. Las autoridades indígenas de Jambaló, ante la gravedad de los hechos y por la calidad de miembro del actor involucrado, tomaron ciertas medidas especiales como disponer de un grupo de trabajo conformado por las autoridades de todos los cabildos, grabar los interrogatorios y nombrar un veedor de derechos humanos, miembro de la comunidad. Durante el curso de la investigación, un periódico publicó un comunicado en el cual el frente guerrillero “Cacique Calarcá” del ELN asumía la responsabilidad de los hechos. A pesar de esto, el Cabildo decidió condenar a Francisco Gembuel a sesenta fuetazos, expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios<sup>52</sup>.

Las preguntas realizadas a la perito antropóloga para examinar los hechos en los que estaba envuelto Gembuel, determinaban tres aspectos por probar: 1) si Gembuel es un indígena.

---

<sup>50</sup> Véase: <<http://www.justiciaviva.org.pe>>

<sup>51</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-496”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996.

<sup>52</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-523”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1997.



2) Si la aplicación del derecho propio empleado por las autoridades de Jambaló protege el debido proceso para investigar, juzgar y sancionar al actor. 3) El significado cultural del fuente<sup>53</sup>.

El peritaje antropológico responde a estos interrogantes y entre otros aspectos directamente relacionados con las preguntas que hace el magistrado, enfatiza en las inconsistencias que el actor exhibe, actuando bajo la figura del *brokerage*, ya que juega y utiliza una doble identidad como táctica para beneficiarse, al mostrar, según circunstancias y conveniencia, una condición de pertenencia étnica, cultural y social distinta<sup>54</sup>.

En algunos indios es claro un hábil manejo para sacar ventajas de su condición que puede garantizarle tierra por ejemplo y cierto amparo legal. Su capacidad de metamorfosis es evidente, sabiendo jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena.

Francisco Jembuel es un típico *broker* y sus declaraciones así lo expresan: En la Pág. 45, del Expediente el 20 de diciembre de 1996 respondió al juez: “Si de Jambaló. Yo soy nacido allá, claro que en alguna época estuvimos andando, con la familia pero hace más o menos 25 años que estoy radicado allí, pero yo he sido nacido allí, tengo posesiones y derechos allí en el resguardo. El resguardo es el territorio es decir donde funciona toda la comunidad indígena y yo soy parte de esa comunidad, por eso soy miembro y además estoy dentro del censo que hace anualmente el cabildo”<sup>55</sup>.

Pero el 6 de enero de 1997 menos de un mes después de su declaración, Jembuel responde a la siguiente pregunta: “Sírvese manifestar al despacho ¿si se considera miembro activo de la comunidad Páez y como prueba dicha calidad?”. “En la actualidad no, y antes si, o sea más de un año por la razón que yo tenía unas posesiones, en terrenos de resguardo entonces yo

---

<sup>53</sup> SÁNCHEZ, Esther. Concepto rendido a solicitud del magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional, “Sentencia T-523”, 1997.

<sup>54</sup> El contenido del peritaje fue determinante para informar e interpretar el contexto cultural en que el caso se desenvolvía, y también el juego exhibido por Gembuel. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T- 523”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1997.

<sup>55</sup> Expediente, p. 7.

probaba esa calidad de ser miembro activo porque el cabildo elabora un censo y yo aparezco en el censo, pero en el momento considero que no tengo interés dentro del resguardo y solo tengo mi vivienda que en la actualidad habito”<sup>56</sup>.

Queda en el expediente la declaración de Jesús Piñacué como indígena páez y presidente del Consejo Regional Indígena del Cauca: “[...] que no sea indio por conveniencia”<sup>57</sup>.

### **Eludir a la autoridad propia para obtener bienes matrimoniales**

Otro caso de un indígena oportunista se presenta con el objetivo de que el juez de familia de la jurisdicción ordinaria defina la separación de bienes que corresponden al hombre, a sabiendas de que el derecho propio se rige por principios menos favorables que el 50% que le corresponde a cada uno de los esposos de la sociedad conyugal. Conociendo la autoridad indígena la decisión del juez, increpa y corrige su competencia y define darle el 100% de los bienes a la mujer, ya que ella es la que los ha trabajado y el hombre cuenta con tierra de su patrilocalidad para trabajarla<sup>58</sup>.

### **Los grandes cambios frente a la inimputabilidad**

Tanto para los jueces, como para los magistrados y defensores, los peritos antropólogos y los peritos miembros de las propias comunidades han determinado cuándo se trata de un indígena que vive en la comunidad o fuera, si fue expulsado y perdió sus derechos por una medida interna, o si ha tomado la decisión de no seguir siendo indígena. Han revelado frente a determinados hechos esta tipología diferencial que efectivamente se da en la realidad, y que contribuye muchas veces a exaltar la complejidad que el horizonte de lo indígena tiene. Precisar en hechos estas diferencias ha logrado introducir contenidos epistemológicos paradigmáticos para un nuevo razonamiento judicial en el marco del pluralismo jurídico. Este es el

---

<sup>56</sup> Expediente, p. 12.

<sup>57</sup> Expediente, p. 156.

<sup>58</sup> Caso narrado por un participante nasa en el taller de formación sobre jurisdicción especial indígena. Caloto, Cauca, 2000.

mayor aporte, ya que contribuye a alterar referentes inaplicables a estos individuos y pueblos. Presentamos algunos ejemplos que si bien son recogidos en campo no responden a casos específicos:

El caso de un indígena que vive en la comunidad: el señor Daiber Osonique es indígena desplazado del pueblo Senú y vive en la comunidad establecida en Cartagena. Para obtener recursos económicos se empleó en un restaurante y al ser llamado a prestar el servicio militar aduce su condición de indígena.

El caso de un indígena que vive fuera: vive desde hace catorce años en la capital, pero es indígena wayuu.

El caso de un indígena que fue expulsado y perdió sus derechos por una medida interna: un cubeo que acabó con la casa de los peces, porque pescó con barbasco y arrazó la comida para los habitantes de la rivera del río, sabe que lo descubrieron y que ello tiene graves sanciones como brujearlo hasta que muera. Se fuga de la comunidad para salvarse.

El caso de un indígena que ha tomado la decisión de no seguir siendo indígena: “En verdad nací wayuu y me declaro responsable por tráfico de drogas. Hace mucho decidí no seguir siendo wayuu”.

## Derecho individual en conflicto con el derecho de un sujeto colectivo

Otra variable considerada para el juzgamiento de los casos es “la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad”.<sup>59</sup> En contraste, la Corte y los defensores han tenido que ponderar si la protección de los derechos fundamentales de un individuo indígena afectan y cómo los derechos fundamentales de un pueblo en calidad de sujeto colectivo de derecho. Igualmente, si la protección de un derecho fundamental al pueblo indígena como sujeto colectivo de derecho, vulnera el derecho fundamental de un individuo indígena.

---

<sup>59</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-139”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996.

## La extensión de las propias categorías del investigador a los hechos

Un peritaje antropológico resulta de la interpretación cultural de los hechos. Si los hechos se examinan a partir de los propios referentes de cultura, o del llamado *sentido común*, es posible que se obtengan resultados distintos al examen del investigador despojado en lo posible de sus propios referentes. Aunque es tarea difícil, existen métodos antropológicos para obtener información y para realizar control de las interpretaciones subjetivas que permiten afirmar que se trata de la perspectiva del otro.

# 4

## ¿Mediación, tercer lado o intromisión?

Entre las diversas motivaciones para conocer el derecho como variable cultural en una sociedad específica, se encuentra la posibilidad de aplicar conocimiento antropológico como medio para contribuir a resolver conflictos y problemas puntuales producto de la interacción entre sociedades culturalmente diversas, o de posibles cambios en los derroteros establecidos por el derecho dentro de una misma sociedad. Cada sociedad tiene sus nociones y hace afirmaciones de lo que es el derecho, de cómo opera y de cómo los miembros de esa sociedad particular están relacionados con este. Cuando un solo derecho, de manera hegemónica, extiende esas nociones, creencias y modos de operar a otras sociedades y es impermeable para contener otras nociones particulares, está imperando por medio de relaciones de poder desiguales. Esta estrategia colonizadora se asienta en la idea de que ese derecho hegemónico es capaz de interpretar otras maneras de ser en sociedad y puede entender hechos y cualquier fenómeno jurídico, porque tiene la capacidad de presentarse como portador de los principios de verdad. Este tipo de interacciones son contrastadas y resistidas por otras concepciones disconformes que, como proyecto intelectual y político, se comunican con argumentos, para quebrar y desarticular esa postura, y se plasman en actuaciones y diferenciados discursos que, en competencia, abren camino para informar lo que es el derecho y su papel en otras sociedades.

### ¿Qué es la prueba?

La prueba es el instrumento que tienen a su disposición las partes, para determinar (por parte del juez o el defensor<sup>1</sup>) en un proceso, si se pueden o no considerar verdaderos los

---

<sup>1</sup> Fuera de texto.

enunciados relativos a ciertos hechos en cuestión. Se trata de ponderar si se logró una aproximación (razonablemente aceptable) a la realidad de los hechos. Una decisión puede ser justa (certera) si se apoya en la determinación de la verdad como correspondiente a los hechos, los cuales adecuadamente probados constituyen el soporte para llegar a la solución de los conflictos y litigios. La motivación judicial y administrativa no solamente consigna los hechos probados, sino, sobre todo, aduce las razones en las cuales el juez (o el defensor<sup>2</sup>) se ha basado para afirmar la existencia de tales hechos, dejando constancia de las pruebas legalmente producidas, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración, como consideraciones previas<sup>3</sup>. El término *prueba* se utiliza para determinar si un enunciado fáctico se considera verdadero porque es confirmado por pruebas, y se considera falso si las pruebas lo refutan; se considera no probado si en el proceso no se cuenta con las suficientes demostraciones para llegar a la verdad o falsedad<sup>4</sup>.

La búsqueda de la verdad, aspecto central de la investigación experimental, juega diferencialmente para la antropología jurídica. La intensión de describir, predecir o interpretar hechos como verdaderos en el marco de una realidad sociocultural específica, se ha de presentar en relación con los modos de alojar acontecimientos de la vida y la verdad en las distintas sociedades, lo que tiene que ver con la interpretación efectiva de ciertos hechos que, al ser conocidos, permiten afirmar su existencia o certeza en tanto son probables.

Los conflictos culturales y normativos que se presentan en una nación multicultural, con sociedades culturalmente heterogéneas, no son necesariamente explicables y comprensibles, ni por la aproximación experimental empírica, ni por el sentido común. Aunque se vivan las costumbres culturales ampliamente compartidas por los miembros de una sociedad determinada, los individuos de esa sociedad particular no necesariamente conocen las razones o justificaciones de estas prácticas, ni tampoco forzosamente pueden descifrar la cultura que utilizan aunque esta esté bien configurada en sus referentes mentales y sirva de base a sus actuaciones. Este hecho es similar al de una persona portadora de una enfermedad

---

<sup>2</sup> Fuera de texto.

<sup>3</sup> PEÑA, Jairo Iván *Prueba judicial*, Análisis y valoración. Bogotá. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.//Consejo Superior de la Judicatura/Universidad Nacional de Colombia, 2009.

<sup>4</sup> De esta manera se considera la relación lógica mediante la cual se fundamenta la prueba-conclusión (*proof*) en la prueba-premisa (*evidence*). TARUFFO, Michele, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

que no puede diagnosticar. Igualmente, las nociones provenientes de la cultura en la que han sido formados los jueces y defensores, y que se utilizan por extensión en otras sociedades, como base y soporte para esclarecer un hecho y sancionarlo, son realidades que ameritan esta prueba judicial. Así las cosas, el perito perceptor es un sujeto capaz de explicar lo que no es necesariamente obvio o simplemente sintomático, en otras palabras, el perito dispone de criterios específicos para adentrarse en estructuras no manifiestas, para poderlas conocer e interpretar a partir de un contexto cultural<sup>5</sup>.

Las tradiciones, manifiestas en modos de vida distintos, que son objeto de deliberación cuando entran en contacto con otra sociedad, se revelan con “señales” que deben ser examinadas y definidas como aceptables o inaceptables por parte de autoridades jurisdiccionales y administrativas distintas a las de la sociedad donde surgen; autoridades con competencia jurisdiccional y administrativa que no necesariamente participan ni de la comprensión, ni de las buenas razones o justificaciones que pueden tener estas realidades dentro de una sociedad específica. Por ello, en el momento en que históricamente se abre la posibilidad de valorar sociedades culturalmente diferentes, se requiere “interpretación” de los esquemas y referentes cognitivos de la cultura de donde emergen, con el objetivo de significar lo que ellos realmente expresan en el marco de un hecho.

Los jueces, formados en el derecho estatal, no pueden interactuar necesariamente con las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional o con cualquiera de sus miembros para interpretar hechos que culturalmente son inexistentes en la propia sociedad, si no es bajo la perspectiva de que existen otras comprensiones que rigen otros órdenes y estructuras culturales, para evaluar y explicar hechos en donde se encuentran implicados miembros de una cultura específica. Estas explicaciones se constituyen en un conocimiento fundamental que permite confrontar otro derecho, pero también ser confrontados<sup>6</sup>. Además del

---

<sup>5</sup> De forma similar a una persona que padece una enfermedad pero no necesariamente tiene los criterios para establecer cuál es su dolencia, y es el médico, con base en pautas de salud y enfermedad, quien logra diagnosticarla, un pueblo que utiliza su cultura no necesariamente puede descifrarla y será, por ejemplo, un conocedor de maderas quien defina en un litigio de qué madera se está hablando.

<sup>6</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritazgo antropológico, una forma de conocimiento. En: *El Otro Derecho*. Vol. 4, N° 12 (1992); Bogotá. Aunque este artículo se publicó en 1992, se presentó como ponencia en 1985 en el Congreso Nacional de Antropología, Universidad Nacional de Colombia.

desconocimiento por parte de los jueces y defensores de la cultura y del derecho propio del implicado, que juegan significativamente o no en los hechos, el racismo y el etnocentrismo hacen que considerables veces, los indígenas, como portadores de una cultura distinta, sean tratados como inferiores.

El punto de vista de Foucault sobre la verdad es un excelente lugar para dilucidar esta cuestión:

*Las prácticas judiciales, la manera en que entre los hombres se arbitran los daños y responsabilidades, el modo en que la historia de Occidente se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras; todas esas reglas, o si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia, son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir los tipos de subjetividad, formas de saber y en consecuencia relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas<sup>7</sup>.*

Los jueces, cuando se acercan a los hechos de casos que deben ser juzgados y sancionados, provenientes de individuos o pueblos indígenas como portadores de una etnicidad y cultura diferenciadas, se hallan frente a una amplia variedad de concepciones del mundo valorables dentro del Estado multicultural. Esto los obliga a adecuarse al nuevo régimen constitucional en lo referente a la protección de la diversidad étnica y cultural y, con esta, al pluralismo jurídico legal y oficial. En este contexto, es necesario el conocimiento sobre la cultura particular para poder aproximarse a la verdad.

Tres ejemplos muestran esta necesidad de conocer mundos culturales distintos: el magistrado Ciro Angarita, para fallar la primera sentencia ante una demanda interpuesta por un indígena en defensa del sujeto colectivo de derecho, pueblo Embera Chamí de Cristianía<sup>8</sup>, envía a su magistrado auxiliar a Jardín Antioquia para obtener conocimiento sobre la comunidad y averiguar la afectación por el impacto de la carretera Troncal del Café. Por otra parte,

---

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 17.

<sup>8</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-428”, M. P.: Ciro Angarita Barón, 1992.



con el designio de conocer sobre los hechos, el magistrado ponente Hernando Herrera encarga a su magistrado auxiliar para realizar un reconocimiento en terreno y verificar con las autoridades y la comunidad reunida en una maloka, el impacto que genera en el pueblo Witoto la instalación de un radar en un cerro sagrado del Medio Amazonas<sup>9</sup>. Finalmente, para conocer sobre las diferencias entre pentecostales arhuacos y arhuacos tradicionales, la magistrada auxiliar Catalina Botero realiza una visita en terreno a la Sierra Nevada de Santa Marta. Los magistrados auxiliares, para conocer lo que intuitivamente son diferencias culturales valorables, realizaron una estrategia muy loable que dejó una huella edificante, pero también ciertos vacíos, por cuanto en todos los casos fueron a buscar lo cultural con lentes de abogados, específicamente la concepción de daño y de reparación, leyendo las señales con sentido común, pero no con los criterios provenientes de la antropología cultural<sup>10</sup>. Esta buena voluntad para conocer mediante trabajo de campo, realizando preguntas y cuestionarios para adentrarse en estos mundos distintos, tarea para la cual ningún magistrado auxiliar estaba preparado, erró en la interpretación de los hechos, y en diálogo con los antropólogos, los funcionarios demostraron no ser la fuente acreditada para obtener ese tipo de conocimiento. Las sentencias han dejado extraordinarios aportes en la aplicación rigurosa y sistemática de una hermenéutica jurídica. Los fallos son extraordinarios como legados del derecho, pero se vieron indispensablemente enriquecidos con el saber antropológico.

Desde 1980 fue explícita la necesidad de un trabajo interdisciplinario, transformador precisamente de los saberes disciplinarios.

*Quienes son juzgados por un personal especializado, con competencia jurisdiccional, pero que no participa de los mismos valores culturales y sistemas simbólicos de los implicados, requieren del peritaje antropológico como forma de influir en las decisiones que hacen estos jueces y defensores<sup>11</sup>.*

---

<sup>9</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-405”, M. P.: Hernando Herrera, 1993.

<sup>10</sup> La crítica a las once primeras sentencias de la Corte Constitucional se asienta precisamente en que no lograron adentrar en los componentes de cultura. Véase: SÁNCHEZ, Esther. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales y Políticas “Gerardo Molina” (UNIJUS)/UNIBIBLOS, 1998.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit., p. 82.

Un perito percceptor puede referirse a señales que se manifiestan en los hechos y que él distingue como especialista para advertir qué significan esas expresiones y cómo están coherentemente dispuestas en el sistema social que define a sus miembros comportamientos deseables. Implica interpretar innumerables nociones sobre las realidades que estructuran el modo de vida y dentro de este, los corpus culturales que portan los individuos y que están establecidos de manera particular como obligaciones. Dado que sobre similares situaciones que son comunes a otras sociedades, existen ciertas comprensiones que tienen los jueces y los defensores, en tanto portadores de una cultura determinada, se busca que estas comprensiones no operen como criterio de conocimiento, como fundamento de prueba, a partir de la cual, se llega a la verdad o al entendimiento de un hecho, y se tomen determinaciones, ya que esas comprensiones no son universales y habrán de considerarse formalmente como inadecuadas para la extensión de valoraciones de un hecho aparentemente igual.

### **Objeto del peritaje antropológico como prueba judicial**

Se solicita y ofrece un peritaje antropológico para satisfacer la necesidad que tienen los jueces y defensores de calificar ciertos hechos, de acuerdo con los principios y reglas previstos para tal efecto. El conocimiento antropológico, que está acompañado de la aplicación de un método, representa la posibilidad de afirmar de manera admisible para un juez o defensor, el significado de una señal y la comprensión de esta para una cultura particular, adecuadamente justificada e intersubjetivamente válida. El peritaje antropológico busca instaurar la posibilidad de establecer una verdad sobre ciertos hechos jurídica y administrativamente relevantes que se encuentran en conflicto cultural y normativo, a los cuales se les aplicarían o no las normas de una sociedad distinta como criterio decisivo de una determinación, de no mediar otra información, u otro conocimiento.

En los casos que presentan conflictos culturales y normativos es necesario definir un conjunto de preguntas por contrastar para encontrar el sentido de los hechos en cuestión. Las preguntas se hacen para establecer qué asuntos referentes a los hechos se deben constatar; qué hipótesis o suposiciones se tienen para determinar qué debe ser objeto de constatación, y someter esos interrogantes a prueba. Una hipótesis es contrastada cuando se explican los hechos objeto de la investigación mediante enunciados verdaderos. El peritaje antropológico como prueba, aporta conocimiento y razones que derivan en la comprobación de la hipótesis, para lograr una descripción aceptable del hecho. Al

brindarle respaldo inductivo, la confirmación empírica de una hipótesis la muestra como probablemente cierta<sup>12</sup>.

El derecho propio de una sociedad, sus principios y reglas previstos, localizados transversalmente y movilizados para un caso, constituye el contenido antropológico que interpuesto, aumenta en el juez y en el defensor el grado de lo que es admisible, válido y razonable, información que a su vez puede lograr la convicción y la certeza. De este modo, la credibilidad que se presenta en el juez o el defensor, puede relacionarse con el grado de conocimiento cultural proporcionado, que reviste o no relevancia para su aplicación, después de caracterizado, justificado o interpretado el hecho, según los parámetros normativos de esa otra sociedad culturalmente distinta. Así surgen los argumentos constitutivos para llegar a una determinación o sentencia.

Un sujeto que va a ser juzgado como trasgresor de las normas de cultura de una sociedad, el actor de una contravención, puede conseguir que su acción le sea o no imputada; sin embargo, para poder llegar a una conclusión, desde la jurisdicción ordinaria se hace necesaria la confrontación con otros saberes, mediante evidencias fundadas en criterios diferentes que permitan estudiar las conductas y profundizar en los distintos campos complejos e interrelacionados que conducen a diferentes explicaciones de la calificada contravención cometida contra las normas de convivencia de la sociedad que juzga al sujeto. Este saber que confronta porque examina y valora contenidos que no son evidentes, se constituye en expresión de una forma específica de poder<sup>13</sup>.

Como peritos, los antropólogos, que tienen una función distinta de la desempeñada por los operadores jurídicos, presentan las diferentes proposiciones que pueden llegar a alterar las estructuras teóricas monolíticas del derecho estatal, porque es a través de los datos provenientes de la interpretación cultural que la diferencia aflora. Por lo demás, adentran en las estructuras teóricas donde se debe materializar la heterogeneidad. Se da así un proceso mediante el cual, la noción monolítica del derecho estatal, intervenida por otros campos, disyuntivos algunas veces y alternativos otras, logra ajustarse y redefinirse. Este proceso de

---

<sup>12</sup> TWINING, William. *Law in Context: Enlarging a Discipline*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

<sup>13</sup> Esta prueba, aplicada en Colombia por la autora desde 1977, ha cumplido un importante papel interdisciplinario que ha modificado las relaciones de juzgamiento para los indígenas.

transacción mediante la prueba antropológica destituye los postulados de la dogmática y fertiliza los contenidos para la salvaguardia de los referentes heterogéneos que mantienen y fortalecen la diversidad cultural, y que se constituyen en adalides de lo que sea contrario a ese marco. El peritaje antropológico logra generar un discurso alternativo que perturba y desmorona el dogmatismo jurídico.

### El perito antropólogo como perceptor y como evaluador

En el sentido más estricto, el perito antropólogo es un colaborador técnico, un tercero en la controversia llamado para establecer las causas que originaron un hecho, su efecto y la posibilidad de determinar si este ocurrió o pudo ocurrir. Le corresponde determinar en forma concreta los puntos sobre los cuales debe conceptuar<sup>14</sup>, ya que la pericia para efectuar una prueba la realiza una persona reconocida socialmente como portadora de un conocimiento en determinada materia. Por ello, el perito puede ser *perceptor*, es decir, puede referirse a hechos frente a los cuales se percibe como especialista, así como el médico que práctica una necropsia; igualmente puede ser *evaluador* al establecer daños y perjuicios con respecto a los hechos<sup>15</sup>. Vale aclarar que los miembros y autoridades pertenecientes a los pueblos étnicamente diferenciados que tienen conocimiento sobre su propia cultura, también realizan interpretaciones sobre los hechos y han sido llamados por los jueces como peritos.

La prueba judicial antropológica resulta ser una intermediación formalmente admitida por la jurisdicción ordinaria y realizada por el antropólogo, según el caso y la situación, como perito perceptor, perito evaluador o como perito perceptor y evaluador para un mismo caso<sup>16</sup>, ya que el antropólogo está configurado por ciertos criterios aprendidos, provenientes de un sistema de conocimientos, o sea, por una serie de afirmaciones justificadas que pueden ser aplicadas.

---

<sup>14</sup> Artículo 236 del Código de Procedimiento Civil. Se enfatizan las siguientes características de la prueba pericial: debe contener el concepto profesional del perito posesionado o seleccionado por la entidad oficial correspondiente; debe ser un tercero en la controversia; el concepto pericial se debe referir a los hechos, su causa, efectos o posibilidad. El dictamen pericial debe ser tramitado bajo las normas pertinentes y con oportunidad para su contradicción.

<sup>15</sup> DEVIS, Hernando, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>16</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Peritaje en el caso de Germán Escué. En este caso se sustenta la reparación para el sujeto colectivo de derecho y no solamente para la familia de la víctima.

La prueba tiene lugar a través de la puesta en escena de una exposición que exhibe los elementos de cultura que tocan con los hechos de un caso, y que entran en disputa para alojarse como expresión legal y formal del pluralismo jurídico, y con el fin de oponer resistencia a una única manera de vivir en sociedad y de ver lo antijurídico. Adicionalmente, la prueba antropológica posibilita generar espacios de salvaguardia que permiten reconocer y valorar otros derechos insertos en modos de existencia social diferenciados. Esta disputa por instalar esos otros discursos desde el ámbito de la cultura, implica también esfuerzos intelectuales por lograr intervenir los marcos teóricos y conceptuales que definen el derecho y que determinan cómo entenderlo.

Decíamos en 1980:

*El peritaje antropológico no busca simplemente traducir, enseñar o equiparar el funcionamiento de una cultura y que ello conduzca a la comprensión de un hecho; su verdadera cualidad es contraponer dos saberes: el del juez y el del perito, que, en ocasiones, en abierta disidencia, discurren los pasos en la búsqueda de un conocimiento que, al hacer parte de la “formación de ciertos y determinados dominios de saber, a partir de relaciones de fuerza y relaciones políticas en la sociedad, se presentan antagónicos”<sup>17</sup>.*

*El trabajo del antropólogo significa, en lo referente al pensamiento y la conducta de una cultura, un intento y una apertura para dar a conocer interpretaciones que, aunque incomparables, resulten competitivas en cuanto a su valor, especialmente si se las ubica frente a posiciones y visiones etnocéntricas o diversificadamente ideológicas. La omnisciencia que caracteriza normalmente a los jueces del sistema jurídico hegemónico, radica en el influjo de un derecho encasillado en un tipo de legislaciones y normatividades que excluyen otras, pertenecientes a sistemas de conocimiento completamente diferentes, y que entrañan valores y racionalizaciones distintas<sup>18</sup>.*

La estrategia de poder que el peritaje contrapone es, metodológicamente, la posibilidad de cuestionar, en otro saber, ese saber hegemónico que busca imponerse, por desconocimiento o por desprecio y subvaloración del otro y de lo que su mundo cultural representa.

---

<sup>17</sup> SÁNCHEZ, Peritazgo, op. cit., p. 22.

<sup>18</sup> *Ibíd.*

*La prueba judicial antropológica no busca la inocencia como demostración para la no-sanción; no afirma la involuntariedad frente a un daño causado, ni la inexperiencia del sujeto, ni, mucho menos, la equiparación de objetos de sanción y represión de una sociedad con los de la sociedad a la que pertenece el cuestionado indígena. El perito busca explicar a la autoridad judicial o administrativa, el significado que el hecho implica en la integralidad de una cultura que le es ajena<sup>19</sup>.*

La prueba antropológica siempre ha de interpretar y mostrar las realidades culturales que son centrales en la valoración, el razonamiento y la argumentación probatoria de ciertos hechos por parte de los jueces y los defensores, como también de los fiscales y los procuradores.

*Para un mestizo católico existe el cielo, el purgatorio y el infierno; la posibilidad de encontrarse con el diablo le genera miedo. Le enseñaron que este era un ángel, que se rebeló contra Dios y se convirtió en un ser negro, con cachos y con capacidad de hacer daño, particularmente de hacer caer en pecado.*

*Para un puinave existen seres humanos que no tienen diferenciados los órganos para ver, oler y comer; caminan de para atrás y viven en joreta, un lugar diferente del lugar donde viven los humanos<sup>20</sup>.*

El seguimiento de una norma jurídica determina las consecuencias que deben seguir a ciertos hechos, bajo el siguiente esquema básico: “Si se da el hecho *H*, entonces se darán las consecuencias *C*”. La relación “si... entonces” corresponde a la relación normativa impuesta por la norma jurídica. La aplicación del derecho consiste, desde este punto de vista, en la determinación de las consecuencias jurídicas para unos hechos dados, mediante una decisión judicial. No obstante, son hechos cuya existencia es controvertida por las partes en un proceso. El juez tiene entonces que tomar una decisión probatoria afirmando: “El hecho *H*, ha ocurrido en el tiempo *T* y en el espacio *E*”. Estos enunciados en forma de

---

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> Entrevista personal con Melicio Cayapu Dagua, indígena puinave, para realizar un peritaje antropológico. Véase: SÁNCHEZ, Esther. Melicio Cayapu Dagua está preso mi sargento: Estado de normas, Estado de rupturas. En: SÁNCHEZ, Esther. *Antropología jurídica en Colombia. Normas formales costumbres legales*. Bogotá: Antropos, 2004.

decisión probatoria son elementos necesarios para una justificación de la decisión judicial, de modo que los problemas relativos a hechos en el derecho son determinantes para las consideraciones acerca de la aplicación del derecho y de la decisión judicial<sup>21</sup>. El peritaje antropológico informa al juez sobre un contenido cultural particular que es relevante dentro de un determinado hecho.

*Pregunta el Magistrado: “¿Qué significa el fueete para los paeces?”*

*Responde el peritaje:*

*El fueete fue introducido a los nasa en el siglo XIX por los españoles. Tiene la función de hacer sentir al infractor la sanción social que su conducta le ocasionó y además sirve como alocución a los demás miembros de la comunidad para prevenir la ocurrencia de nuevas faltas. Al momento que se les impuso el fueete debía ser pensado como concepto dentro de la realidad cultural de este pueblo. Se lo incorporó bajo el concepto de rayo (zigzag, ondulación, serpenteo) de modo que al tocar un cuerpo, debe producir en el individuo trasgresor el paso de la oscuridad a la claridad<sup>22</sup>.*

La prueba abre la posibilidad de justificar la aplicación o suspensión de las normas preestablecidas para un caso particular, con el fin de dirimir controversias y establecer responsabilidades. Dado que un hecho en cuestión corresponde al objeto de la prueba judicial antropológica, el contexto cultural contribuye a su interpretación más apropiada. Ninguna calificación ajustada de un hecho puede preverse de antemano, puede explicarse o justificarse por fuera del contexto. Aquí cabe anotar que cuando se mencionan los hechos en términos de su identificación (o se individualizan con respecto a su relevancia jurídica), no se alude a los hechos propiamente dichos, sino a enunciados que se refieren a sucesos que existen en la realidad o pertenecen a esta. Se trata, entonces, de enunciados empíricos, descriptivos de la realidad<sup>23</sup>.

A continuación, cito en extenso un caso que muestra el papel del peritaje antropológico:

---

<sup>21</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>22</sup> Sentencia 1127 de 2001, op cit.

<sup>23</sup> PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

*Pregunta el Magistrado: Si se tiene conocimiento de cómo se ejerce el derecho de defensa, ¿cuáles son las ritualidades propias de los procesos penales al interior de las comunidades indígenas, en especial las de Caldon y Pioya, territorio ancestral SA' TH TAMA KIWE del pueblo Nasa (decía Naya), qué tipo de sanciones se imponen y en qué proporciones operan las mismas?<sup>24</sup>.*

El antropólogo expone los enunciados que se refieren a cómo es la defensa en ese pueblo indígena particular, defensa que existe en su “mundo real” y que pertenece a esa sociedad particular:

*La defensa es una institución ampliamente configurada dentro del Derecho Propio Páez que debe realizarse por parte de los mismos paeces. Los miembros de este pueblo, rechazan la presencia de abogados externos formados en el derecho estatal, para actuar como defensores en casos en los cuales las autoridades indígenas y la comunidad tienen previsto cómo resolver esos asuntos. El acusado de actuar antijurídicamente, de acuerdo al Derecho Propio Páez, dispone de varias opciones para que como sujeto trasgresor ejerza el derecho de defensa. Este derecho a la defensa es pensado como: /yue gue puchsa/. Es traducido como: “un derecho que tenemos todos”.*

*Pregunta el Magistrado: Si al interior de alguna comunidad indígena [...] el procesado cuenta con la asistencia de alguno de sus miembros o quien lo auxilie en su defensa.*

*El peritaje expresa:*

*Sí. Existen dos modalidades de defensa: actuación de la persona implicada en su propia defensa o con la intervención de otros.*

*La persona acusada se defiende por sí misma. La primera posibilidad de defensa es que la persona acusada se defienda por sí misma. Esa persona expresa con palabras sus actuaciones a la autoridad competente y ofrece pruebas, si fuera el caso.*

*Un externo, otro distinto de la persona acusada ejerce la defensa. Esta segunda posibilidad de defensa se centra en el concepto /nausa/ que significa que un externo, un otro distinto*

---

<sup>24</sup> Sentencia 1127 de 2001, op. cit.



de la misma persona acusada de cometer un delito, pueda participar de la defensa de una persona inculpada. Existen varias posibilidades para que diferentes de la persona acusada, intervengan como defensores. /nausa/, traducido al páez como “ayudador de palabra”. Son reconocidos socialmente como “ayudadores de palabra” las siguientes personas o grupos:

*La fila del maíz.* Esta opción está dada por miembros de la comunidad a los que la persona acusada solicita su intervención o ellos se ofrecen a apoyarla. Tradicionalmente, los paeces tienen de manera muy interiorizada la institución del dar y recibir, la cual es enseñada sobre la base de principios comunitarios para su autoidentificación y con ejemplo cotidiano. Así, cada páez monta una especie de dispositivo (aparato y mecanismo) con las personas con las que ha interactuado de cerca, con quienes ha compartido particularmente, alimentos (carreras de maíz), trabajo en minga o trabajo rotativo y obligatorio en una institución comunitaria o cambio de mano: “Yo lo ayudo y usted a mi después”, y con servicios, que son instituciones propias vitales para que la vida cotidiana, material y espiritualmente funcione. Este dispositivo, o fila del maíz, permite que cada páez –hombre o mujer–, en el caso [de] que sea acusado judicialmente y lo requiera, cuente con la solidaridad de estos, con quienes durante tiempo atrás y mutuamente, se han venido auxiliando.

*El titán.* Un páez en tercer lugar, puede contar para su defensa con el capitán denominado titán. Se trata de una figura prominente que puede cumplir esta tarea.

*Un anciano.* En cuarto lugar, los hombres que llegaron a la ancianidad, pueden participar también de la defensa. Ellos se encuentran en un estado permanente o sea que ya llegaron a esa categoría de ancianos; no están en la de un cargo temporal como, por ejemplo, Gobernador del Cabildo. La persona acusada puede acudir a un anciano, este escucha al implicado y puede constituirse en defensor.

*Consejo de Ancianos.* El prestigio de los mayores es muy elevado en este pueblo. Por ello en quinto lugar se puede buscar a un mayor del Consejo de Ancianos que siendo aliado de la Asamblea pueda actuar como defensor.

*Comisión de Investigaciones.* Dado el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena y el fortalecimiento del derecho propio, se creó la Comisión de Investigaciones. Esta Comisión se apoya en el medico tradicional o the'wala que refuerza,

*mediante la lectura de señas en el sujeto trasgresor, el concepto de verdad. Busca demostrar la verdad que favorezca al sujeto o, si el caso lo hace responsable, se convierte en aliado de la Asamblea, la cual representa los más altos intereses de toda la comunidad.*

*La Asamblea. Los casos graves son presentados a la Asamblea comunitaria que actúa como receptora de las pruebas, como expresión del debido proceso, del equilibrio para ponderar a favor o en contra del acusado y como ordenadora de sanciones. Es posible que su rol sea también el de defensora.*

*Intervención de otro Cabildo. Un acusado puede pedir el apoyo de algún miembro o de varios de otro Cabildo para que lo apoyen en su defensa<sup>25</sup>.*

Lo declarado en el peritaje antropológico, del que se puede decir que es verdadero porque se propone informar acerca de algo que efectivamente es –existe como elemento cultural que juega significativamente dentro de los hechos–, se fortalece cuando se puede demostrar que no solamente son comportamientos “frecuentes”, sino que se encuentran registradas en la mente de los miembros de una sociedad y se corresponden con entidades lingüísticas, lo que resulta fundamental, ya que lo que se hace, se juega, se exhibe, tiene representación en el lenguaje, que constituye otro argumento para justificar una afirmación, como expresión de categorías cognitivamente compartidas.

El siguiente caso ejemplifica bien lo expuesto. El demandante interpone acción de tutela en su condición de gobernador y representante del Cabildo Indígena de la Laguna de Siberia pues considera que se le han vulnerado a la comunidad sus derechos al debido proceso, a la integridad étnica y cultural y social, a la autonomía indígena y el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afecten.

Vitelmo Velasco Campo, comunero del cabildo del cual es gobernador el demandante, trabajó como conductor de un camión entre el 1 de agosto de 1998 y el 22 de diciembre

---

<sup>25</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico para el Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Referencia oficio OPT-A 150/2006. Expediente T1.360.386 Acción de Tutela instaurada por el señor Ángel Peña contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y el Juzgado Primero Laboral del circuito de Santander de Quilichao.

de 2001. Como trabajador, instauró demanda contra el Cabildo buscando el pago de acreencias laborales.

El tesorero del Cabildo indígena, actuando en nombre de este, propuso un conflicto de jurisdicciones para que el asunto fuera remitido a la jurisdicción especial indígena. La petición fue negada por el juez de instancia y se ordenó continuar con el trámite del proceso.

El 16 de junio de 2005 se dictó sentencia en la que se condenó al Cabildo indígena de la Laguna al pago de sumas de dinero por acreencias laborales, tales como cesantías, primas, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria.

El Tribunal Superior del Distrito de Popayán conoció del recurso de apelación contra la sentencia mencionada y confirmó la decisión.

El demandante consideraba que los jueces de instancia dentro del proceso ordinario laboral no eran competentes para pronunciarse en el caso y usurparon la competencia que le correspondía al Consejo Superior de la Judicatura para decidir sobre el conflicto de jurisdicciones planteado en el proceso.

El demandante señaló que el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao incurrió en una vía de hecho

*[...] al no decretar la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción y enviar el proceso a la autoridad tradicional [...] porque usurpó la jurisdicción y actuó sin ella, lo cual implicó una serie de afectaciones a los derechos fundamentales al debido proceso, al respeto a la autonomía indígena y al ámbito territorial indígena. La decisión del juez afectó a la comunidad entera y dentro del ella a su cabildo comprometido con la comunidad.*

Así, argumenta que en el caso

*[...] el juez omitió que él no era autoridad competente para decidir el conflicto de jurisdicciones planteado por el cabildo indígena, y usurpó las competencias establecidas por el artículo 256-6 de la Constitución Política y 112-2 de la Ley Estatutaria de Justicia, olvidó que debía trasladar el proceso al Consejo Seccional de la Judicatura del*

*departamento del Cauca, para que fuera esta autoridad colegiada quien decidiera el conflicto de jurisdicción, de acuerdo con sus facultades constitucionales y legales.*

*El demandante solicita dejar sin efecto alguno las sentencias aludidas y en su lugar, respecto del proceso dejarlo “a disposición del Cabildo Indígena de la Laguna Siberia o de la Asociación de Cabildos Ukawesx Nasacxab de Caldosó”.*

Así mismo, solicita como medida provisional

*[...] ordenar la suspensión provisionalmente de los efectos de la sentencia de primera instancia de fecha del dieciséis de junio de dos mil cinco, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao y la sentencia de segunda instancia de fecha marzo diecisiete de dos mil seis proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil Laboral hasta tanto la Corte Constitucional, como órgano de cierre de jurisdicción constitucional, se pronuncie en torno de nuestra situación, pues de hacerse efectiva dicha condena peligraría la subsistencia de los derechos fundamentales de esta comunidad indígena.*

*Pregunta el magistrado ponente<sup>26</sup>: ¿Cómo entienden, perciben, abordan y definen los indígenas páez [...] los servicios o colaboraciones de un miembro de la comunidad para la misma y qué sentido tienen?*

*Responde el peritaje antropológico<sup>27</sup>:*

*Como toda sociedad, los paezes comparten sistemas clasificatorios que entrañan categorías muy distintas de tiempo, espacio, colores, ubicación de seres vivos y muertos, de seres espirituales, de formas, texturas entre infinidad de realidades. Disponen de categorías en clases, condiciones, cualidades, calidades, que están ampliamente interiorizadas como referentes cognitivos; estos son conocimientos socializados que se reconocen y que orientan*

---

<sup>26</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Expediente T1360386, Sentencia T-009”, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, 2007.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico para el magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, 2007.

*determinadas acciones a sus miembros, las cuales hacen parte del acervo cultural, porque como interiorizadas y compartidas, permiten comunicarse y generar sentido. Quiere decir que otros pueblos indígenas, o los mestizos y afrodescendientes, por ejemplo, que viven en la región, no comparten el sistema clasificatorio constituido por dispositivos que nacieron en un momento dado como los “servicios y colaboraciones”, ideas que se informaron y se volvieron culturales, es decir, en este caso se institucionalizaron.*

*[...] Los “servicios y colaboraciones” están [...] en el contexto de un grupo de personas [...] se las puede percibir e interpretar.*

*/Nyus cha peica'cha puebia nen yu/*

*“Por estima a lo más grande ven a darme una ayuda”. Esta es la traducción que para los paeces significa demandar servicios o colaboraciones. Este entendimiento, esta entidad cognitiva que se expresa con palabras frente a ciertas situaciones y de manera institucional, es cultural porque existe como representación; fue socializada a sus miembros; permite intercomunicación entre personas; mueve sentimientos y, finalmente siempre que se demanda una ayuda o colaboración se espera la correspondiente respuesta positiva que es la actuación para dar la ayuda solicitada. Representa un marco institucional de un determinado tipo, en contraste con otros que, aunque clasificatoriamente cercanos a este en calidad de instituciones, no lo son.*

*Clasificatoriamente /Nyus cha peica'cha puebia nen yu/, representa el contenido cognitivo de la institución del “dar y el recibir”, que es la más trascendental, ya que encarna “la solidaridad que es el referente cognitivo que mueve al individuo por aprecio a lo divino, a adherirse al otro”. Aquí lo “divino” es lo “poderoso”, “lo que no cambia”, “lo esencial”, esto es, “lo que sostiene el carácter de lo colectivo”, en el sentido de pueblo, de sujeto colectivo. Pueblo Páez es una representación cultural de unidad de grupo, que trasciende la sumatoria de los individuos. El respaldo, el apoyo, la ayuda y la protección al que necesita están íntimamente ligados a ese sentido de grupo.*

*Distinta a esta institución son la minga y el cambio de mano que involucran aspectos económicos pero también relacionales, fundamentales, pues fortalecen la solidaridad como principio rector de este pueblo. A pesar de existir en esta modalidad de intercambio de fuerza de trabajo un sentido de contraprestación que se expresa en el “hoy por ti, mañana*

*por mí”, lo que es fundamental es que estas instituciones refuerzan la cohesión necesaria para sentir cada individuo, que es miembro de un colectivo y para que el colectivo sea más fuerte por la constante presencia del sujeto a cumplir su compromiso. Tanto el trabajo, como el producto del trabajo tienen un carácter comunitario; la participación frente a lo comunitario no se presenta solo por la necesidad de aportación recíproca entre individuos y familias, sino ante todo porque es un asunto de afirmación y de pertenencia básicos para el individuo y para el colectivo.*

*/Nyus cha peicá'cha puehia nen yu/, es la categoría de la cultura páez, que estructura el dar y recibir como principio de solidaridad y sus expresiones en las costumbres, lo cual afecta positivamente la coexistencia de sus miembros. Las expresiones de la solidaridad entre los paeces, como elemento sostén de la cultura, permanentemente son recreadas para hacer frente a nuevas situaciones. Por ello, se dan adaptaciones para sostenerla como la base y fundamento de la más especial forma de ser. De allí, que no hacer acciones del dar, por parte de individuos, en los términos dispuestos, es porque no se comparten los principios solidarios que fundamentan al colectivo. Por lo enunciado, si alguien no actúa como lo esperado, esta situación se lee y se considera como un signo revelador de disfuncionamiento, de que algo anda mal en esta sociedad. Así las cosas, las autoridades reconocen por ciertas acciones que hacen los individuos, posturas que no contribuyen a fortalecer los principios del colectivo y las definen como una amenaza potencial.*

*La organización de la vida social páez, entorno al principio de solidaridad, del dar y el recibir, se manifiesta de modo contrario cuando no se tiene en cuenta la autoridad del Cabildo, o de los the'walas, cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde, o cuando se tiene más porque no se comparte mediante prácticas institucionalizadas como participar las primeras crías de animales, o las primeras carreras de productos agrícolas, como el maíz. Cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde algo está sucediendo y es porque no se están manteniendo vivos los principios y las consecuentes actuaciones correspondientes. De allí se sostiene que la insolidaridad genera desarmonía.*

*Los servicios y las colaboraciones no se pagan... pero sí se pagan.*

*Las representaciones mentales y los comportamientos de un individuo, no siempre son conscientes ni fáciles de explicar a través de un discurso verbal. Sin embargo ahí están.*

*Por ejemplo, se tiene una representación mental de lo que es la solidaridad, el servicio, la colaboración en la propia cultura y los códigos y requisitos definidos para que esta se de. A partir de la categoría cultural abstracta, cada cual tiene dentro de su mente individual, una representación mental de lo que es y debe ser esa determinada institución social.*

*Las normas que un individuo debe seguir son elementos de la cultura, cristalizados, que restringen y determinan la manera como se debe arreglar y realizar una ayuda, una colaboración, de acuerdo con la sociedad páez de la cual hacen parte. El concepto de **ayuda** y **colaboración** como elementos de una cultura, de esa cultura en particular, es lo que se piensa y se hace que todos reconocen como tal.*

*La imagen mental de “servicio y colaboración” no es objeto de construcción deliberada por parte de los individuos o grupos; esta se proporciona en la infancia, mediante la observación participativa y la enseñanza expresa, lo cual constituye un aprendizaje básico especial, que viene a estructurar a las personas para la rutina de la vida en colectivo. Las imágenes del servicio y la colaboración no están explícitas en proposiciones supuestas que puedan ser calificadas como correctas o no; surgen del “hacer”, de las maneras de actuar, de las prácticas habituales, de los usos y costumbres; de los métodos, procedimientos y sistemas de reglas; todo lo cual corresponde a la forma de vida. Es de esta forma de vida de donde emerge la red de convicciones<sup>28</sup>.*

*Este sustento no puede existir de tal forma, sin otro más principal y es que la sociedad páez no se orienta a promover individuos, como sujetos unitarios, dotados de independencia los unos de los otros. Este proceso de individuación es ajeno a los desarrollos intraculturales de los paeces. La estructura social se encuentra dotada de una estructura cultural que imprime el carácter de lo colectivo, del ser dependiente del entorno, naturaleza, sociedad. Ser uno y ser otro construido intersubjetivamente, es una expresión concreta de esta realidad. Similar a la de un individuo como miembro del sujeto colectivo que es una familia.*

*Pregunta el magistrado: ¿Cómo se rigen las colaboraciones o servicios de un comunero a su comunidad en la comunidad indígena Páez y si tienen algún tipo de contraprestaciones en su ordenamiento económico y social de acuerdo a sus usos y costumbres?*

---

<sup>28</sup> El diccionario trae como sinónimos, entre otros, *doctrina* y *convencimiento*.

*Respuesta. La forma de vida constituye el contexto de situaciones en la cual se actúa y se marca el carácter pragmático; es la forma en que se vive aquello que lleva a hablar de un modo establecido. Cuando los páeces definen qué es lo que van a hacer, o lo que debe hacerse, ellos comparten que no es un acuerdo de opinión, sino uno más básico que se respeta como deseable para el colectivo. Es un acuerdo del cual emergen pensamiento y acción. Este tipo de acuerdo comunitario se encuentra tan enraizado en la colectividad y en la tradición –que es lo que la gente sabe que los mayores deseaban y aún desean–, que toda desviación hacia esos propósitos, se busca enderezar. Las colaboraciones o servicios no entrañan contraprestación como ya se expresó. “No se está obligado a pagar”. Es un don que se da gratuitamente. “Pero existe tal agradecimiento que muchas veces, se traduce en la devolución de ese favor en especie y últimamente, algunos lo hacen en dinero”.*

*Las colaboraciones que hoy hacen los jóvenes a las organizaciones e instituciones formales de la comunidad, se espera que se den, porque son fundamentalmente una forma de aprender el modelo cultural del dar, pero también del apoyar y del agradecer al colectivo que realmente ofrece a sus comunitarios todas las garantías para que esa persona viva como un páez digno, por el tiempo que presta su colaboración. El páez ya adulto recibe y dispone de un pedazo de tierra, se le participa económicamente de las rondas institucionalizadas de la ayuda mutua, de los recursos en especie, de mano de obra, y también del /Nyus cha peica'cha puehia nen yu/ o sea de la posibilidad de pedir ayuda y colaboración especial, si fuera necesario. Entonces servir y colaborar es algo que todos han hecho y que permite por eso mismo que el grupo pueda responder a todos; incluso a los que efectivamente, no pueden colaborar, tales como, los enfermos, las viudas, los menores de edad o los huérfanos.*

*Nadie explota a nadie. Nadie saca ventaja para sí de otro. Esa es una realidad muy internalizada. El control social obliga a dar y a recibir para que exista un máximo de igualdad. No es válido que además de recibir las garantías materiales y de respaldo social y económico en proporciones similares, bajo instituciones que controlan el bienestar para todos o sea las necesidades y satisfactores de todos, alguien espere recibir más, pues allí esa proporción mayor debe estar distribuida entre todos.*

*Pregunta el magistrado: En el evento que surja algún conflicto entre un comunero y el cabildo indígena de la comunidad Páez del orden anterior ¿cómo es el mecanismo o procedimiento de resolución del mismo de acuerdo a su tradición y costumbre?*



*Respuesta. Las sociedades y sus referentes de cultura no son estáticas: ello significa que una sociedad, en el contacto con otras sociedades o por invención o adaptación interna, modifica maneras de pensar y actuar que, en el eje del tiempo, son posibles de registrar como nuevas representaciones culturales. La idea de unidad cultural en una sociedad no hace sino verla como algo limitado, homogéneo, cerrado y coherente, que no deja espacio para el intercambio y la transformación. Surgen conflictos, porque la cultura es una cadena de representaciones, que provienen de diferentes flujos de información cultural y en ocasiones chocan con lo propio y establecido. Estas nuevas propuestas que entrañan signos y valores distintos pueden ser aceptadas para convertirse en nuevas representaciones culturales o ser rechazadas y quedarse solo en las aspiraciones de un sujeto o de varios.*

*La presencia de nuevos valores y demandas distintas, por parte de individuos y de acuerdo con lo planteado, deben llenar unos requisitos, los cuales son básicamente pasar la prueba y tentativa de cambiar asuntos dentro de lo establecido. Estas peticiones se hacen a otros miembros y a las autoridades, que tienen el deber de examinar lo propuesto y “dejar pasar”, “ajustar” o “reprimir” esas nuevas ideas y demandas a fin de darles la posibilidad o no de hacerlas parte integral de la cultura. Una nueva idea, que se comunica puede ser exitosa y cristalizarse en la sociedad para permanecer o no como elemento de cultura, tal como ya se expresó.*

*Los paeces han dispuesto una serie de mecanismos para fortalecer su etnicidad y su cultura y, el derecho propio páez dentro de este propósito juega significativamente. Los principios y procedimientos para regular las actuaciones que hacen las autoridades indígenas, con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial, son expresión de los baluartes que este pueblo busca fortalecer: 1) el mantenimiento de un orden cultural distinto (comprensible en su real dimensión básicamente para sus miembros internamente); 2) la idea muy extendida de que los asuntos pueden ser resueltos de manera legal internamente; 3) los principios de los que dispone el derecho propio que define lo indeseable, innecesario y atentatorio del orden interno. Si personas piden pago por sus servicios o colaboraciones a la comunidad y sacan el conflicto para que sea resuelto por fuera, seguramente enfrentan dos críticas a su comportamiento: se trata de individuos que empiezan a regirse por principios distintos ya que esperan más de lo que les corresponde recibir; no están dispuestos a dar con la gratuidad que la institución exige “por lo más grande y poderoso” que es su comunidad y, no confían en sus propias autoridades para que ellas directamente arreglen el asunto.*

*Los paeces vienen manteniendo gran integridad en la elección de autoridades cabildantes, luego estos deben encarnar los principios “tradicionales” como es el dar y el recibir. Una autoridad indígena con competencia jurisdiccional y la misma sociedad, deben ponderar la magnitud del cambio que una decisión a favor de los procesos de individuación puede implicar, como es la introducción de la acumulación y por tanto de la diferenciación socio-económica para una sociedad que ha buscado proteger los derechos del colectivo y la búsqueda de la igualdad como realidad alcanzable<sup>29</sup>.*

## El tema de la verdad como acuerdo

El antropólogo jurídico que investiga la cultura en relación con los hechos responde a preguntas y las enuncia en proposiciones que toman un valor de verdad formalmente coherente y empíricamente contrastable. Desde el punto de vista filosófico, la discusión sobre la posibilidad de aprehender la realidad es un tema importante y hay una divergencia acerca de las relaciones existentes entre la verdad y el hecho, pero podría postularse que la relación menos cuestionada es aquella, según la cual, toda verdad enuncia un hecho y todo enunciado descriptivo de un hecho es una verdad. A esta relación se la conoce como *la teoría de la correspondencia*, con dos formulaciones famosas: la de Aristóteles: decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es; y la de Tarski: afirmar que “la nieve es blanca” es verdadero si y solo si la nieve es blanca<sup>30</sup>.

Hans Georg Gadamer<sup>31</sup> piensa que las ciencias humanas tienen que ver con la experiencia que se expresa mediante enunciados que pueden ser verdaderos, y con el trabajo de interpretación que consiste en “la reconstrucción del nexo espiritual de valores y contenidos de sentido”. Se trata de “comprender” y esto quiere decir “reconocer” y “reconstruir” un sentido<sup>32</sup>, teniendo en cuenta que el sujeto que conoce y el objeto por conocer están incluidos en la misma movilidad histórica.

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 4.

<sup>30</sup> MONSALVE, Alfonso. La verdad como problema del conocimiento científico. En: MONSALVE, Alfonso. *Teoría de la argumentación. Un trabajo sobre el pensamiento de Chaim Perelman y Lucía Olbrechts-Tytca*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1992.

<sup>31</sup> GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1977.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 605.

El derecho tiene como componentes y como problemas metodológicos, instrumentos como la analogía, la aproximación y la superación de las lagunas de la ley que surgen de la interpretación. Pasa que la interpretación de la ley es un hecho productor de derecho: este no es completo, tiene discordancias cuya solución, mediante la confrontación de las interpretaciones posibles, va constituyendo la teoría. La interpretación se explica, en parte, por la dimensión histórica de los sistemas jurídicos, pero no depende solo de esta. Se deriva también de la propia naturaleza de las categorías básicas que concurren en el derecho: lo justo por convención cambia, pero como ya vio Aristóteles, también se modifica la naturaleza de lo justo<sup>33</sup>. Un concepto como *lo justo* está determinado por la historia, por los hechos sociales y hasta por modificaciones psicológicas; lo que se cree verdadero variará de un tiempo a otro, en una misma sociedad y en la vida de un individuo. Adicionalmente, habrá verdades que, por su particularidad, solo podrán ser conocidas por un reducido número de personas. Perelman y Olbrechts hablan, para referirse a estos grupos, de *auditorios de élite*, auditorios estos que definirían aquello que puede ser admitido, lo que es objeto de discusión, lo que está fuera de discusión como irrecusable y aquello sobre lo que ni siquiera vale la pena discutir en un determinado dominio, en especial, en el de la ciencia, en una determinada época. Un auditorio de élite construye un corpus de acuerdos, de verdades admitidas, que serían las mismas que cualquier otro auditorio universal admitiría si tuviese la misma competencia, entrenamiento y conocimientos. En este sentido, las comunidades científicas son auditorios de élite en sus respectivos dominios teóricos. A esto habría que agregar el conjunto de creencias, más o menos arraigadas en todos los individuos de una determinada época, que se denominan el *sentido común* y que constituyen una parte muy importante de la visión del mundo de cierta sociedad. Como se puede ver, hay una multitud de creencias a las que denominamos *verdades*. Surgen, entonces, una serie de preguntas que es necesario resolver: ¿cuántas clases de verdades se pueden admitir? ¿Cómo entender la relación entre un acuerdo intersubjetivo y la correspondencia (objetiva)? ¿Cuál es la relación entre un enfoque sincrónico y uno diacrónico del problema de la verdad?<sup>34</sup>.

La calidad de estas preguntas obliga a detenerse sobre el papel que el saber antropológico juega en la producción de conocimiento, ya que sus comprensiones se han ido implantando a partir de los peritajes antropológicos, ideas que compartidas y aceptadas como verdaderas

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*

<sup>34</sup> *Ibíd.*

se vuelven exitosas porque se ajustan a las percepciones e intuiciones que en su momento permiten su admisión. Es evidente que las creencias, los modos de vida y las afirmaciones que una sociedad sostiene y con las que vive, con el tiempo se cuestionan para examinar si deben perdurar y admitirse como verdaderos o si dan cabida a renovaciones y cambios<sup>35</sup>.

Perelman y Olbrechts-Tyteca tuvieron el mérito de haber descrito el mecanismo que impulsa este cambio continuo de acuerdos: ellos lo llaman la *regla de justicia*, que se puede expresar como sigue: los hombres tienden a resolver situaciones semejantes de manera análoga a como resolvieron con éxito situaciones similares en el pasado. Con esta regla se puede explicar el proceso de adquisición del conocimiento, dado que su aceptación implicaría: a) mientras no se pruebe que una situación ha cambiado fundamentalmente, el conjunto de creencias que explica dicha situación permanece incuestionado, lo mismo que los métodos por los cuales se establece dicho conjunto; b) si se prueba que ha cambiado, se presenta una solución, que una vez establecida, se convierte en precedente, es decir, adquiere el papel del conjunto de proposiciones descrito en *a*. Lo mismo sucede con los métodos de prueba, una vez admitido el conjunto de nuevas proposiciones<sup>36</sup>. Efectivamente lo que el peritaje antropológico aporta es doble: la ampliación de referentes que permiten cambiar ese “sentido común” que da por inmodificable una élite, y nuevas proposiciones para modificar el método de una prueba.

El problema es saber si el paso de la *a* a la *b* entraña un avance en el conocimiento. Esto tiene que ver, por supuesto, con la relación entre la verdad concebida como acuerdo y la verdad concebida como descripción de lo real. En otras palabras, se trata de la relación entre la actividad intersubjetiva y la realidad objetiva. Lo primero que habría que decir al respecto es que el ideal de la objetividad consistiría en decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es, según el principio aristotélico. Lo segundo, que el ideal de la intersubjetividad, del acuerdo, consistiría en concordar en decir de lo que es, que es, y de lo que no es, que no es. Lo tercero, que el acuerdo es el resultado de un proceso. Desde esta perspectiva, habría un avance en el conocimiento si el ideal de intersubjetividad se acerca al ideal de objetividad, acercamiento que es admitido luego de haberse sometido un cuerpo de proposiciones

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos, 1994.

a determinados métodos de control, sean estos empíricos o formales, unánimemente aceptados. Lo cuarto por decir es que este proceso no tiene término<sup>37</sup>.

## El racionalismo crítico

Aunque para el derecho positivo su característica principal es la prueba positiva, para la antropología la prueba es posible por el método deductivo y busca expresar lo real, los elementos de cultura que se manifiestan en rutinas, costumbres, y que se conocen. Dentro de una concepción como la de Popper, no sería necesario oponer “comprensión” a “explicación científica”. La comprensión es resultado de penetrar en la búsqueda de un juicio, es “la comprensión de los objetos que pertenecen [dice él] al mundo tres”; los objetos de este mundo tres son inteligibles, es decir, objetos posibles de comprensión<sup>38</sup>. Popper propone distinguir entre los procesos (subjetivos) de comprensión y el resultado de dichos procesos. Por su parte, el proceso de comprensión es una sucesión de estados de comprensión, cuyo mecanismo de avance es la crítica a los estados alcanzados anteriormente. Particularmente, la comprensión histórica consiste en la reconstrucción presumible y crítica de una acción humana referida a la situación histórica en que se hallaba inmerso un agente cuando actuó. Según Popper, una reconstrucción de este tipo nunca explicará completamente una acción creadora, pero puede hacer racionalmente comprensible un accionar. Así la teoría explicativa de una acción consistirá fundamentalmente en una reconstrucción conjeturada del problema y su trasfondo. Una teoría de este tipo puede ser perfectamente contrastable. Se ofrecen explicaciones de las condiciones suficientes y necesarias para que un evento hubiera sucedido<sup>39</sup>.

*En la noche muy oscura y descansado en las hamacas cuatro hombres puinave y Otilia una mujer, ella dice: “Alguien me tocó. ¿Serán diablos, serán curripacos? ¿Qué será?”. Uno de los cuatro hombres dice: “O, ¿será Melicio? Toma una linterna y alumbra hacia la hamaca donde debe estar Melicio y él no está allí”.*

*Cuando clarea un poco porque “la luna ya está arriba”, bajan los pescadores indígenas para coger río abajo en sus potrillos. Allí se encuentran con el esposo de Otilia, Juan Vicente, a*

---

<sup>37</sup> MONSALVE, op. cit.

<sup>38</sup> POPPER, Karl. *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*. Madrid: Tecnos, 1974.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

*quien uno de ellos le cuenta lo sucedido. Juan Vicente refiriéndose a Melicio dice: “¿Quién tocó a mi mujer?” Con la escopeta dispara dos tiros al aire. Al oír esto, Melicio dice: “¡Voy a matar a Juan Vicente!”*

*Al otro día hacia las 10 de la mañana aproximadamente llega Melicio donde Otilia con un pescado grande y plateado, recién pescado, lo extiende como regalo hacia ella y le dice: “Haga comida para los dos”. Cuando Otilia ve el pescado ofrecido por Melicio le dice: “¡Usted mato mi marido!”*

*Sale a contar a sus vecinos que Juan Vicente debe estar muerto, que Melicio debió matar a su marido.*

*Juan Vicente es encontrado muerto y Melicio está preso<sup>40</sup>.*

### Lógica estándar: otras lógicas

Entre los problemas del conocimiento están las cuestiones sobre el ámbito de la ciencia ¿Qué dominios del conocer son considerados como ciencia? ¿Y qué razones se deberían dar, incluir o excluir en el dominio de un campo de investigación? Para intentar responder estos interrogantes es relevante definir lo que significan *sistemas formales no interpretados* y *sistemas formales interpretados*: un sistema formal no interpretado es, precisamente, una colección de señales que no se han estudiado como manifestación de un entendimiento formal. La pretensión de que unas señales sean la manifestación de un sistema de lógica formal, depende de que posean una interpretación, según la cuál, pueda considerarse que aspiran a incorporar cánones de argumento válido<sup>41</sup>.

El antropólogo jurídico, que busca conocimiento sobre la cultura a la que pertenece y donde se ha desarrollado un individuo infractor o no, enfrenta el problema de mostrar lo posible, lo que puede llegar a ser aunque eventual y realmente no lo sea; lo que constituye el ámbito de lo particular al proyectarse fuera de sí y adquirir en esa proyección una universalidad que nos incluye y nos permite compartirlo, no obstante no nos quepa realizarlo<sup>42</sup>. Aspira a incorporar, dice Haak, cánones de argumento válido<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> SÁNCHEZ, Melicio Cayapu, op cit., p. 12.

<sup>41</sup> HAACK, Susan. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra, 1982.

<sup>42</sup> PÁRAMO, Guillermo. Exposición oral. Seminario de la CEAD. Bogotá, julio 1992.

<sup>43</sup> HAACK, op. cit.

Para establecer explicaciones válidas, la lógica clásica y la lógica tradicional parecen ser las menos adecuadas para abordar el conocimiento de los referentes cognitivos compartidos socialmente y definidos según derechos distintos como normativamente aplicables. Parece más apropiado usar como lógica otros sistemas que fundamenten mejor y den validez a la argumentación<sup>44</sup> del antropólogo jurídico. Se refiere a diferentes tipos de lógicas modales en las que se tienen en cuenta operadores preposicionales como *necesidad*. Lógicas modales del tipo: “solía ser el caso que” en las lógicas temporales, “debe y puede” en las lógicas deónticas, “sabe y cree” en las lógicas epistémicas, “prefiere” en las lógicas de la preferencia<sup>45</sup>. Se trata de lógicas cuya semántica se aborda desde Kripke<sup>46</sup>, a través de un universo de los mundos posibles y de sus relaciones.

Los casos llevados a tribunales, protagonizados por los indígenas en Colombia, son acciones en un *mundo posible*, accesible para los jueces desde un trabajo de interpretación

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> “Los diseños de sistemas multi-agente basados en la lógica modal epistémica pueden estar fundamentados en *estructuras de Kripke* (o modelos de Kripke), denominadas así en honor a S. Kripke, cuyos trabajos han constituido la base de las aportaciones posteriores relativas a la lógica modal [...]. Estas estructuras, nos permiten representar el razonamiento de uno o varios agentes acerca del conocimiento de otro u otros agentes o incluso de su propio conocimiento (en cuyo caso podríamos representar una situación de introspección). A través de estas estructuras podemos representar además, no solo el conocimiento particular de cada agente, sino también el conocimiento de grupo, común o distribuido de un determinado grupo de agentes que pertenecen al conjunto de agentes que han sido asociados al modelo sobre el que estamos trabajando. Los primeros trabajos sobre razonamiento acerca del conocimiento fueron escritos por Von Wright (1951), pero fue J. Hintikka (1962) quien puso de manifiesto por primera vez la relevancia de la lógica epistémica. Sin duda estas dos aportaciones, junto con las de Kripke han constituido una fuente de referencia para los trabajos posteriores sobre lógica modal epistémica. Pero debemos recordar también a Lewis (1969), un autor en el que otros como Halpern y Moses (1990) vieron un precedente de su desarrollo formal sobre la noción de conocimiento común (*implicit knowledge*) y conocimiento distribuido. Todas estas cuestiones han sido recogidas en trabajos más recientes como R. Fagin, J. Y. Halpern, Y. Moses, M. Y. Vardi (1995) y M. Huth, M. Ryan, (2000). A través del ejemplo que aquí planteamos, intentamos mostrar de un modo general cómo se pueden expresar todas estas ideas mediante los modelos lógico-epistémicos basados en estructuras de Kripke y cómo esto puede constituir un punto de partida para representar otras situaciones de interacción entre agentes, en las que podamos comprobar el conocimiento que cada uno tiene acerca del conocimiento de los demás o acerca de su entorno”. BALLESTÍN, Susana. *Lógica modal epistémica y estructuras de mundos posibles*. En: Monografías.com, s/f. [en línea]. Disponible en <<http://www.monografias.com/trabajos35/logica-modal-epistemica/logica-modal-epistemica.shtml>>, s/p.

cultural. Si se hace hincapié en el papel de la lógica como guía del razonamiento, y como un medio idóneo para la valoración de los argumentos informales, las lógicas modales son el instrumento adecuado, según nuestra tesis, para apoyar el razonamiento bajo los criterios establecidos por el antropólogo jurídico.

Desde Leibniz, se llaman *mundos posibles* a los referentes cognitivos compartidos, propios de una cultura particular que se expresan en saberes, creencias y motivaciones para llevar a cabo ciertas acciones. De otra parte, lo posible es lo realizable; lo que puede hacerse histórico y verdadero en alguna alternativa futura a la situación real y presente. Si un hecho es ahora histórico es porque realmente acaeció, es un suceso que era posible en este segundo sentido<sup>47</sup>.

El conflicto cultural y normativo que pretende contribuir a resolver la antropología jurídica en sociedades multiculturales con presencia de sistemas de derecho distintos, apunta a generar conocimiento válido, dado el desconocimiento de muchos jueces indígenas y no indígenas frente a los *mundos posibles* y *mundos necesarios* de quienes están bajo las perspectivas de un conocimiento particular, con un saber y creencias que orientan a actuar de una determinada manera.

Volvamos al caso citado en el apartado anterior:

*A la pregunta: además de personas (seres) como usted, o personas (seres) como yo, ¿qué otros seres conoce usted o sabe que existen?*

*Responde Melicio. Sí existen seres que viven en Joreta. Ellos son machos, no tienen los ojos, la boca, ni la nariz. Tienen un solo órgano para ver, oler, respirar y comer, comen pepas rojas y hacen muchos daños por ahí<sup>48</sup>.*

Haack señala que para las teorías de la coherencia, la verdad consiste justamente en las relaciones de coherencia entre un conjunto de creencias, entre tanto, para las teorías

---

<sup>47</sup> PÁRAMO, Guillermo. Contrafácticos y lógica deóntica de la acción. En: *Ideas y Valores*. N° 68-69 (dic. 1985); pp. 71-116.

<sup>48</sup> Melicio Cayapu Dagua. Entrevista personal con la perito antropóloga Esther Sánchez Botero. El sindicado dibuja estos seres en el marco de la entrevista en la cárcel de Villavicencio, año 2002.



de la correspondencia, la verdad de una proposición no está en sus relaciones con otras proposiciones, sino en su relación con el mundo, en su correspondencia con los hechos. La verdad de una creencia se manifiesta por la supervivencia y coherencia con otras creencias<sup>49</sup>.

El caso se puede sintetizar así: Melicio llega con un pescado fresco y plateado, lo extiende como regalo y dice: “Haga comida para los dos”. Ella sabe el significado de esta acción, cuando dice: “¡Usted mató mi marido!”

Concluye Haack: teóricamente, la lógica modal tiene por fin representar argumentos que involucran esencialmente los conceptos de *necesidad* y *posibilidad*. Aplicada al caso, la verdad necesaria no puede ser de otra manera si es verdadera en todos los mundos posibles. Juan Vicente está muerto, no está vivo. La negación de una verdad necesaria es imposible o contradictoria. Juan Vicente no puede estar vivo y muerto. La verdad contingente – posible– es aquella que sí puede ser de otra manera verdadera, en la realidad, pero no en todos los mundos posibles<sup>50</sup>. Si Melicio lleva un pescado fresco está dando una señal sobre un suceso que puede ser leído por la mujer como asesinato, porque conoce las regularidades sociales que llevan a ese comportamiento y no puede leerlo de otra manera, pero si ello sucede en otras sociedades no se leerá como la señal de disposición de todas las condiciones para hacer pareja, lo que incluye la ausencia de Juan Vicente.

### Valoración del conocimiento: el suyo, el nuestro, el de él

Para el protagonista, o los protagonistas de acciones juzgadas por el mundo no indígena, bajo los referentes de la cultura dominante occidentalizada, blanca, como acciones evitables, se contrastan muchos de estos hechos como acciones que no podrán dejar de ser o de suceder, o sea, determinaciones necesarias y que no pueden ser de otra manera en su cultura, en su mundo; es decir, habrían de realizarse en toda alternativa posible. El problema aparece cuando los jueces con base en su conocimiento desde el mundo al que pertenecen, considerado por ellos el *mundo real*, creen evitable allá lo inevitable. No pueden examinar esas otras realidades como parte de otro *mundo real*, configurado culturalmente de otra manera.

---

<sup>49</sup> HAACK, op. cit., p. 194.

<sup>50</sup> *Ibíd.*

Los sistemas jurídicos, de los que participan los indígenas en Colombia, hacen que estos se orienten muy determinativamente, contrastando con sistemas factibles en los que aparecen al menos dos alternativas por asumir; ello implica un problema que debe ser resuelto. Kant afirma que lo práctico es lo que es posible por la acción<sup>51</sup>, y es por supuesto de las condiciones de las acciones llevadas a cabo por indígenas, y de las consecuencias de esas acciones, de lo que aquí se trata.

### Fatalidad y contingencia

Una acción ocurrida es clasificable como fatal, cuando no había otra posibilidad como la que efectivamente se dio. El individuo o la colectividad tienen que actuar bajo condiciones similares o de idéntica manera siempre: “Yo lo maté, no ve que es que era como blanco; él ya no era como puinave”<sup>52</sup>.

El análisis con base en la cuantificación de casos es una buena manera para deducir lo predecible por razones culturales en una sociedad particular. Ahora, una acción es contingente cuando se acepta que la resultante hubiera podido ser diferente. Lo fortuito define que la acción hubiera podido tomar otra forma: “Es que él no podía tirar dos tiros de c’opeta”.

Juan Vicente avergüenza a Melicio, al hacer en público dos tiros, poniendo en evidencia públicamente que este último corteja a su mujer. “¿Quién tocó mi mujer?”. Grave ruptura a las tradiciones culturales puinave donde no se exhibe lo privado e íntimo, donde no se evidencia el secreto<sup>53</sup>. Si un estado de cosas es el resultado de una acción, de no haberse producido la acción, ese estado de cosas habría sido o hubiera podido ser diferente.

*El asesinato de Juan Vicente es la forma de liquidar el blanqueamiento del indígena. Blanqueamiento que conlleva la nueva idea de que la mujer no puede ser cortejada y compartida estando casada. Estas son orientaciones de Occidente, traídas por los evangélicos y por lo tanto, no puinave.*

<sup>51</sup> Citado por PÁRAMO, *Contrafácticos*, op. cit.

<sup>52</sup> En el mundo puinave, se es puinave porque se siguen los patrones culturales puinaves. Romper esos derroteros, implica que ya no se es puinave y que no se debe participar de ese mundo.

<sup>53</sup> El *secreto* en Deleuze significa que todos lo conocen y los saben y todos lo saben sabido, pero nadie lo evidencia.

*Juan Vicente era evangélico y había asumido a su mujer como propiedad, no como parte del grupo, dentro de un concepto de propiedad colectiva, opuesto al privado: ¡Mi mujer! ¿Quién tocó mi mujer?*<sup>54</sup>.

El antropólogo ofrece al juez la descripción y caracterización de *mundos posibles*: otras normas, otras verdades necesarias o que no pueden ser de otra manera. Estos quebrantamientos o rupturas a normas establecidas dentro de otros sistemas muestran, muchas veces, la obligatoriedad por el deber impuesto, nuevamente la verdad necesaria.

Un *mundo posible* es estipulado por las condiciones descriptivas que le asociemos. Es una manera como nuestro mundo hubiera podido ser<sup>55</sup>. Se restringe su caracterización como peritos, a aquellos aspectos relevantes del problema involucrado en el caso en juicio, por cuanto se puede describir la totalidad de los campos de infracción posibles de una cultura frente a otra<sup>56</sup>. Sin embargo, es posible plantearlo de manera coherente en el ámbito de la perspectiva holista.

Un mundo posible es accesible desde el mundo real dada una cierta relación entre esos mundos, y puede verse cambiante y transformado si, efectivamente, los individuos participantes dentro de una cultura modifican valores y sistemas como lo hacen permanentemente; campos de la misma cultura se hacen accesibles por crecimiento y madurez, por especialización del trabajo y claro, por el contacto cultural. Las acciones representan pasos en el tiempo pero también involucran un cambio o la posibilidad de un cambio.

Al expresar Otilia “alguien me tocó”, desencadena una acción en Melicio, y “¿Quién tocó mi mujer?” corrobora el mismo elemento estructural que posibilita el nuevo estado de cosas: la acción. Si Melicio no fuera un indígena tradicional, no podría leer el código simbólico, no sería afectado en su honor, al ver exhibidos sus más íntimos sentimientos<sup>57</sup>. El caso descrito es juzgado desde un *mundo real*, pero fue realizado en un *mundo posible*. Ese otro *mundo real* y su valoración como *mundo posible* es accesible bajo los criterios del antropólogo.

---

<sup>54</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. Juez Penal de Villavicencio. 2002.

<sup>55</sup> PÁRAMO, Contrafácticos, op. cit.

<sup>56</sup> Este podría ser un estudio sobre el sistema de derecho imperante en una sociedad.

<sup>57</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. Juez Penal de Villavicencio. 2002.

El haberse realizado el asesinato es efectivamente un quebrantamiento desde el derecho positivo. El derecho positivo presupone estructuras de referencia para mirar desde fuera. Esta es una perspectiva *ética* que se contrapone a la perspectiva *émica*, que permite ver desde el otro. ¿Cómo pensó el otro el mundo, cómo lo concibió, cómo debe actuar en él? El derecho positivo de manera dogmática deduce por análisis silogístico determinadas conclusiones. La antropología trabaja a partir de lo que sabe que es posible en otras estructuras culturales, y apoyándose en otras lógicas informa para posibilitar juicios más justos.

Asesinar en la sociedad puinave a un blanqueado, es consecuente en Melicio. Responde efectivamente a otra lógica, a otra concepción de dignidad. Consecuentemente, su actuación ha creado una situación de respuesta al quebrantamiento de códigos al propio *mundo real* impuesto por Juan Vicente, quien por su condición de evangélico ha trastocado un orden normativo que transgrede el ordenamiento de la vida social.

Melicio puede ser juzgado a partir de las fuentes formales del derecho insertas en un determinado mundo cultural. O, con base en las fuentes de otro mundo cultural que el juez desconoce. Qué es permitido, qué es prohibido y qué es obligatorio. La respuesta depende de las bases culturales, cuyos productos por socialización en los individuos permiten motivar, orientar, prevenir, abstener acciones. Estas son acciones siempre realizadas con base en normas, costumbres, permisibilidades o prohibiciones particulares a un derecho, en este caso al derecho puinave. Si el individuo actúa en un mundo cualquiera que sea, su efecto podrá ser un mundo posible. Si actúa dentro de un mundo posible, su efecto será posible. Cada acción consiste en la determinación de una estructura de posibles situaciones, con base en hipótesis acerca de los valores dentro de la cultura a las que se refieren las propiedades del mundo real.

### **Acciones, sujetos de acción y resultados**

Distinguimos entre aquello que está en la esfera de nuestro poder y aquello que no lo está; aquello de lo que no somos actores y aquello de lo que somos espectadores<sup>58</sup>. En cuanto al caso que hemos venido tratando, para que Melicio decidiera actuar, ser actor, esa decisión

---

<sup>58</sup> PRIOR, A. N., citado por PÁRAMO, Contrafácticos, op. cit.

debería ser posible. Ello quiere decir que si se conoce lo que se va a decidir, no es necesaria la decisión. La acción presupone cierta ignorancia pero también capacidad de decisión. De aquí que el dominio de la acción es incompatible con la fatalidad, entendida como una única alternativa posible<sup>59</sup>. Tener la capacidad de decidir significa cambiar aquello sobre lo cual se puede decidir: “Melicio ofrece pescado fresco y plateado, para que Otilia haga comida. Esta que es la manera simbólica de decir: hagamos pareja, hagamos casa, representa la posibilidad de asumir y crear un estado de cosas no existente”<sup>60</sup>.

La forma del futuro posible depende de lo que se haga con lo que está dado. Es decir, ¿cómo se puede causar algún estado de cosas no existente todavía, en nosotros mismos, en algo o en alguien? La acción implica un propósito racional o irracional, pero un propósito. Se interviene para que las cosas sean de una cierta manera. El propósito es la dirección que el individuo define y quiere darle a una situación.

Frente a la lectura que Otilia puede hacer al ver el pescado fresco, ella expresa:

*“Usted mató mi marido”. Ella sabe leer el significado de la entrega de un pescado fresco y el propósito para hacer pareja con ella que la simbología puinave define para esta simple señal. Va a contar río abajo que busquen el cadáver de Juan Vicente, que Melicio lo mató. Un puinave que hace una acción como la que hiciera Melicio es porque tiene aseguradas las condiciones afectivas y materiales: ya ha cortejado y tiene respuesta positiva; ya ha preparado casa nueva y ya “ha matado” supuestamente con su futura pareja otras relaciones establecidas previamente por Otilia”<sup>61</sup>.*

El individuo efectivamente selecciona un determinado curso de acontecimientos, y su acción trae consecuencias que él puede asumir. Busca con acciones definidas lograr un propósito: eliminar a Juan Vicente. Pero una acción es débil y se reserva a la lógica del propósito cuando no se cumple: “El propósito de Melicio fue hacer pareja con Otilia pero no pudo realizarlo”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. Juez Penal de Villavicencio. 2002.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> SÁNCHEZ, Melicio Cayapu, op. cit., p. 18.

## Deberes y derechos: rupturas

En los expedientes, en las entrevistas, aparecen diferentes formas de expresión. Estas se encuentran íntimamente relacionadas con las funciones comunicativas del discurso. Por un lado, oraciones en indicativo son generalmente asertos con valor de verdad: “Yo lo maté”. Pero, “haga comida para los dos” no es una oración verdadera, ni falsa, dentro de la lógica tradicional. Sin embargo, es verdadera si trasciende del modo verbal al simbólico: “Hagamos pareja, hagamos hogar”. Este es el problema del análisis de oraciones que requieren ser descubiertas por los jueces y para los jueces.

La lógica de los deberes o de las normas comprende además de un posible significado diferencial de las oraciones, modos de verdad que incluyen los conceptos de *necesidad* (lo necesariamente verdadero), *posibilidad* (lo posible verdadero) y *contingencia* (lo contingente verdadero); las modalidades epistémicas o modos de conocimiento representadas en conceptos como *verificado*, *indeciso* y *falseado*; las modalidades existenciales o modos de existencia o vacío; y las modalidades de las normas que tratan de lo que es obligatorio (aquello que debemos hacer), lo permitido (aquello que se nos deja hacer) y lo prohibido (aquello que no debemos hacer), todos estos relativizados según cada uno de los mundos posibles, relacionados y, en este caso, en conflicto<sup>63</sup>.

## Modalidades de los deberes

Lo que es deber hacer o es obligatorio, permitido o prohibido es una condición establecida por una sociedad y no según hechos o actos individuales indiferentes a esta. Se trata de una lógica que choca con la de la sociedad hegemónica, representada por los jueces. En el caso: “El asesinato en general no es permito para los puinave. El asesinato de blanqueados o que dejan de ser indios para asumir posturas de otras sociedades, está justificado y representa un deber”<sup>64</sup>.

Lo que es deber hacer u obligatorio, lo que debe ser examinado por un agente que coherentemente actúe dentro de un mundo cuyas propiedades chocan con otras, implica que el concepto de *salvoconducto*, de *autorización*, es relativo al mundo al que cada individuo pertenece. Un acto es permitido, es prohibido o es indiferente hacerlo o no, según las leyes

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. Juez Penal de Villavicencio, 2002.

establecidas en el marco de una sociedad y conocidas por parte de sus miembros, con base en los procesos de socialización y de educación o transmisión de valores, normas y derroteros internos. Igualmente, las leyes de compromiso u obligación implican otras leyes que exigen sucesivamente otras acciones. Esta es la paradoja de la obligación derivada. Cometemos un acto prohibido, estamos obligados a realizar otros actos, o si cometemos un acto prohibido se nos prohíbe acompañar este con otros actos contrarios al hecho cometido<sup>65</sup>.

*Melicio no podía participar del velorio y enterramiento de Juan Vicente.*

*Melicio se preocupa por qué tipo de animales comerán a Juan Vicente: ¿gusanos, chulos, o quizás un animal feroz de la selva?*

*¿Lo picará para contramatarlo una serpiente?<sup>66</sup>*

Los indígenas están inmersos en su cultura tradicional y en la de la sociedad mayoritaria. Estas culturas se enfrentan, en muchos casos, por situaciones que resultan incompatibles. Esa incompatibilidad está inserta en relaciones de poder y verdades sentadas sobre la preeminencia de los valores de una cultura sobre otras. La lógica tradicional, que analiza las oraciones desconociendo operadores como los que se tienen en cuenta en las lógicas modales, y en las cuales el concepto de *verdad* es el de la teoría de la correspondencia, no permiten los juicios más justos.

### La verdad y el sentido común

Sobre el sentido común, pareciera ser hoy claro que las creencias básicas de los hombres difieren de una época a otra, de una cultura a otra, aún dentro de un mismo período. Por eso, es preferible la concepción perelmaniana del *sentido común*, según la cuál, este sería el conjunto de creencias admitido por una determinada época, o incluso, lo que dentro de un cierto contexto es juzgado como razonable y no es, por tanto, objeto de discusión<sup>67</sup>.

Sucede que con base en el sentido común, se consideran las creencias sobre los más variados dominios en una época determinada, sobre lo que es razonablemente admitido

---

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ, Melicio Cayapu, op. cit., p. 20.

<sup>67</sup> PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, op. cit.

y tiene pretensión de verdad. Estas creencias pueden entenderse también como normas para la acción, como horizontes de comportamiento en la actividad práctica. Cuando no son cuestionadas, funcionan como precedente, tienen el peso de la autoridad y valen como verdades o valores prácticos para un determinado auditorio. Las creencias del sentido común interactúan con el conocimiento científico: tienen mayor aceptabilidad si coinciden o se derivan de las teorías científicas vigentes en la época. Lo anterior es formulable con el concepto perelmaniano de *validez argumentativa*: dadas dos creencias incompatibles del sentido común en una época determinada, será preferible aquella cuyo contenido informativo esté respaldado por un enunciado (o conjunto de enunciados) proveniente de teorías científicas. No obstante, cotidianamente, cuando no estamos frente a situaciones límite, una afirmación con pretensión de verdad en el sentido común será considerada como verdadera en una época si y solo si es afirmable a partir del conjunto de creencias admitidas en esa época, y siempre y cuando la condición se cumpla<sup>68</sup>.

### ¿Hechos verdaderos o falsos?

La realidad calificada como objetiva, no es ni verdadera ni falsa, simplemente es, existe<sup>69</sup>.

Así, por ejemplo:

*No es el infierno verdadero ni falso; existe el infierno y millones de católicos en el mundo así lo afirman.*

*No es verdadera ni falsa una mujer virgen, madre de dios; existe para los católicos en el mundo.*

*No es verdadera ni falsa una garza que es la madre que engendró el hacha de metal; existe para los andoque.*

*No es verdadera ni falsa la institución del “dar y recibir”; existe entre los nasa.*

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.



La verdad es una propiedad de los enunciados: “El cenicero está en la mesa”. La verdad también es una propiedad de las creencias como que “al llegar al cielo compartimos con los santos”. La verdad tiene por finalidad la descripción de la realidad, afirmar la existencia de unos hechos o de unas creencias que son posibles de describir. Es a determinados enunciados o a determinadas creencias a los que se les puede calificar como verdaderos o falsos<sup>70</sup>. En un proceso, los hechos expuestos por las partes deben probarse con enunciados como por ejemplo:

*En sek, que es el espacio más alto del mundo para el pueblo nasa, se encuentran la oveja, la coca, el chocolate, la gallina, los huevos de gallina. También allí se encuentran realidades como la circularidad, lo caliente, la fertilidad<sup>71</sup>.*

*En el espacio llamado cielo para los católicos, que es azul y está arriba, se encuentra Dios, la Virgen llamada María que es la madre de Dios, los ángeles, los arcángeles y todos los muertos que al llegar al cielo se encuentran en gracia de Dios y allí resucitan<sup>72</sup>.*

El perito antropólogo informa la autenticidad de un elemento de cultura que, efectivamente concuerda con la realidad de lo existente, con lo que es demostrable porque está compartido intersubjetivamente y, por supuesto, porque se corresponde con los hechos. Lograr demostrar la existencia de razones para sostener que la afirmación es verdadera es generar un tipo de concordancia que debe conducir a grados de persuasión. Se impacta, si la prueba confirma la existencia de un hecho; esto ocurre cuando se cuenta con elementos de juicio suficientes para considerar aceptable una afirmación, así lo expuesto parezca inverosímil o no creíble como puede ser el siguiente ejemplo:

*En Colombia existe la creencia en la existencia de unos jóvenes que son blancos rubios y su edad oscila entre los doce y los dieciséis años; sus cuerpos son humanos, pero tienen alas y tienen el poder de guardar a las personas, particularmente a los niños. Son llamados ángeles de la guarda.*

---

<sup>70</sup> FERRER, Jordi, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit. Los ejemplos expuestos buscan aclarar el sentido y están fuera del texto.

<sup>71</sup> SÁNCHEZ, Esther. Sistemas cognitivos de la alimentación páez. En: *Revista Palabra*. (1982); Universidad del Cauca, Popayán, p. 103.

<sup>72</sup> Creencias compartidas por los católicos.

Si es aceptable esa creencia, mundo real para muchos colombianos, debe aceptarse como mundo real para los puinave la existencia de *makuses* que caminan para atrás y solamente tiene un órgano para ver, oler y comer.

Sin embargo, existe una diferencia cuando la hipótesis de un hecho es absolutamente imposible, porque la existencia del hecho queda excluida por leyes naturales o científicas y es por tanto indemostrable<sup>73</sup>: “Un vaso A, que es igual a otro vaso B, pero el vaso B es un poquito más grande que el vaso A, o un círculo que es igual a un cuadrado”<sup>74</sup>.

En este orden de ideas, deben tomarse en cuenta los criterios con los cuales puede llegarse en el proceso a un conocimiento que corresponda con la realidad empírica, y que genere descripciones que puedan considerarse verdaderas. El conocimiento procesal de los hechos aporta una base fundamental en cuanto a razones empíricas para la decisión judicial<sup>75</sup>.

Es objeto del juez constitucional, por ejemplo, determinar si es legítimo a la luz de la Constitución, que pueda ocupar un cargo público una mujer indígena que a pesar de haber sido elegida por votación popular, no tiene los veinticinco años que establece el reglamento público<sup>76</sup>. Se requiere, mediante el peritaje antropológico, enunciar la representación de la cultura arhuaca sobre la autenticidad y legitimidad para ser una mujer arhuaca, a pesar de no haber nacido en el territorio; y sobre la edad que esa sociedad contempla para la participación de la mujer en lo público, enunciados a los que se puede calificar como verdaderos o falsos.

*Pregunta: ¿Cómo se sabe que un hombre o una mujer pertenecen al pueblo arhuaco?*<sup>77</sup>

*Respuesta: “Independientemente de la vestimenta, independientemente del hilo amarrado a las manos, se es indígena desde el momento que nace una persona y se lo bautiza; es como*

---

<sup>73</sup> TARUFFO, Michele, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>74</sup> Ejemplos dados por el antropólogo Guillermo Páramo en su conferencia sobre inconsistencias lógicas, Universidad Nacional, 1982.

<sup>75</sup> PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>76</sup> Oficio OPT-A-091/05. Expediente T-1083758.

<sup>77</sup> Pregunta de Esther Sánchez Botero para investigar y preparar el peritaje.

*llevarlo y presentarlo ante nuestra ley espiritual, en ese momento ya es indígena, y le dan un nombre. Va creciendo. Cuando tiene la primera menstruación a la mujer se le hace trabajo espiritual. Se van reconociendo todas las etapas hasta llegar a adulto: cuando se casa le dan /achocue/ que es como la silla donde van a vivir y entonces ya es reconocida dentro de nuestro territorio. Otro elemento es que se pertenece a un linaje, a pesar de que nos llaman a todos arhuacos, los arhuacos tenemos un linaje y a ellos corresponde una misión”<sup>78</sup>.*

*Pregunta: ¿Cómo se transmite el linaje, quién lo transmite: la línea materna, la línea paterna o por ambas?*

*Respuesta: “Hay un linaje, como guardián del fuego y se lleva esa tradición independiente de mi papá y mi mamá”.*

*Pregunta: ¿Si uno de los dos padres no es arhuaco (hombre blanco, mujer indígena; o, mujer blanca hombre indígena), se reconocen esos hijos como iguales a los arhuacos de padre y madre? ¿Conoce una familia conformada por una mujer blanca y hombre indígena o al contrario? ¿Cree usted que los hijos bajo estas condiciones pueden ser seguidores de la tradición? ¿Se puede pensar que ese hijo también consigue conocer la cultura mayoritaria y por lo tanto, ambas culturas? ¿Entonces esa persona conoce y maneja ambas culturas? ¿Hay predominancia de una de las dos culturas?*

*“Se recibe siempre que cumpla la tradición y que esté allí y que esté pendiente; lo importante es que la cultura continúe. Nosotros somos muy conscientes de lo que pasa en el mundo; de todos los que viven aquí, que son mestizos. Pero entonces, si tenemos uno que es aliado que es el que conoce bien nuestra tradición y conoce bien el mundo mestizo, para nosotros es como un /mamu/<sup>79</sup>, también porque va a defender nuestras raíces y entiende mejor nuestra tradición y podrá traducir y romper esa ignorancia que existe del occidente. Entonces, para nosotros no es malo, no está dañando, más bien nos está defendiendo. Hay historias. Por ejemplo, Marcos Vicente tenía un gran conocimiento y él era mestizo. Tenía un conocimiento de adentro y un conocimiento de afuera. Y él dio a entender como era*

---

<sup>78</sup> Respuesta del mamu arhuaco.

<sup>79</sup> Guía y luchador por el bien común y por el cumplimiento de la tradición.

*nuestra forma de vida y entonces así nos reconocían y el nos defendía. Personas así pueden hablar un lenguaje para darnos a conocer al exterior”.*

*Pregunta: ¿Es importante que una persona nazca dentro del territorio o dentro de una familia arhuaca para ser reconocido como un arhuaco? ¿Puede un mestizo que nació fuera del territorio llegar a ser un arhuaco?*

*Respuesta: “Existen varias clases: hay mestizos que nacen y quieren favorecer a su gente; pero también hay gente que no favorece. Es como el gorgojo que va minando el espíritu y vuelve negocio. Hay blancos que quieren ser indígenas y a veces lo hacen de buena fe y quieren defender. Pero hay otra gente, como en el momento que estamos viviendo, que quiere ser **hippie**, camuflándose detrás del ropaje indígena<sup>80</sup>. Pero para nosotros lo más importante es aquellos o aquellas que cumplen lo que dijimos al principio: el trabajo espiritual desde el momento que nace, desde el momento que empieza a ser adulto y cuando se casa, de acuerdo a la ley, y que rinde siempre cuentas; lo que nosotros llamamos **pagamento espiritual**, lo cumple en el mes de junio y en el mes de diciembre; la persona que está en contacto y que se sabe que está cumpliendo esa tradición; pero entonces para decir este si es indio, no tenemos un “indiómetro”, sino que tenemos que tener mucho cuidado y por eso no quiero emitir o decir que ¡eso es así!”<sup>81</sup>.*

Respuesta concluyente en el peritaje antropológico. Es evidente que para ser pensado como arhuaco hay dos condiciones esenciales: a) ser inducido y participar del modo de vida propio, cuyo aspecto central es participar del ritual y b) sentirse miembro activo y participar es “estar”, y “pendiente”. Ahora, son sinónimos del verbo *estar*: *vivir, existir, ser, quedar, residir, habitar, constar*. La frase “estar pendiente”, en este contexto, es estarlo de su gente, de hacer los pagamentos, de respetar las costumbres del bautizo, el matrimonio, acompañamiento a otros. Una persona no nacida en el territorio sí se la puede considerar como miembro del pueblo arhuaco, pero si es inducida al mundo cultural arhuaco, si participa de estos referentes cognitivos que se comparten entre ellos y si manifiesta “estar pendiente” en los términos espirituales expuestos.

---

<sup>80</sup> Grupo de norteamericanos que adoptaron vivir acorde con el mundo arhuaco.

<sup>81</sup> Peritaje antropológico realizado por solicitud del magistrado ponente. SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. “Sentencia T 778”, M. P.: Manuel José Cepeda, 2005.

*Pregunta: ¿Cuándo se considera a una mujer arhuaca adulta? Plantea el Magistrado.*

*“Teniendo en cuenta que en el expediente obra prueba de que: “[...] a partir del momento en que la mujer arhuaca se considera mayor de edad adquiere responsabilidades sociales y políticas como esposa y madre, participando en las reuniones o asambleas (sic) convocadas por las autoridades”, se solicita precisar: ¿Qué condiciones se requieren, como edad, matrimonio, hijos o condición biológica y si las mismas son necesarias para el ejercicio de los derechos políticos de una mujer arhuaca?*

*Pregunta: ¿En qué momento pasa de ser un niño pequeño o una niña pequeña, a ser un (a) joven? ¿En qué momento pasa a ser un adulto? ¿Cuál es el reconocimiento social que se le da a un niño o a una mujer en las distintas etapas, para pasar de un estado al otro?*

*Respuesta: “El mandato que tenemos no es inventado por los indígenas de hoy. Existe desde que nosotros aparecimos y es el orden natural. Decimos que la madre tierra menstruaba cuando empezó a formarse la tierra blanca, la tierra amarilla, la tierra roja, la tierra negra, las cuatro estaciones, los cuatro colores del maíz, los cuatro colores de la raza humana, las cuatro direcciones y los cuatro pasos que sufre la mujer para menstruar”.*

*Pregunta: ¿Cuáles son esos cuatro pasos?*

*Respuesta: “La mujer tiene el primer flujo blanco, el flujo antes de tener hijos, después de tener hijos y ya cuando es apta para tener la fortaleza o la fertilidad para tener el poder de la palabra, para poder hablar con la sociedad. Así como la madre esta apta para fecundar la tierra, también el hombre tiene el tiempo de verano, el tiempo de invierno, el tiempo de las cosechas<sup>82</sup>. Ambos son complemento. Así también se bautizan ellos: allí nació un niño o una niña; la niña por ejemplo, toca saber de dónde nos la mandaron: si del lugar donde están los que han de conservar el agua, la lluvia, la palabra; toca saber cuál es la misión de ella. A pesar que pertenece a un linaje, tiene su propia misión; entonces de acuerdo con esa misión los mamus consultan al padre espiritual de dónde nos la mandaron: si es guarda del agua, si es guarda de la lluvia o guarda de la palabra; de acuerdo a eso le dan*

---

<sup>82</sup> Manifiesta una división del trabajo.

*el nombre y entonces los bautizan. Para, el mamu no es que simplemente se bautice, hay que hacer reconocer y sabrá cual es su misión en un tiempo*<sup>83</sup>.

*Pregunta: ¿En qué momento se bautiza? “En el momento que nace, un mes mínimo hay que bautizar”.*

*Respuesta: ¿En ese mes se sabe si será guardián del agua, de la lluvia o guardián de la palabra? “En el momento que nace ya se sabe que será. Lo que hace el mamu es presentarlo. La madre siente que nació una hija o un hijo. Igual que cuando sale una planta, si uno no la hace reconocer entonces vienen las fuerzas no positivas que se lo quieren llevar. Por eso es necesario decir: ¡aquí tienes tu hijo o tu hija! Luego la mujer sigue otro paso cuando llega la menstruación, así como también la tierra que es oro rojo, oro blanco, oro verde, oro amarillo, oro negro, también pasa por ese sitio. Por eso es que la mujer y el hombre también hacen parte de ese mundo externo y conectado. Por eso es que la mujer está conectada con la luna según cuantas lunas va a menstruar. Entonces el hombre también es como el viento, como el verano y el invierno que sabe cuando hay que cosechar cuando no; cuando son lluvias... Por eso también se hace reconocer cuando nace un niño y cuando le dan los cambios en la voz. Pero entonces los mamus están pendientes y vigilan cada paso. Es importante la conducta y en ese momento del crecimiento tiene en cuenta su conducta, lo van vigilando hasta que se case. Hasta que la mujer tenga ya otro hombre. Cada paso tiene una aseguaranza: cuando tiene la menstruación tiene una aseguaranza; cuando se casa, tiene otra aseguaranza, lo mismo el hombre. La diferencia es que ellos, los hombres, tienen solo la representación femenina de la fecundidad de la tierra. El hombre es como el viento; pero son complemento que tienen que unirse, estar interconectados”.*

*Pregunta: ¿Existe entre los arhuacos, como en nuestra sociedad la norma que un joven no es responsable de sus actos por ser menor de edad si comete por ejemplo, un robo? ¿No es sancionado? ¿Es tenido en cuenta que es un menor de edad? ¿En qué momento se considera que es responsable de sus actos como hombre o como mujer ya adultos?*

*Respuesta: “Es difícil de interpretar. Hay varias causas. A veces tienen causa y efecto. Por ejemplo cuando es producto de conciliación de papá y mamá nace un hijo. ¿Qué problema*

---

<sup>83</sup> No puede ser solamente un ritual privado. Debe trascender mediante el hacer *reconocer*.

*va a tener ese hijo? Ese niño no va a tener contradicciones, problemas<sup>84</sup>. El otro caso es que por causa de su papá o por causa de su mamá él empieza a hacer alguna cosa... El culpable, a veces, no es el niño; hace alguna cosa porque no han rendido los papás<sup>85</sup>. Entonces se enfermó el alma, y ese niño empieza a actuar. Aquí el papel del mamú es averiguar qué está pasando, de dónde provino y averigua su enfermedad mental, física, sus actos, su conducta. Tienen a veces que responder los padres con el niño ocultamente para enseñarle consejos<sup>86</sup>.*

*Pregunta: ¿Cuándo ya no tienen que responder los padres, sino que la persona misma ya es responsable? ¿En qué momento la persona asume su responsabilidad, por ejemplo ante un robo, y ya no deben responder los papás? ¿Existe una edad o momento para que la persona tenga que asumir su responsabilidad frente a un acto, como un robo? ¿Cuando les llega la menstruación, se considera que las niñas que ya son adultas, ya están aptas para concebir, ya están aptas para el poder de la palabra, para responder sus propias conductas?*

*Respuesta: “El hombre cuando ya tiene su voz gruesa ya está apto para responder<sup>87</sup>, porque ya la mente empieza a perturbarse, por eso es que los mamús vigilan mucho; entonces usted tiene que entregarle lo espiritual, entonces ya se considera que ya es responsable; pero... a veces no todo el tiempo... porque a veces tiene que venir de antes, por la genealogía... pero suceden cosas, hacen alguna cosa: se enferma o roba, entonces es porque el abuelo no pagó, entonces la culpa es del abuelo; entonces ahí todos, la familia tiene que reunirse y empezar a rendir cuentas”.*

*Respuesta concluyente de la antropóloga. La mujer arhuaca es adulta cuando habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, que le permiten ser “reconocida”, adquiere el poder de la palabra y empieza responsablemente a “pagar”, es decir a hacer pagos rituales de modo individual, como corresponde a una persona que ya ha conocido los principios y los procedimientos para actuar con toda responsabilidad, frente a los deberes.*

---

<sup>84</sup> Se refiere a que es fruto de la avenencia.

<sup>85</sup> Se refiere a “rendir cuentas”, que ritualmente es pagar a la madre tierra.

<sup>86</sup> *Enseñarle ocultamente* significa que es en privado. Si el niño infringe una norma es porque no se lo enseñó, o porque los antepasados, padres o abuelos, no “pagaron” debidamente lo que correspondía. No fueron correctos.

<sup>87</sup> Responder es empezar a hacer pagos. Hacer pagos es haber incorporado los referentes cognitivos que como sociedad comparten. Por tanto, es ser miembro pleno de esta sociedad.

*Pregunta el magistrado: ¿Cuándo adquiere una mujer arhuaca la posibilidad de ejercer derechos políticos?*

*Pregunta: ¿Qué se entiende por política?*

*Respuesta: “Primero vamos a definir la política. En el mundo blanco no sé como sea la política; en el mundo de nosotros todo es integral. Pero la política, entendemos como el trámite de nuestros deseos, tramite donde nosotros creemos que si nosotros no podemos hablar bien, el otro lo hace mucho mejor para poder convencer mucho mejor que es lo que necesitamos, que es lo que sentimos, eso es lo que nos lleva; eso es lo que nosotros entendemos”.*

*Pregunta: ¿Ustedes creen que en el pueblo arhuaco puede hablarse de derechos o del ejercicio de una actividad política en defensa de los intereses del pueblo mismo? ¿Existe una edad distinta para el hombre o para la mujer, para poder participar en las decisiones, en las asambleas, en las reuniones?*

*Respuesta: “El caso de la participación tanto indígena hombre, como mujer, para nosotros no existe una edad límite, porque esos límites son como discriminar esas edades. Que si les ponemos (límites) son como discriminación y también son ellos que dicen, un término. Es como cuando una mata está creciendo y está creciendo bien y uno la mocha, le quita el cogollo, entonces ya no crece. Nadie debe privar. Lo que hacemos es, si a esa persona le vemos la capacidad, la actitud de representarnos, más bien nos toca ayudarle, para que eso siga y fluya como debe ser. Y no irle obstruyendo el paso”.*

*Pregunta: ¿Hay mujeres /mamu/ entre los arhuacos?*

*Respuesta: “Las mujeres son las que más fuerza tienen. Las mujeres son la madre tierra y los hombre son árboles. La mujer puede ser/mamu/, porque cuando la mujer del /mamu/ está con él, aprende a ser mamu, ella hace el trabajo, ellas son las que canalizan la energía para que el mamu pueda hacer el trabajo espiritual. Los hombres son los que dan la lucha, pero detrás están las mujeres que están sosteniendo. Son reconocidas en nuestra comunidad”.*

*Pregunta: ¿Por qué la mujer no es reconocida como la autoridad, tal como es el mamu?*



*Respuesta: “El hombre trabaja la parte externa frente a la parte no indígena, son los que dan la cara. La mujer tiene un trabajo más interno, tiene la responsabilidad de cuidar la cultura. La mujer conoce todo el linaje”.*

*Respuesta concluyente de la antropóloga. La mujer puede ejercer derechos políticos cuando habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, da señales de querer actuar públicamente. Pasar por los rituales significa que ha pasado por un proceso de inmersión en la cultura. No existe una edad entre los arhuacos para poder actuar políticamente. Meterse a trabajar en política tiene que ver con lo que la persona es capaz de ir logrando. El ejemplo del arbusto es interesante, porque a pesar de realizar una sola siembra, algunas plantas avanzan más y se distinguen de otras. Esta situación hace parte de la planta misma y ellos consideran que alguien de fuera, no puede cortar el cogollo, para homogeneizar el crecimiento. Cada persona que nace con una responsabilidad frente a la naturaleza, ya tiene que empezar a rendir cuentas. Por eso la confesión, por eso los ciclos que tienen que sufrir. La persona nace con esa posibilidad de distinguirse y nadie la puede o debe detener<sup>88</sup>.*

## Elementos de prueba análogos

Las medidas que se toman para conocer los hechos deben estar en relación directa con las pruebas y con la hipótesis, lo cual determina elementos de apoyo para lograr conclusiones

---

<sup>88</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. “Sentencia T 778”, M. P.: Manuel José Cepeda, 2005.

Como un hecho sin precedentes en la historia del país fue calificado el fallo de la Corte Constitucional, en el caso de la concejal indígena de la comunidad Arhuaca, Ati Quigua, a quien le fue devuelta su curul el pasado 15 de agosto de 2005, luego de que ella interpusiera una Acción de Tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como mecanismo transitorio por violación a su derecho al debido proceso. La Corte Constitucional resolvió concederle el amparo de los derechos fundamentales a Ati Quigua, y ordenó la suspensión de los efectos de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Además, por considerar que es contradictorio al derecho a la identidad cultural excluir a una indígena, que se postula con la aceptación de la Registraduría en una lista electoral, por la cual votaron libremente los ciudadanos de Bogotá, basándose en que la elegida no reúne el requisito de edad fijado por un Decreto, sin tener en cuenta que dentro de la cosmovisión del pueblo indígena, al cual ella pertenece, su edad es suficiente para ejercer plenamente sus derechos, incluidos los de representación política. Finalmente, indica la Corte que la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no aplica las disposiciones constitucionales que sustentan el derecho a la identidad cultural y el principio de diversidad étnica, y que incurre en la vulneración del debido proceso porque en la Sentencia se omite establecer si Ati Quigua es indígena o no, como ella lo manifestaba, cuando dicha condición era determinante para resolver el caso.

pertinentes. En ciertos casos y con el objeto de aumentar el grado de certeza, pueden solicitarse para valorarse otros elementos de prueba análogos que apunten a la ampliación o ratificación de conocimientos para contrastar la probabilidad de una hipótesis.

En el siguiente caso se buscan contrastar dos versiones sobre los hechos, presentadas como pruebas, con el objetivo de ejemplificar el significado profundo de cada una y los argumentos para llegar al fallo, teniendo en cuenta la diferencia planteada por la autoridad indígena y por la perito<sup>89</sup>.

### El niño ladrón

Por solicitud de la madre nasa de un joven ladrón de gallinas (la justicia entre los nasas se ruega), quien conoce perfectamente la gravedad de ser ladrón en esta sociedad, dos autoridades indígenas con competencia jurisdiccional le aplican al joven infractor la institución de retención reservada. El gobernador de Tálaga afirma en su declaración testimonial que la madre del joven indígena lo llevó al resguardo de Tálaga para que no corriera peligro<sup>90</sup>. Pasados tres meses ella desea ver a su hijo, pero la autoridad no se lo permite, argumentando que no es tiempo todavía, por lo que la madre interpone una acción de tutela. En la primera instancia el juez define que la autoridad indígena puede restringir esa posibilidad en uso de sus facultades jurisdiccionales aplicables al caso. La Corte Constitucional revisa la decisión del juez, y el magistrado ponente nombra una perito antropóloga<sup>91</sup>.

Acorde con las preguntas formuladas por el magistrado, la perito construyó encadenados argumentos que le sirvieron para defender la tesis de que la decisión del aislamiento determinada por el gobernador páez, fue una medida: a) proteccionista del joven ladrón de las gallinas, b) reconocible como debida dentro de un proceso como el caso en cuestión y c) manifestación legal del pluralismo jurídico. Con esta primera argumentación se reconstruyó el contexto desde el cual había que entender el debido proceso, visibilizando entonces el orden valorativo que constituye la génesis de esta práctica de justicia propia. Se

---

<sup>89</sup> Véase: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-1127”, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 2001.

<sup>90</sup> *Ibíd.*

<sup>91</sup> Esther Sánchez Botero.

demonstró que para los paeces el valor más grande después de la vida, es la honradez, y que esta le imprime al individuo deberes que tocan al sujeto colectivo de derecho, el pueblo Páez.

La estrategia de preparar a un joven para que pase de ser ladrón a un hombre honrado mediante el proceso de “retención reservada”, aplicado tanto por la primera autoridad que recibe al muchacho, el gobernador de Tálaga (que no le permitió a la madre despedirse de él y tampoco tener ningún contacto), como por el gobernador de Belalcázar que dio su asentimiento para que el joven estuviera bajo su responsabilidad, manifiesta explícitamente la manera de actuar las dos autoridades que a las claras define el modo ejemplarizante en que en cada caso se procede. En respuesta al juez promiscuo de Páez-Belalcázar dice la autoridad indígena:

*[...] en atención al principio de unidad, colaboración y coordinación deseo aclararle que en situaciones de conflicto con magnitudes que además de afectar la comunidad, tengan repercusión en otras comunidades, ancestralmente y actualmente recurrimos periódicamente a la ayuda mutua entre cabildos a fin de recuperar y sanar las rupturas que han ocasionado el desequilibrio y el desorden social y de convivencia<sup>92</sup>.*

Por consiguiente, dos autoridades con competencia jurisdiccional, después de conocer los hechos y para proteger la vida del joven ladrón reincidente, se colaboran, para así darle salida óptima al caso, con respeto al debido proceso, pero ante todo a una adaptación a la nueva realidad que involucra hoy proteger el derecho a la vida de un ladrón, pues antes se le aplicaba la pena de muerte. Este derecho a la vida de un transgresor es adoptado por el derecho propio páez e impuesto por el derecho positivo estatal como mínimo jurídico.

A efectos de conocer si culturalmente frente al caso madre e hijo pueden verse, el magistrado ordena que el juez de primera instancia interrogue a la madre y al joven sobre su interés en encontrarse, y también a la autoridad sobre la posibilidad de que como autoridad consienta que lo hagan. En la diligencia testimonial, el joven indígena se expresa sobre su interés en ver a su señora madre: “Pues yo si quisiera verla, la última vez que la vi fue hace como cuatro (4) meses, no la he visto por un problema que yo tengo, y no me dejan verla los del cabildo de Belalcázar”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Expediente, p. 12.

<sup>93</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-1127”, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 2001, p. 14.

En cuanto a las condiciones en que actualmente se encuentra, señala:

*[...] pues yo ahora me encuentro bien, estoy bien alimentado, buena vivienda, y en ocasiones los del cabildo cuando me necesitan me mandan a trabajar en los trabajos que sean como coger café, guachapear o desyerbar, nada más, y hace aproximadamente cuatro (4) meses no veo a mi madre, y solamente una vez mandé una carta, y tampoco he recibido ninguna carta de mi madre o familiares, y si quisiera ver a mi madre personalmente ya que hace tiempo no la veo<sup>94</sup>.*

*La autoridad indígena responde:*

*[...] pues en el momento no atenta contra el comportamiento cultural de la comunidad, ni tampoco contra el proceso que se sigue en contra del menor por cuanto el proceso que se le ha seguido al menor ha llegado al punto de una primera audiencia pública y por lo tanto aunque los riesgos de su seguridad siguen, pues la situación de peligro ha disminuido, por lo tanto esta autoridad que represento no ve ningún inconveniente en proporcionarle las entrevistas con sus familiares en el sitio en donde se encuentra retenido<sup>95</sup>.*

*Lo anterior le permite al magistrado continuar la argumentación del modo siguiente:*

*Pues bien, obsérvese cómo el gobernador del Resguardo de Belalcázar dijo no tener reparo alguno frente al reencuentro que madre e hijo pretenden. Más aún, el gobernador advirtió expresamente que dicha entrevista no atenta, ni contra el comportamiento cultural de la comunidad, ni contra el proceso que se le sigue al joven. ¿Cabría entonces alguna duda razonable en relación con la viabilidad cultural del pedimento de la actora? Claro que no. Máxime si se considera que la expresada aquiescencia surge directamente de la autorizada voz del gobernador. Por donde, ¿a guisa de qué se habría de poner en entredicho la posibilidad humanística del anhelado reencuentro?<sup>96</sup>.*

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> *Ibíd.* Es claro que pasado un tiempo de mejoramiento de la condición del sujeto, la autoridad se arriesga a presentarlo a la comunidad, y a que pueda entrevistarse con la madre.

<sup>96</sup> Nótese que se afirma la posibilidad humanística del anhelado reencuentro. No se afirma: el derecho a este encuentro. Para el magistrado es importante que sea la autoridad indígena quien ofrezca la salida porque es la que él desea.

*Estas declaraciones las utiliza el magistrado para descalificar a la perito antropóloga:*

*No obstante la raigambre cultural que entraña la declaración del gobernador del Resguardo de Belalcázar, la Sala observa que en autos obra a contrapelo el pronunciamiento final de la antropóloga [...]. Hay un contrasentido<sup>97</sup> cultural que acusa el concepto de la antropóloga y que no deja el menor resquicio de duda, pues a decir verdad, su disertación no podría desvirtuar en modo alguno la concluyente actitud del gobernador del Resguardo de Belalcázar<sup>98</sup>, esto es, su ejercicio cultural como mentalidad flexible y cercana [...]. Siendo concluyente también la prueba que obra en autos en el sentido de que el joven quiere ver a su madre, al igual que la declaración aquiescente del gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar, todo lo cual concuerda con el principio de unicidad familiar que los paeces cultivan en aras de la integración social. Por lo tanto, en justicia no sería dable soslayar el anhelo que anima a madre e hijo en cuanto a la posibilidad de reencontrarse, y de ser dable, permanecer juntos. Evidente es entonces que la comunicación a que tienen derecho según sus criterios la demandante y su hijo es material y espiritual, por lo que resulta obvio que a más de las respectivas entrevistas personales, a ella se la debe mantener informada tanto sobre el lugar y condiciones de existencia de su hijo, como sobre el estado actual del proceso que se le sigue<sup>99</sup>.*

---

<sup>97</sup> Véanse sinónimos de *contrasentido* no incluidos en el texto: *error, confusión, simrazón*.

<sup>98</sup> Frente a esta posición, también nos distanciamos del magistrado, pues el gobernador, intervenido por la Corte a través del juez local, modifica su posición, la cual, como punto de partida, no fue “flexible y cercana a los valores afectivos que informan la condición humana, y que sin perjuicio de la colectividad le da paso al legítimo querer individual”. Se nota claramente que para el magistrado, los valores político-culturales no pueden desdibujar los valores afectivos de los individuos de su comunidad.

<sup>99</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-1127”, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 2001. A la pregunta directa “¿atenta contra la cultura?” la respuesta sería sí o no. Pero el gobernador no responde de esa manera. Argumenta y justifica que es posible facilitar esta eventualidad, porque el tiempo transcurrido para el joven –bajo las medidas especiales para devenir en páez– le asegura que: “*ahora no atenta*”. Además, justifica y aclara que “*el proceso que se le ha seguido al menor ha llegado al punto de una primera audiencia pública*”. Considera que “al punto” en el que está el joven ya no implica peligro para poder ser presentado a la comunidad, peligro que antes sí existía. “*Por lo tanto, aunque los riesgos de su seguridad siguen, la situación de peligro ha disminuido, por lo tanto esta autoridad que represento no ve ningún inconveniente en proporcionarle las entrevistas con sus familiares en el sitio en donde se encuentra retenido*”. El gobernador deja claro por tanto que “*aunque los riesgos de su seguridad siguen, la situación de peligro ha disminuido*”, lo cual es totalmente coherente con lo expuesto y lo realizado durante el proceso. Aunque hay una concesión al poder supremo de la Corte, de forma responsable y con conocimiento profundo de su sociedad, admite que a pesar de que los riesgos continúan para el muchacho, admite también que han disminuido.

## La prueba antropológica sometida a prueba

La valoración de una prueba se orienta a establecer los criterios aplicados por el perito para apreciar los hechos, la calidad de los conceptos expuestos, el grado de justificación que efectivamente los revela e interpreta como insertos en determinadas estructuras socioculturales que generalmente se desconocen, y las relaciones lógicas que puedan tener estos elementos con tales hechos<sup>100</sup>. El juez es quien está llamado a determinar la utilidad del material probatorio, de manera que pueda formar su convencimiento y sustentar la decisión final, utilizando las reglas de la sana crítica<sup>101</sup>. “En toda decisión motivada el juez deberá exponer razonadamente el mérito de la prueba en que esta se fundamenta”<sup>102</sup>. Dicho sistema de valoración de las pruebas se encuentra estructurado sobre la libertad y autonomía del juzgador para determinar el peso de estas y obtener su propio convencimiento, bajo el apremio, únicamente, de enjuiciarlas por medio del sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia, entendiendo por estas últimas, aquellos dictámenes hipotéticos de carácter general originados en el saber empírico, a partir de situaciones concretas pero que, desligándose de estas, adquieren validez en nuevas circunstancias o, lo que es lo mismo, “aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañen al ser humano y que sirven de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio”<sup>103</sup>.

Lo expuesto en la Sala de Casación resulta ser un postulado valioso sentado en la competencia que tiene un juez que actúa en una sociedad monocultural y monista, pero resulta insostenible para un juez que aplique “el sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia o dictámenes hipotéticos de carácter general, originados en el saber empírico” a casos cuyos hechos se asientan en particularidades culturales que no se conocen o no se comparten, y en máximas nacidas de la observación de realidades pensadas y vividas diferencialmente. Aunque se supone que la valoración de la prueba es resultado de un ejercicio intelectual ponderado y razonable, es posible que no sea así, pues las pruebas pueden

<sup>100</sup> TARUFFO, Michele, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>101</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 187 y Código de Procedimiento Laboral, artículo 61. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-442”, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, 1994 y COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia SU-132”, M. P.: Álvaro Tafur Galvis, 2002.

<sup>102</sup> “A tal sistema de valoración alude el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil” (Casación del 16 de noviembre al 28 de diciembre de 2009). Véase: PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit., p. 45.

<sup>103</sup> Casación del 24 de marzo de 1998.

ser contrarias al discurso conocido y a las experiencias vividas por la persona, que constituyen contenidos reales, marcan al individuo y valen para enjuiciar las afirmaciones del perito, rechazando aquellas que contraríen y no concuerden con esta visión. Al respecto, cabe anotar que la *lógica inductiva* puede definirse como concepto clasificatorio, en términos de hipótesis muy probables, bastante probables, probables, poco probables o improbables. También puede definirse como concepto comparativo para indicar un orden en la probabilidad de las hipótesis, es decir, cuál es más probable en relación con las pruebas aportadas<sup>104</sup>.

Demostrar los componentes de cultura idóneos para que el juez pueda conocer y razonar correctamente, es decir, considerar como cimentada la verdad de un enunciado innegable, es lo que el peritaje antropológico debe contener. Le da a conocer al juez un nuevo orden de la realidad, a partir de revelar los contenidos sobre la cultura que deben influir en la comprensión y determinación del hecho objeto de un pronunciamiento judicial. De esta manera, la prueba judicial antropológica apunta a los elementos de juicio que son determinantes para optar entre explicaciones heterogéneas acerca de los hechos, para elegir racionalmente la hipótesis que ha de ser seleccionada como fundamento empírico de la decisión judicial. La aceptación de una prueba se corresponde directamente con el aporte a la confirmación de la hipótesis e incide en la convicción del juez<sup>105</sup>.

## Valoración de las pruebas

La prueba:

*[...] deberá ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará [...] las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes o las manifestamente superfluas; para tal efecto debe contarse con plena evidencia del carácter de impertinencia, toda vez que al existir algún margen de duda, es posible que llegue a vulnerarse la garantía del debido proceso<sup>106</sup>.*

---

<sup>104</sup> AÍSA, Diego. *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> DEVIS, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor de Zavallía, 1981, p. 346. “El juez debe obrar con prudencia y amplio criterio [...] para no rechazar la prueba solicitada sino cuando sea indudable su

El grado de confirmación de la hipótesis se establece en la fase de valoración de las pruebas. La confirmación de una hipótesis coincide con el grado de aceptación de la prueba, en términos de su credibilidad racional. Si se aprecia la prueba como suficiente, se acepta la hipótesis, la cual puede ser tomada como fundamento para la decisión judicial<sup>107</sup>. Para que una prueba antropológica sea aceptada se requiere que las enunciaciones realizadas por el perito estén cimentadas en criterios profesionales, en experiencias propias o en el sentido común. La concepción racional de la valoración probatoria permite establecer el juicio sobre el hecho en el sentido de fundamentar una versión que es posible alcanzar procesalmente. Se trata, así, de la aproximación (justificada racionalmente) a la realidad empírica de los hechos en el proceso, en función de criterios razonablemente rigurosos<sup>108</sup>.

Frente a la existencia de pruebas contradictorias o en conflicto respecto de una hipótesis, se estaría en presencia de dos hipótesis contradictorias acerca del hecho: una de estas es sostenida por algunos elementos de prueba y afirma que el hecho ha sucedido, la otra sería sostenida por otros elementos de prueba y afirma que el hecho no se ha producido. En este evento, una de las dos hipótesis ha de ser considerada verdadera. Así, la hipótesis acerca de la existencia de una situación no puede ser más que verdadera o falsa en casos como los que se presentan cuando un testigo afirma que una persona estaba en una ciudad a una hora determinada, y otro testigo dice que ese mismo día, a esa misma hora, la persona mencionada estaba en otra ciudad diferente<sup>109</sup>. Como la verdad procesal de un enunciado de hecho está determinada por las pruebas que lo confirman, puede considerarse como verdadero lo que está probado<sup>110</sup>.

---

impertinencia. [...] Solo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibles las pruebas; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba". *Ibíd.*

<sup>107</sup> TARUFFO, Michele, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>108</sup> PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>109</sup> TARUFFO, Michele, citado por PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit.

<sup>110</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL. *Sentencias*, "Sentencia del 26 de enero de 2005, proceso 21371", M. P.: Hernán Galán Castellanos, 2005.



## ¿En qué normas se basa el juez para no tener en cuenta la prueba?

Si existiendo pruebas que bien podrían resultar esenciales para confirmar la hipótesis que se refiere a la solución del problema<sup>111</sup>, estas son excluidas y se las ignora injustificadamente, ello representa parcialidad del juez que falla en contra de las pruebas<sup>112</sup>.

Precisamente este es el reclamo que hace el magistrado Cepeda en su Aclaración de Voto a la Sentencia T-1127 de 2001 del magistrado Jaime Araújo. Según el magistrado Manuel José Cepeda, la interpretación del caso que hace el doctor Araújo adolece de un “sesgo liberal” al elevar a la categoría de *valores universales*, prácticas y sentimientos que son propios de una tradición filosófica y política específica, como es el liberalismo. Es evidente en los extensos párrafos del magistrado ponente que argumentan en contra de las pruebas presentadas en el peritaje antropológico, la imposibilidad de romper con el sentido común y con los derroteros socioculturales correspondientes a la sociedad hegemónica que él defiende.

---

<sup>111</sup> Por ello, una hipótesis debe formularse de manera que pueda llegarse a una decisión acerca de si explica o no los hechos que se consideran ofreciendo una solución al problema que da origen a la investigación, Véase: PEÑA, *Prueba judicial*, p.78.

<sup>112</sup> PEÑA, *Prueba judicial*, op. cit. La Corte Constitucional afirmó: “Para la Corte es claro que cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que incidan de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-442”, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, 11 de octubre de 2004.



# 5

## Los casos

Los casos son una fuente de conocimiento que permite inspeccionar heterogéneos conflictos, no solo por las diferencias que entrañan frente a referentes culturales de la sociedad mayoritaria, sino, ante todo, por el peso que la Constitución de Colombia les imprime. La selección aquí presentada aporta elementos complementarios que muestran la riqueza y complejidad de estos asuntos, y cómo toma cuerpo el pluralismo jurídico legal en una nación, lo cual le permite ramificarse teóricamente y aportar a la configuración de la interdisciplinariedad.

Los casos descubren el ámbito cultural y étnico en el que se desarrolla una situación; evidencian tanto la diversidad de los principios y normas que rigen los derroteros de la protección, reconocidos internamente en cada una de estas sociedades, como las sustentaciones que afloran al salir a la jurisdicción especial. Estas expresiones se ven confrontadas total o parcialmente con los principios y normas del derecho positivo estatal. Por otra parte, permiten una aproximación ajustada, inevitablemente ligada a cierto tipo de preguntas, referentes, clasificaciones e interpretaciones que hacen posible iluminar una problemática teórica y precisar un aspecto hipotético general. La cuestión sobre lo particulares y distintos que son los casos se convierte en un asunto clave, pues aunque son únicos, pero no excepcionales, logran el propósito de mostrar la dependencia entre derecho y cultura y, por lo tanto, las dificultades que entrañan cuando son examinados desde otro sistema de derecho distinto del que hacen parte los implicados.

Particularmente, cada caso seleccionado tipifica un núcleo de problemas que complementan una panorámica. Todos, sin embargo, muestran el tratamiento específico brindado al caso por parte de la autoridad indígena o de la comunidad, en colisión o no con un defensor o

juez de la República, y la pugna entre los dos derroteros que presentan marcos de principios y procedimientos pertenecientes a sistemas de derecho diferenciados, para que impere la argumentación y sustentación de cada uno en favor de la salvaguardia de derechos encontrados, fundamentalmente, el derecho a la vida de los pueblos indígenas como sujetos colectivos. Los casos desafían también creencias situadas en específicos mundos reales de la sociedad mayoritaria.

Como bien lo expresa la Corte Constitucional, “la resolución de los casos indígenas supone el conocimiento de la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de esta respecto de la cultura mayoritaria y la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad”<sup>1</sup>. Se exponen, en consecuencia, un conjunto de casos cuyos hechos han sido objeto de peritaje antropológico y que enseñan, justamente, los modos como la interpretación cultural se asienta en las decisiones.

## Libertad de culto y derecho a la diversidad étnica y cultural

Para los pueblos indígenas, los procesos orientados al cambio cultural se han realizado desde la Conquista. Con la avenencia del Estado y desde la Colonia, por medio de procesos civilizatorios a través de diferentes iglesias y religiones, estos cambios se han efectuado mediante medidas autoritarias y desde siempre con la resistencia de las comunidades. Se ha logrado un nuevo marco para la ruptura de dichos procesos de transformación cultural, mediante fallos que protegen el derecho de estos pueblos a su religión propia y a la posibilidad constitucional de rechazar intervenciones culturales bajo los procedimientos de conversión religiosa.

El primer caso en el que la religión se ve envuelta, presenta un peritaje antropológico previo a la Constitución de 1991. Este detalla al juez las condiciones que vivió un indígena al reconocer, sentir y rechazar los cambios producidos en su esposa al convertirse ella a una religión cuya estructura organizativa y contenidos le definían los derroteros para que asumiera comportamientos contrarios a los esperados por él como esposo y padre, y frente a los deberes que debía cumplir como miembro de una sociedad que determina al individuo cientos de comportamientos más allá de costumbres deseables, como deberes obligatorios para sostener la armonía de toda una sociedad.

---

<sup>1</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-139”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996.

El segundo y el tercer caso muestran la diferencia que entraña la religión como ámbito de lo público, y el entramado que cumple en los derroteros de vida de las sociedades indígenas en donde se presentan estos conflictos. Las decisiones tomadas por parte de la Corte Constitucional, sentadas en argumentos antropológicos provenientes de cada una de las culturas en las que se dan los casos, son, sin duda, muy complejas, puesto que la libertad de conciencia y la libertad de culto se perciben socialmente y se defiende como derrotero de gran alcance para la defensa de los derechos fundamentales individuales.

Aunque extensos, cada uno de los casos enseña por encima de los hechos y su resolución, la aplicación de la hermenéutica jurídica constitucional no conocida e implementada en otros países, y el valor que los jueces ordinarios y constitucionales le dan al peritaje antropológico.

### **Tránsito como portadora del sucio**

Este caso contiene la caracterización y el contraste de valores de los siguientes campos: el juzgamiento de la comunidad en colisión con el de un juez de la República; la pugna de poder entre dos justicias, con el objetivo de imponer la argumentación y sustentación de cada una en favor de la protección de los derechos individuales y del sujeto colectivo; y la existencia de “mundos posibles”, que no son advertidos por la sociedad mayoritaria y en los cuales esta no participa. Como telón de fondo, se exponen cuatro elementos que orientan el análisis, buscando mostrar las diferencias substantivas que encierra el derecho propio páez implicado: 1) la destitución de la concepción funcionalista del control social como legitimación de la expresión represiva de la infracción; 2) la prohibición, el daño y la protección como forma de ciframiento que asigna líneas al pensamiento en términos de conducta; 3) la concepción integrada hombre-naturaleza y la eficacia de su poder; 4) la religión y el cuerpo humano como expresión depositaria de elementos culturales de ligazón o ruptura. Estas reflexiones buscan argumentar que los derechos propios se encuentran inseparablemente ligados con el sistema social y cultural de manera integral, y en particular con lo religioso; con la concepción anatómica y fisiológica del cuerpo, relacionada con la salud y la enfermedad; y con la armonía y desarmonía del medio que requiere de los comportamientos reglados del derecho propio páez. También muestra cómo el derecho vivo hoy se constituye en una manifestación de resistencia y fortalecimiento de la identidad<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico, 1994.

El peritaje antropológico busca establecer, por un lado, las líneas del pensamiento determinadas por la religión, que orientan la realización de acciones previstas como obligatorias en esta sociedad, y que son completamente arbitrarias para el individuo perteneciente a la sociedad mayoritaria; por otro lado, se concentra en los conflictos internos que provienen de enfrentamientos entre los indígenas paeces tradicionales y los evangélicos y aculturados. En estas situaciones, la sociedad occidental sintoniza más fácilmente con los comportamientos de los paeces evangélicos, y suele estar en contradicción con los paeces aferrados a su mundo tradicional, porque ellos definen la religión como ámbito de lo público y niegan la libertad de culto como un derecho, con base en los efectos que trae sobre la cultura alterna que buscan preservar. Todo este conflicto, que vemos reflejado en el área ideológica de los deberes y derechos, se crea y precipita a partir de las modificaciones en las creencias y rituales religiosos de tipo tradicional, que hacen parte en estas sociedades del ámbito de lo público.

El sumario evidencia la transgresión de una mujer conversa a la normatividad páez. Muestra los cambios prácticos que una modificación religiosa puede desencadenar dentro de una persona, y el desorden que social y culturalmente crea dentro de comunidades cuyo sistema religioso hace parte integral de todos los comportamientos deseables para su sostenimiento. Permite contraponer la visión de un derecho propio y de la justicia en el marco de un pueblo enfrentado al derecho positivo estatal. Desde esta perspectiva, la tarea del antropólogo ha consistido en entresacar e interpretar los elementos simbólicos que se deducen del caso, para extraer de estos datos significativos que permitan comprender la concepción de un hombre en una determinada sociedad y cultura, dentro de un tiempo histórico, así como desentrañar las categorías que operan: las nociones, los principios, las reglas, los valores e intereses que orientan tanto la toma de decisiones como la elección de nuevas opciones, procesos por los cuales la cultura se transforma y debilita; las relaciones existentes entre creencias, prácticas religiosas y obligaciones que toman forma concreta en una experiencia social.

Los paeces de la zona andina han realizado todo un movimiento para lograr mantener su diferencia étnica y cultural, fortalecer su identidad y que se los reconozca como pueblo. Un eje muy importante de estos derroteros se encuentra en el campo religioso, que constituye la fuente para la regulación de la vida comunitaria en la sociedad páez. De forma paralela crece el número de conversos, quienes no realizan ciertas prácticas propias de sus deberes por tener nuevas convicciones o por el exigente llamado a realizar las prácticas tradicionales

religiosas que, efectivamente, buscan proteger mediante ciertas prohibiciones a personas, animales, cosas, realidades, y cuyos efectos sociales por su trasgresión, traen graves consecuencias a sus infractores.

### *Los hechos*

Mientras Alcides Cayapú Dagua, un páez, está en la cárcel pagando el asesinato de su hermano desde hace seis años, le cuentan que su mujer, Tránsito, está embarazada. Sin conocer que por su buena conducta y trabajo como labrador en la cárcel, su pena se ha reducido, queda en libertad un día. Pero al llegar a su casa no encuentra ni a su mujer embarazada, ni al bebé. Sin embargo, averigua y se entera de que Tránsito tuvo una niña y que la entregó a la hermana de él, Otilia Cayapú Dagua, para que la criara. También se entera de que la pequeña murió porque “le dieron leche de vaca”, alimento que constituye un tabú para los paeces. Otilia, su hermana, no estaba criando y no podía amamantar a la niña. Tránsito caminó antes del tiempo permitido, para llevar a la pequeña a su cuñada que vivía en otra patrilocalidad, y posibilitó, por medio de ella misma, la entrada del arco iris en la niña.

Alcides habla con Tránsito y ella le cuenta lo sucedido: fue violada por un blanco que la invitó a tomar cerveza. Tuvo la niña y le dio miedo. Frente a lo narrado, él le pregunta por qué la entregó para que la criara otra persona, si ella sabía que él la hubiera criado de acuerdo a la costumbre. Su convivencia después de estos intercambios de palabra sobre lo sucedido es afectiva. Deciden un día ir a pagar con trabajo una deuda irrisoria, contraída seis años atrás con una patrona blanca. Antes de salir, en la mañana muy temprano, tomando chicha él, le expresa que va a cambiar los planes porque ella lleva tres días sin alimentos y “con el trabajo el cuerpo se agota”, además, está muy pálida<sup>3</sup>. Entonces deciden quedarse en casa jugando y hablando. Estando en ello, entra Otilia, hermana de Alcides y quien recibió a la niña de manos de Tránsito, a “hora de no visitar”. Saluda como tradicionalmente lo hacen los paeces: “¡Buenos días hermano!” “¡Buenos días hermana!” dice Alcides. “¡Buenos días cuñada!” dice Otilia saludando a Tránsito. Y Tránsito le responde de idéntica manera: “¡Buenos días cuñada!”. Alcides entra en furia y pregunta: “¿Ustedes por qué se dicen cuñadas, por qué no se dicen comadres?”. Entonces toma su correa, azota a Tránsito, le

---

<sup>3</sup> La falta de alimento es a causa de la pobreza.

pone un leño prendido sobre el cuerpo, y totalmente quemada la arrastra por el sendero hasta que muere horas más tarde. Viéndola muerta, Alcides sale a buscar cerdo para “velar a la finadita, porque a ella hay que ponerle velas y que venga mucha gente”.

### *El juicio interno*

La comunidad páez se reúne para acompañar a Alcides y velar a la finada Tránsito. En las reflexiones y análisis que hace la comunidad sobre lo sucedido, Alcides Cayapú Dagua es considerado protector y defensor de los principios e ideales de la cultura páez. Después del velorio y entierro es demandado por paeces evangélicos de la iglesia a la que se había convertido Tránsito y es apresado.

El peritaje antropológico<sup>4</sup> ofrece algunas respuestas que contribuyen a generar en el juez el conocimiento etnográfico que permite comprender el comportamiento motivado por los referentes de cultura y no desde la incapacidad de Alcides Cayapú como sujeto insano o deficitario mentalmente. ¿Qué conduce a Alcides a liquidar a Tránsito? ¿Qué principios, valores y normas defiende? ¿Qué normas transgrede ella y su hermana como para generar en Alcides violencia y llevarlo a matar?

Los paeces tienen una concepción fisiológica y anatómica propia con respecto a la cual los hijos de un hombre son los hijos de la mujer fecunda, su compañera reconocida socialmente, no importa por quien hayan sido engendrados. El hombre aporta a la formación de la criatura los elementos duros y blandos, más no la sangre, líquido considerado fuente de vida y aportado por la mujer. La remolacha, el ajo, la gallina, la coca y el venado, entre otros, generan más y mejor sangre. Estos elementos son /sek/, dentro del sistema clasificatorio páez.

Al estar esta etnia organizada socialmente en patrilinealidades y patrilocalidades, los miembros por nacimiento que pertenecen a estas unidades sociales y territoriales deben vivir dentro de estas, sin cambiar de territorio a otra patrilocalidad hasta que se dé intercambio exogámico por matrimonio<sup>5</sup>. La vida biológica y la convivencia territorial de sus miembros

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. Popayán, 1984.

<sup>5</sup> Véase: BERNAL, Segundo. Aspectos de la cultura páez: medicina y magia entre los paeces. En: *Revista Colombiana de Antropología*, N° 3, (1954); Bogotá. GÁLVEZ, Aída Cecilia. Tradición y cambio en el Cabuyo. Una comunidad



son valoradas cuantitativamente como expresión de equilibrio. Tránsito entrega la niña a la patrilocalidad del esposo de la hermana de Alcides, espacio vetado para vivir normalmente quienes no pertenecen a él.

La mujer páez debe amamantar a sus hijos hasta los cuatro años. Tránsito entrega a su bebita sabiendo que su cuñada no la puede amamantar. Otilia le da leche de vaca para alimentarla; la vaca es /YU/, elemento del subsuelo en donde se encuentran, además de la vaca y la leche, el cerdo, la serpiente, los tientos de los pijaos, el plátano y los muertos, todos elementos y seres destructores que descomponen lo que tocan, hacen mal, pudren y conducen a la muerte.

Conociendo de la muerte de la niña, Tránsito no asiste al entierro y lavatorio para limpiarse y así no contaminar a quienes la rodean, ya que ella es portadora de muerte. El hecho de haber nacido y pertenecer al pueblo páez significa que ha sido sometida a un proceso de socialización que le ha hecho interiorizar estas normas hacia las cuales debe tener determinadas actitudes, si pretende evitar tanto su enfermedad y muerte como la de los miembros del grupo.

El agua, como elemento fundamental de sus representaciones, se hace de necesario uso ritual. La prohibición de pisar agua en período posparto, porque repercute en el cuerpo individual y social, es una manifestación de cómo se refuerza la normatividad cultural<sup>6</sup>. Una mujer en estado posparto no puede caminar fuera de la casa durante un determinado tiempo, pues puede pisar los charcos de “agua amarilla”, sitios donde vive el arco, donde se para el arco. Si no se tienen en cuenta estas normas, el arco le puede hacer “botar la familia” o que el hijo nazca o se deforme como gato o cerdo<sup>7</sup>. Al salir a caminar a otra

---

páez en Tierradentro. Popayán, 1982. Tesis. Universidad del Cauca; GONZÁLEZ, David. *Los paezes o genocidio y lucha indígena en Colombia*. Medellín: Rueda Suelta, s/f.; HENMAN, Anthony. *Mama coca*. Bogotá: El Áncora/Oveja Negra, 1978.

<sup>6</sup> PORTELA, Hugo y GÓMEZ, Herinaldy. Territorio, cultura y *the' walas*. En: PINZÓN, Carlos; SUÁREZ, Rosa y GARAY, Gloria (eds.). *Cultura y salud en la construcción de las Américas*. Tomo I: *Reflexiones sobre el sujeto social*. Bogotá: CONCULTURA-CISP, 1993.

<sup>7</sup> *Ibid.*

patrilocalidad, como lo hizo Tránsito –quien como parturienta tiene el vientre frío–, debió bañarse con plantas calientes y consumir alimentos especiales siguiendo ciertas normas de acuerdo con el estado particular de su cuerpo: Tránsito no lo hizo. Al no hacerlo ella, su marido debió pedir a un cuñado que recogiera las plantas para ella, pero Tránsito no acudió a sus cuñados, ya que su marido estaba preso. De esta manera, el duende puede hacer daño tomando a la niña.

Tránsito no le sucedió a su hija, al nacer, un animalito, como un pollito o un perrito para cuando ella infringiera una norma el ataque del arco iris y del duende recayera primero sobre el animal. Al morir la niña y conocerse el incumplimiento de este deber, se relaciona la infracción con la muerte de la niña, ya que esta no contó con el “parachoques” representado en el animal protector.

Los paeces han visto cómo los mestizos delegan la crianza y educación de los hijos a sus compadres, generalmente ricos. Ser compadres para los paeces es compartir el proceso de crianza, práctica impensable socialmente, ya que la crianza no se delega. El niño se protege mediante esa prohibición. Los huérfanos son asumidos por los parientes de la misma patrilocalidad como clasificables, es decir, se les reconoce como sus miembros. Tránsito y su cuñada, Otilia Cayapú Dagua, cambian su relación determinada por relaciones de afinidad, entrando en parentesco ritual al asumir compartir la crianza de la niña como lo hacen mediante el compadrazgo los blancos. “¿Por qué se dicen cuñadas, por qué no se dicen comadres?” es la frase que dice Alcides y que desencadena el castigo. Un páez no puede relacionarse con otro páez para establecer un parentesco ritual de compadrazgo y menos con un afín. Las reglas internas de parentesco consanguíneo y por afinidad son muy estrictas y se extienden al parentesco ritual. Estas reglas hacen parte fundamental de derecho propio páez.

Tránsito, al consumir cerveza como lo hacen los blancos, es una “lame botellas” o de los paeces que no toman chicha. Tomar cerveza y no chicha es un acto que posee significados históricamente asociados; es mucho más que bebidas con origen diferente. La chicha como símbolo, y a diferencia de la cerveza, denota comunicación, al mismo tiempo que circunscribe y establece el lugar y el tiempo de los eventos comunitarios. Los paeces clasifican a los tomadores de cerveza como aquellos que no participan en la redistribución de productos, de acuerdo con sus normas, por lo que pueden acumular dinero y les alcanza para comprar cerveza: son como los blancos... Este elemento es funcional y no es tan

significativo como la lectura que se hace del que “se pasa” a la cerveza y deja la chicha como elemento de sus representaciones simbólicas.

Tránsito no podía establecer relación con un blanco para tomar cerveza. La cerveza no está prohibida, pero sí tomarla con un blanco. La situación que desencadena el hecho tiene su origen en la trasgresión de esa prohibición. Existen categorías culturales lingüísticamente definidas para señalar que la realización de determinada acción es cuestionable, como por ejemplo:

*El pueblo páez no toma cerveza con blanco.*

*Un páez no toma cerveza con blanco.*

*Un niño no aguanta cerveza.*

*El (ella) siente horror por beber cerveza.*

*El (ella) está sometido a la prohibición de beber cerveza.*

*El (ella) se expone a una amenaza si bebe cerveza.*

*El (ella) rechaza simbólicamente beber cerveza.*

Estos son llamados a la prevención para generar desconfianza frente a ciertas relaciones.

Se distingue, por un lado, a los que beben cerveza o “lame botellas” de los “lame totumas” (recipiente para la chicha), y, por otro, subyacen dos categorías a la prohibición: una preventiva y otra represiva:

*¡Es víctima por beber cerveza!*

*¡Ha muerto por beber cerveza!*

*¡La cerveza la arruinó!*

*¡La cerveza la minó!*

*¡La cerveza la destruyó!*

Se evidencia en Tránsito el rompimiento de las ideas y prácticas normadas que *ligan*, que conectan con otros; son acciones necesarias entre los paeces para garantizar la continuidad del grupo social, y sirven como orientadoras de la interacción entre sus miembros y con la naturaleza.

### *La colisión entre el sistema normativo tradicional y la misión evangélica*

La generalización del fenómeno protestante entre los paeces es creciente, diversos grupos sectarios no católicos hacen evidente la inserción cada vez mayor de otros cuerpos

culturales que mediante el proselitismo religioso chocan con la tradición cultural páez. Estos grupos protestantes han impactado realmente la cultura y la etnia, generando comportamientos diferenciales a partir de la asunción por los conversos de la nueva religión. Las transformaciones socioculturales operadas han traído como resultado modificaciones del orden social, económico, religioso y político existente, y violencia por la confrontación entre paeces tradicionales que ven en los evangélicos “blanqueados” personas que rompen con sus ancestrales convicciones.

Las jerarquías de estos grupos religiosos sectarios demandan de los creyentes tributaciones para el sostenimiento del pastor y del proselitismo religioso. Los paeces evangélicos entregan a la iglesia, ya no a los comunitarios, la primera carrera del maíz, las primeras papas arrancadas, la primera cría de ganado o de ovejas que es la tradicional forma páez de dar y recibir.<sup>8</sup> Esta institución de la estructura económica, a través de la solidaridad, mantiene un determinado equilibrio para sus miembros. El apoyo a las autoridades, viudas y huérfanos también es obligatorio.

*Cambio de hábitos culturales.* Entre los cambios más sorprendentes en el desarrollo de los nuevos valores, hábitos y comportamientos generados por la presencia de la misión evangélica, se encuentra el éxito logrado en la neutralización y desaparición del consumo de chicha. Esta ingresa dentro del orden de las prohibiciones, conjuntamente con la no asistencia a minga, las relaciones sexuales extramaritales, el baile, el cigarrillo y el mascar coca, lo que crea una conciencia culpable y culturalmente avergonzada. No portar estos elementos del ser indio hace parte de la posibilidad de participar del hombre universal que no se ve estigmatizado, y de los hijos de Dios.

*Pérdida de los niveles relacionales espirituales.* Desaparece la relación con los */the-walas/* (médicos tradicionales indígenas) y con las autoridades reconocidas para guiar en los valores del derecho propio, que fundamentan sus trabajos y consejos en la coca, el aguardiente y el tabaco, y leen las señas del empaldecimiento, la falta de fuerza, la gordura. Se opera por los evangélicos un desplazamiento de estos poderes y capacidades hacia un pequeño número de jóvenes paeces, que habiendo recibido designación por

---

<sup>8</sup> GÁLVEZ, op. cit.

“voluntad divina”, adquieren capacidad de orientar y curar, que son las principales facultades adscritas a los médicos tradicionales<sup>9</sup>.

*Cambio de los esquemas de solidaridad.* El converso se transforma culturalmente. Rechaza los rituales y ceremoniales: no participa de mingas, no usa chicha, ni coca, ni aguardiente, no reparte productos a los miembros de su comunidad y no acude a sus autoridades, sino que las sustituye por las nuevas autoridades reconocidas por los evangélicos. La organización social se modifica: los deberes y derechos en relación con los parientes se trasladan a los nuevos adeptos y misioneros, generando con ellos relaciones económicas que rompen los lazos internos de solidaridad entre paeces tradicionales. Su vida social se organiza de otra manera y con base en sus nuevas relaciones. La religión impone una nueva concepción sobre la ubicación de los individuos en su medio e impregna las relaciones en un nuevo orden social. La conversión religiosa del indígena supone, pues, no solo el rechazo de sus propias creencias, sino el rompimiento de sus formas de relación.

La nueva religión también proporciona los argumentos para el rechazo del sistema étnico tradicional, poniendo en duda la autoridad de los argumentos que de manera tradicional son abordados para ser cumplidos: hacer minga, reunirse para tomar chicha, hacer dieta posparto, lavarse ritualmente, proteger a los niños mediante rituales y enterrar a los muertos bajo ceremonias y creencias, como mecanismos paeces que se muestran opuestos o contrarios a las nuevas creencias. Adicionalmente, los misioneros son una fuerza pacificadora en una zona convulsionada por diferentes conflictos como la lucha armada, la mafia y el narcotráfico, la escasez de tierras. La nueva religión sirve de mecanismo desintegrador de la comunidad entre quienes luchan bajo sus formas tradicionales para reivindicar sus derechos aquí y ahora, y quienes tienen la esperanza de la recompensa en la otra vida.

El proceso de revaluación que hacen los paeces evangélicos de su sistema tradicional, del sentido de pertenencia étnica, lleva a que el pueblo páez se encuentre en un permanente ratificar, confirmar o dar nuevo valor y firmeza a la realidad, las actitudes y las creencias. El rechazo a lo propio por parte de los conversos puede observarse también en el desacato

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*

a los marcos tradicionales, y acato a las nuevas costumbres traídas por nuevas autoridades. Incorporación del valor de la tierra que es /*ANCHI*/ o de todos, para ser /*PESUE*/ que equivale a ladrón, es decir, al que toma individualmente para sí y no comparte. Desacato a las orientaciones que guían el comportamiento con la naturaleza para impedir el poder de algunas personas, animales, cosas, en su capacidad de hacer daño; rupturas con el simbolismo asociado con la historia páez. Todo ello constituye una expresión real de la desetnificación y pérdida de la cultura.

*La colisión y el conflicto entre derechos fundamentales.* El caso presentado pone en evidencia el conflicto entre el derecho individual que busca el respeto a la persona en el marco de sus decisiones, del desarrollo de su personalidad, de sus convicciones religiosas, y las consecuencias que ello pueda traer sobre otros, lo cual en el marco de la sociedad colombiana no puede aceptarse ilimitadamente. El derecho a la libertad de culto puede y debe respetarse siempre que no vulnere la existencia del pueblo indígena. La sociedad páez no puede abrirse a otros sistemas religiosos si estos ponen en peligro su sistema cultural como tal, ya que la religión hace parte de lo público y no del ámbito de lo privado.

Los paeces tienen unos mínimos y unos máximos aceptables respecto del comportamiento de las personas, que son los que les garantizan su supervivencia biológica y cultural. Quienes consideran que existir como pueblo tiene valor, son totalmente intransigentes y no están dispuestos a compartir con otros valores culturales incompatibles con los propios, por lo que se justifica su exclusión del “nosotros”, expulsándolos materialmente o liquidándolos físicamente como la fuente del mal social.

### *Decisión del tribunal y de la comunidad páez*

El Tribunal Superior de Popayán juzgó al autor como reincidente homicida. Las autoridades indígenas, junto con la comunidad, juzgaron el caso y concluyeron que Alcides actuó como páez en la defensa de los valores de su pueblo. Para los paeces, Tránsito está en /*yu*/, compartiendo con los tiestos de pijao, con las serpientes pensadas como sumatoria de escamas, con el cerdo, el plátano, la muralla de los pijaos y la sal, todos elementos de lo frío, lo quieto, lo que pudre y hace daño. Comparte con lo más indeseable. Para los miembros de la nueva iglesia, Tránsito está compartiendo con los hermanos evangélicos que han muerto para vivir en la gloria de Dios.

## El caso de la Iglesia Pentecostal entre el pueblo Arhuaco

La Sentencia U-510 de 1998, del magistrado ponente Eduardo Cifuentes, es edificante. Deja una huella para el mundo sobre la solidez de un fallo y la calidad de argumentos para decidir un tema crucial, altamente sensible, y clasificable como caso difícil en derecho. Las temáticas investigadas y tratadas con profundidad para llegar a la decisión son veintitrés<sup>10</sup>, las autoridades indígenas que actúan como participantes directos para informar a la Corte son ocho, los peritos antropólogos nombrados para el caso son dos<sup>11</sup>, los conceptos institucionales cinco<sup>12</sup>, participan también entrevistados indígenas, la bibliografía ampliamente citada es de dieciocho títulos<sup>13</sup>. Bien merece nuestra Corte Constitucional tanto respeto y reconocimiento.

---

<sup>10</sup> Características generales, organización civil y política. Mundo espiritual y religioso. Temas: Ley de la Madre o Ley de Origen, ofrendas o pago en Ley de Origen, significado del telar, primacía de lo colectivo sobre lo individual, algunas especificidades del sistema jurídico, rol político y religioso de los mammos, inserción dentro del concierto social regional y nacional, origen, dogmas fundamentales y prácticas de la Iglesia pentecostal unida de Colombia (IPUC), incidencia de la doctrina evangélica, miembros civiles o foráneos de la IPUC, grado de incidencia de las prácticas de la IPUC sobre la comunidad tradicional, cosmovisión incompatible con la doctrina evangélica.

<sup>11</sup> Peritos antropólogos: Carlos Alberto Uribe y Esther Sánchez Botero. Véase: URIBE, Carlos Alberto. Consulta de la Honorable Corte Constitucional, Santa Fe de Bogotá, 1997; SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico presentado a la Honorable Corte Constitucional, Santa Fe de Bogotá, 1998.

<sup>12</sup> Conceptos: AUTORIDADES TRADICIONALES DEL PUEBLO ARHUACO DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA. Concepto presentado a la Corte Constitucional, Valledupar, 1997; COLOMBIA. DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS INDÍGENAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR. Concepto presentado a la Corte Constitucional, Santa Fe de Bogotá, 1997; COMISIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS DEL CESAR. Concepto presentado a la Corte Constitucional, Valledupar, 1997; IGLESIA PENTECOSTAL UNIDA DE COLOMBIA. Concepto presentado a la Corte Constitucional, Santa Fe de Bogotá, 1997; FUNDACIÓN PRO-SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA. Plan de Desarrollo Sostenible de la Sierra Nevada de Santa Marta, Santa Fe de Bogotá, 1997; COLOMBIA. INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA. Concepto presentado a la Corte Constitucional, Santa Fe de Bogotá, 1997; COLOMBIA. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Concepto presentado a la Corte Constitucional, Santa Fe de Bogotá, 1997.

<sup>13</sup> Bibliografía citada: REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. La conquista de los tairona. En: REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo y REICHEL-DOLMATOFF, Alicia. *Estudios antropológicos*. Bogotá: Colcultura, 1977; REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. Contactos y cambios culturales en la Sierra Nevada de Santa Marta. En: REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo y REICHEL-DOLMATOFF, Alicia. *Estudios antropológicos*. Bogotá: Colcultura, 1977; REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. Notas sobre el simbolismo religioso de los indios de la Sierra

Si bien esta sentencia aborda el problema de modo muy extenso, es quizá porque recoge como ninguna otra el trabajo previo realizado por la Corte sobre asuntos indígenas, y expresa el modo ejemplar de actuación de un tribunal como ente que toma decisiones de vida o muerte, como bien lo expresa la antropóloga Mary Douglas.

El caso se expone a partir de la Sentencia, y en esta, los argumentos antropológicos expuestos para interpretar los hechos se encuentran dentro del texto.

### *Los hechos*<sup>14</sup>

*Por intermedio de apoderada, el representante legal de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia –IPUC– y 31 indígenas arhuacos interpusieron acción de tutela [...] contra varias autoridades de la comunidad indígena Arhuaca, por considerar que estas vulneraron sus derechos fundamentales a la vida [...] a la integridad personal [...] al libre desarrollo de la personalidad [...] a la libertad de conciencia [...] a la libertad religiosa y de culto [...] a la libertad de expresión [...] a la honra [...] y a la libertad personal [...].*

---

Nevada de Santa Marta. En: REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo y REICHEL-DOLMATOFF, Alicia. *Estudios antropológicos*. Bogotá: Colcultura, 1977; REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. El misionero ante las culturas indígenas. En: REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo y REICHEL-DOLMATOFF, Alicia. *Estudios antropológicos*. Bogotá: Colcultura, 1977; REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. Templos kogi. Introducción al simbolismo y a la astronomía del espacio sagrado. En: *Revista Colombiana de Antropología*, Vol. 19, N° 4 (1975); REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. The Loom of Life: A Kogi Principle of Integration. En: *Journal of Latin American Lore*, Vol. 4, N° 1 (1978); REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. *Los kogi. Una tribu de la Sierra Nevada de Santa Marta*, 2 tomos. Bogotá: Procultura, 1985; REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. *Los ika. Sierra Nevada de Santa Marta. Notas etnográficas 1946-1966*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1991; URIBE, Carlos Alberto. La gran sociedad indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta en los contextos nacional y regional. En: CORREA, François (ed.). *Encrucijadas de Colombia amerindia*. Santa Fe de Bogotá: ICAN, 1993; URIBE, Carlos Alberto. La etnografía de la Sierra Nevada de Santa Marta y las tierras bajas adyacentes. En: URIBE, Carlos Alberto et ál. *Geografía humana de Colombia*, tomo II. Santa Fe de Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, 1993; TORRES, Vivencio. *Los indígenas arhuacos y “la vida de la civilización”*. Bogotá: América Latina, 1978; FRIEDE, Juan. *La explotación indígena en Colombia bajo el gobierno de las misiones. El caso de los arhuacos de la Sierra Nevada de Santa Marta*. Bogotá: Punta de Lanza, 1973; GEERTZ, Clifford. *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 1997.

<sup>14</sup> En adelante, las citas en extenso corresponden al documento: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia U-510”, M. P.: Eduardo Cifuentes, 1998.



*La representante [...] informó que, hace aproximadamente 39 años, la IPUC se estableció en la Sierra [...] varios indígenas arhuacos adoptaron la religión evangélica, haciéndose miembros de la IPUC. Relata que estos indígenas han sido objeto de arbitrariedades y atropellos por parte de las autoridades tradicionales de la comunidad Arhuaca [...] “tales atropellos han consistido en prohibiciones de realizar cultos a Dios bajo amenazas de detención; despojo de textos bíblicos y objetos personales; detenciones y encarcelamientos efectivos a miembros de la Iglesia a quienes se les obliga a doblar sus rodillas sobre piedras; detención arbitraria, en tres oportunidades, del pastor [...] quien es indígena; desalojo y sellamiento arbitrario del templo donde inicialmente funcionaba la Iglesia (hace 9 años fue cerrado el templo bajo candado y todavía se encuentran dentro de él las bancas, el púlpito y demás muebles dispuestos para el culto al Señor. A partir de ese momento, y hasta hace 4 años, los miembros indígenas de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia celebraban cultos a Dios clandestinamente)”. [...] relató que, con la expedición de la Constitución Política de 1991 y la protección que esta otorga a la libertad religiosa, un nuevo pastor evangélico llegó a la zona oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta, quien construyó un nuevo templo [...] animó a los indígenas a que denunciaran ante las autoridades públicas competentes las arbitrariedades y abusos a los que los habían sometido las autoridades de la comunidad Arhuaca [...].*

*Las autoridades tradicionales arhuacas justificaron sus actuaciones “aduciendo que las costumbres de la comunidad indígena están por encima de la ley y que lo que tiene peso y valor dentro de la comunidad es lo que acuerden en ella” [...]. De igual modo, anotó que [...] por orden del Segundo Cabildo Gobernador y el Inspector de Policía del corregimiento de Sabana Crespo, el joven Norberto Torres Solís y el señor Juan Aurelio Izquierdo Solís fueron “guindados” de sus brazos, el primero por defender al pastor evangélico –quien iba a ser detenido– y el segundo por permitir que sus cuatro hijos pertenecieran a la IPUC. Informó que, en esa oportunidad, al pastor Jairo Salcedo le fue prohibido el ingreso a la zona, para luego ser expulsado de la misma. Por estas razones –relata la representante judicial de los demandantes–, el pastor, junto con 37 indígenas evangélicos, debieron huir lo cual los motivó a recurrir, nuevamente, a las autoridades públicas competentes, con las cuales se reunieron y decidieron convocar a las autoridades indígenas tradicionales a una reunión, con la finalidad de lograr un acuerdo “y así volver a la armonía y a la paz que ha caracterizado a la comunidad”.*

*Fue así como se llevó [...] una reunión entre los indígenas miembros de la IPUC, las entidades públicas (Jefatura de Asuntos Indígenas, Defensoría del Pueblo, Personería*

*Municipal y Procuraduría Provincial) y las autoridades tradicionales arhuacas. Como quiera que las autoridades indígenas estimaron que “los derechos colectivos tradicionales son vulnerados y las autoridades son suplantadas por personas que practican otro pensamiento, y así mismo porque el Estado tiene la obligación de proteger la diversidad”, no fue posible llegar a ningún acuerdo [...]. Por este motivo, el templo fue clausurado “hasta que se emita el fallo de la Corte Constitucional”. La apoderada de los actores señaló que, pese a lo anterior, una vez finalizada la reunión, “las autoridades indígenas amenazaron a los miembros de la Iglesia presentes con detención y con que serían guindados”, razón por la cual los indígenas evangélicos debieron acudir a la Alcaldía de Valledupar para buscar protección.*

*A juicio de la representante judicial de los demandantes, el principio de diversidad étnica y cultural de la nación (CP, artículo 7°) y las facultades jurisdiccionales de las autoridades tradicionales indígenas se encuentran limitadas [...] considera que la protección de los derechos individuales de los miembros de una comunidad indígena tiene más valor que la protección del derecho colectivo “a mantener la singularidad cultural”.*

*“[...] El principio de diversidad étnica y cultural ofrece una protección colectiva a las comunidades indígenas, pero cada indígena como ciudadano colombiano también se encuentra protegido por la Carta Constitucional cuando se trata de sus derechos fundamentales, en igualdad de condiciones que cualquier persona en el país. No es lógico que a un indígena, como ser humano pensante que es, no se le permita escoger libremente y según su convicción y conciencia, en qué y en quién desea creer, y qué desea practicar, ya que también se trata de un ciudadano colombiano con capacidad de decidir por él mismo. No es cierto que por querer ser evangélico y desear seguir a Jesucristo, el indígena deje de ser indígena. La IPUC, a través de sus pastores, se ha limitado a impartir un mensaje a quien lo desea escuchar, y quienes actualmente son cristianos han decidido voluntariamente cambiar su forma de pensar. No es la Iglesia la que causa división en la comunidad indígena, son sus autoridades quienes han decidido vulnerar sus derechos provocando la división”. Con base en lo anterior [...] solicita que se tutelen los derechos fundamentales invocados de suerte que se permita a los miembros indígenas de la IPUC la práctica de su culto religioso en condiciones de libertad, “sin temor alguno a ser maltratados o castigados por ese hecho”. De igual forma, solicita que el pastor de la IPUC pueda predicar el Evangelio a los miembros de la comunidad indígena Arhuaca que así lo deseen y que se prevenga a las autoridades tradicionales para que no continúen incurriendo en conductas arbitrarias e ilegales.*

*Con la finalidad de esclarecer los hechos [...] la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar recibió los testimonios [...] el declarante indicó que, con la prohibición establecida por las autoridades arhuacas de practicar la religión evangélica, “ellas quieren que sigamos con la religión tradicional de los mamos, para que vivamos unidos en una sola religión”. Agregó que “nosotros lo que deseamos es que nos dejen ser creyentes, que nos dejen esa libertad y que no nos obliguen a seguir la religión tradicional de los mamos [...]”.*

*El Cabildo Gobernador señor Bienvenido Arroyo, manifestó [...] que su deber es hacer cumplir las órdenes de los mamos, quienes son los encargados de administrar la religión arhuaca, de la cual se derivan las leyes que los rigen “desde la creación del mundo”. [...] que las autoridades arhuacas sentían temor de que las prácticas religiosas evangélicas pudieran acabar con la conciencia y costumbres indígenas tradicionales. [...] De igual modo, afirmó que ha ejercido su autoridad para que los indígenas “no se cambien de religión”. Por último, manifestó que “no voy a permitir [que el pastor siga predicando el Evangelio] porque está contra nuestras propias creencias, pues con eso se está acabando al indígena”.*

*[...] El Corregidor Indígena de Sabana Crespo [...] solicitó el apoyo de las entidades estatales para que el territorio arhuaco fuera respetado. [...] puso de presente que las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas Arhuaca, Kogi y Arzaria habían decidido, en varias asambleas generales, que era necesario “sacar” de la Sierra a los pastores que predicaban creencias distintas a las tradicionales.*

*Por otra parte, Bienvenido Arroyo aclaró que el Estatuto Superior, en su artículo 329, determina que los resguardos son de propiedad de las comunidades indígenas que los habitan, razón por la cual solo a estas corresponde autorizar la entrada de personas ajenas a la respectiva comunidad. En esta medida, los pastores y miembros de la IPUC solo podrían entrar a territorios arhuacos y construir templos en los mismos si las autoridades tradicionales impartieran la correspondiente autorización, lo cual, hasta el momento, no ha ocurrido.*

*La Jefe de Asuntos Indígenas de Valledupar [...] consideró que ese derecho a la diversidad tiene un rango prevalente que lo coloca al mismo nivel que el derecho a la vida, en tanto derecho fundamental de los pueblos indígenas. De igual modo, anotó que las comunidades indígenas gozan de un grado de autonomía tal que replantea “la relación pueblos indígenas-*

*sociedad nacional, de tal forma que se garantice a los primeros la posibilidad de tomar decisiones en torno al tema de su reproducción social como sujetos colectivos”. Por otra parte, manifestó que el derecho fundamental a la libertad de cultos se encuentra garantizado por la Carta Política siempre y cuando su ejercicio no implique un daño a otras personas. [...] aseguró que si las autoridades tradicionales consideran que algunos de sus miembros están violando la identidad cultural del pueblo arhuaco al practicar creencias religiosas distintas a las tradicionales, están autorizadas a adoptar las decisiones que consideren pertinentes “dentro del marco de sus sistemas de control y regulación social, entre ellas el ejercicio de la facultad punitiva propia de esos pueblos, de conformidad con sus usos y costumbres, sin que sea dable a ninguna dependencia gubernamental intervenir, regular o impedir esas prácticas”. [...] manifestó que “el asunto relativo a permitir el proselitismo religioso evangélico [...] al interior del Resguardo Ijka, es un asunto inherente a la autonomía indígena de la órbita de competencia de las autoridades tradicionales (mamos), tal como lo establece la Ley 21 de 1991, en la cual se define que el cambio cultural debe ser decidido por los propios pueblos indígenas”. Agregó que “las personas de origen indígena, que en uso de su derecho fundamental a la libertad de cultos, hayan acogido el camino de asumir una vida cristiana evangélica, de una u otra manera, deben hacerse cargo de los costos del cambio cultural que su decisión autónoma implica, el primero de los cuales consiste en no realizar sus prácticas religiosas en el territorio del resguardo, a fin de respetar y proteger la identidad y la integridad cultural de dicho pueblo”<sup>15</sup>.*

### ***Se denegó la tutela***

*Por providencia de junio 12 de 1997, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar denegó la tutela [...]. El fallador de tutela consideró que: [...] era posible deducir que “la llegada del pastor a sus comunidades está resquebrajando su homogeneidad cultural y, lo que es peor, está acabando con su tradición religiosa al punto que se está enfrentando y dividiendo al grupo indígena por cuanto ya existen distinciones entre tradicionales y evangélicos, vale decir, con la conquista y evangelización de indígenas por parte de un civil se está socavando la infraestructura o convicción moral de una costumbre o tradición que le viene dada por milenios de sus antecesores.”*

<sup>15</sup> Ibid.

*Luego de establecer que los casos en los cuales exista un enfrentamiento entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y otro derecho fundamental el juez debía efectuar una ponderación conforme a las circunstancias fácticas del caso particular para establecer cuál de los derechos debía prevalecer, el a-quo consideró que, en el presente caso, no era posible acceder a las pretensiones de la IPUC pues ello implicaría “desconocer la propia autonomía de esas comunidades y, de paso, abrirle las puertas a sectas religiosas que irían a imponer sus principios, chocando con los usos y costumbres que predominan en los indígenas según sus propias tradiciones”. [...] Por otra parte, estimó que la construcción de templos evangélicos y el desplazamiento de personas ajenas a la comunidad indígena al interior de los resguardos, sin el respectivo permiso de las autoridades tradicionales, constituían acciones violatorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva. [...] Para terminar, el tribunal señaló que “quienes no se consideren atados a la autoridad de los mamos, bien pueden liberarse de sus señorío y recurrir a otras creencias religiosas, como la evangélica, pero deberán hacerlo, o bien dentro de sus comunidades o bien fuera de las mismas; pero en aquel caso liderados por uno de sus iguales y, en el otro evento, por pastores civiles, pero en sitios ubicados por fuera de los resguardos. Todo ello porque de permitirse o autorizarse el pedimento de la accionante, se pondría en peligro no solo la estabilidad y permanencia de la raza indígena asentada en las sabanas del Jordán y Crespo, sino que se contribuiría con su extinción, cuestión que iría en vía contraria de la Constitución Nacional”.*

*La apoderada de los actores impugnó la sentencia [...] <sup>16</sup>.*

### ***La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo***

*Mediante sentencia de julio 31 de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo a-quo. [...] con dos argumentos: “si la autonomía administrativa, presupuestal y jurisdiccional que tienen los grupos étnicos minoritarios tribales, en términos del Convenio 169 de la OIT, sobre los territorios que ocupan en una modalidad de propiedad privada colectiva, les confiere la facultad de ordenar internamente todos sus asuntos [...] es evidente que en el proceder adoptado por las autoridades indígenas denunciadas no puede descubrirse la arbitrariedad que se les endilga en la tutela, pues no*

<sup>16</sup> Ibid.

*se entendería cómo puede garantizarse constitucionalmente el derecho de propiedad, si cualquier persona puede circular por ella sin el consentimiento o venia de su propietario [...]. De otro lado, el ad-quem estimó que la negativa de la comunidad arhuaca, en tanto sujeto colectivo, a permitir el ingreso de pastores evangélicos al resguardo está amparada en el ejercicio de la libertad de culto, la cual posibilita rehusar creencias y doctrinas religiosas particulares. Sin embargo, la Corte anotó que si un individuo, como tal, decide ejercer sus derechos individuales y, con ello, afecta “el sentido de pertenencia” al grupo a que pertenece, en detrimento de “la fragilidad de los lazos que atan a los miembros de la comunidad”, debe preferirse la protección de ese derecho individual por sobre los derechos colectivos de la comunidad de la que el individuo forma parte. En este sentido, el fallador de segunda instancia consideró que el derecho a la libertad de culto de los indígenas actores había sido vulnerado y, por ello, era necesario mantener el amparo constitucional otorgado en primera instancia. La anterior decisión fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión [...]*<sup>17</sup>.

### **Revisión de la Corte Constitucional**

*Los hechos que originaron la acción de tutela plantean un conflicto entre los derechos de los miembros, denominados “tradicionales”, de la comunidad indígena Arhuaca, Ika o Ijka [...] compuesta aproximadamente por 15.000 personas<sup>18</sup> frente a los derechos de los miembros de la misma colectividad que pertenecen a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia o IPUC alrededor de 300 personas<sup>19</sup>.*

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> “La Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior (DGAI, 1997: 2) y la Comisión de Asuntos Indígenas del Cesar (CAIC, 1997: 2) indican que, actualmente, la población Arhuaca o Ika, distribuida en los tres departamentos que conforman la Sierra, está constituida por un total de 13.883 individuos, 10.063 de los cuales habitan en el departamento del Cesar. Por su parte, la Defensoría del Pueblo (Defensoría del Pueblo, 1997: 7) y el ICAN (ICAN, 1997: 1) coinciden con las autoridades tradicionales Ika al señalar que el pueblo Ika cuenta con una población actual de, aproximadamente, 15.000 indígenas. Según la Fundación Pro-Sierra Nevada de Santa Marta, actualmente el macizo se encuentra habitado por 13.383 ikas, 1.857 wiwas y 8.590 kogis, para un total de 23.830 indígenas (Fundación Pro-Sierra, 1997: 19)”. *Ibíd.*

<sup>19</sup> “[...] personas Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior (DGAI, 1997: 2) y Comisión de Asuntos Indígenas del Cesar (CAIC, 1997: 2), y, de los integrantes de la mencionada congregación religiosa que no hacen parte del pueblo Arhuaco”. *Ibíd.*

*En las condiciones planteadas, la Corte debe resolver si, a la luz de la Constitución Política, las conductas que originaron la acción de tutela vulneran los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad indígena que pertenecen a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia o de los integrantes “civiles” de esta última congregación. El problema planteado se divide, a su turno, en tres cuestiones distintas pero íntimamente relacionadas. En primer lugar, la Sala debe decidir si, a la luz de la Constitución Política, las autoridades tradicionales de un pueblo indígena se encuentran autorizadas para restringir la libertad de cultos de sus miembros a fin de mantener la diversidad e integridad de su cultura. Si la respuesta a esta última cuestión fuere negativa, no sería necesario estudiar cada una de las eventuales restricciones, pues todas ellas resultarían violatorias del derecho consagrado en el artículo 19 de la Carta. No obstante, si se admitiera que, en las condiciones anotadas, las autoridades tradicionales están facultadas para restringir el ejercicio del mencionado derecho fundamental, resultaría indispensable analizar cada una de las eventuales restricciones –el cierre del templo, la prohibición del proselitismo religioso [...] el acceso al resguardo de congregaciones religiosas ajenas a su cultura o si con ello se viola el derecho a la libertad de cultos de dichas congregaciones la que apareja la libertad de predicar sus dogmas sobre todo el territorio nacional. [...] La primera sección de la parte motiva de esta sentencia, está orientada a comprobar la veracidad de la premisa de la cual parte el alegato de las autoridades tradicionales indígenas, esto es, si las prácticas de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia –IPUC– comprometen el derecho fundamental a la diversidad e integridad cultural de la comunidad arhuaca. Para ello, se estudiarán [...] consideraciones etnográficas y sociológicas previas tendentes a establecer el grado de afectación real que las prácticas de la IPUC [...] y la Doctrina de la Corte Constitucional sobre la autonomía de las autoridades tradicionales indígenas y la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad; (2) estudio de los problemas jurídicos originados en el caso concreto; (2.1) la imposición de límites a la libertad religiosa de los indígenas evangélicos por parte de las autoridades tradicionales de la comunidad Ika; (2.2) los delitos y las penas imputados e impuestos a los indígenas evangélicos; (2.3) las prácticas religiosas limitadas por las autoridades tradicionales; (2.4) la distribución de los bienes y recursos dentro del resguardo; (2.5) la prohibición de acceso al territorio ika de miembros de la IPUC no pertenecientes a la comunidad indígena [...]”<sup>20</sup>.*

<sup>20</sup> Ibíd. “1) generan sobre la cultura Ika o Arhuaca. (1.1) Características generales de la población Ika. Organización política de la comunidad Ika. El mundo espiritual y religioso de los Ika: la “Ley de origen” o “Ley madre”. La búsqueda constante de un equilibrio entre opuestos. El significado de las ofrendas o pagos en el contexto de la “ley de

### *Consideraciones etnográficas y sociológicas tendentes a establecer el grado de afectación real que las prácticas de la IPUC generan sobre la cultura ika*

*Por tratarse de un asunto altamente complejo y de la ponderación de derechos que gozan de una particular importancia constitucional –como el derecho a la diversidad cultural, relacionado con la existencia misma de culturas constitucionalmente protegidas y la libertad de cultos, intrínsecamente atado a la dignidad humana– el juez constitucional no puede aborrazar esfuerzo alguno para intentar entender todas las dimensiones del caso específico sometido a decisión judicial<sup>21</sup>.*

#### *En la Corte se busca ampliar la experiencia cultural del juez*

Resulta muy valioso que la Corte se traslade al terreno para entrevistarse con todos los actores de este conflicto, además de estudiar la etnográfica existente, y que cuente con el apoyo de antropólogos en calidad de peritos. También que con igual importancia examine los dogmas de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia que surge como uno de los resultados contemporáneos de la reforma protestante, con el fin de determinar si el proselitismo que realiza esta iglesia cristiana en la Sierra afecta la identidad e integridad étnica y cultural del pueblo indígena Ika.

*[...] considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución –directa o indirecta [...] a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente*

---

origen”. El significado del telar a la luz de la cosmovisión Ika. La primacía de lo colectivo sobre lo individual: las responsabilidades del indígena con el mundo. Algunas especificidades del sistema jurídico Ika. El rol político y religioso de los mamos. La inserción de la comunidad Ika dentro del concierto social regional y nacional. Breve recuento de los conflictos religiosos en la Sierra Nevada. (1.2) Origen, doctrina fundamental y prácticas de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia en el resguardo Ika. (1.3) Incidencia de la doctrina evangélica en el mundo religioso y espiritual de los Ika. (2) Síntesis. [...] en la segunda sección debe hacer previamente una recapitulación de la jurisprudencia en materia de derechos y límites constitucionales de las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas”. *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*



*afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial—, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión [...]. De otra parte, para poder entender el verdadero grado de afectación que pueden tener los miembros de la IPUC sobre la integridad cultural arhuaca, es indispensable estudiar los dogmas y las prácticas propias de esta congregación religiosa. [...] En particular, la Sala solicitó, además de la ampliación de las posiciones de las partes en conflicto, los conceptos de reconocidos expertos en la problemática indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta, y en cuestiones teológicas relacionadas con la IPUC, los cuales complementaron con la realización de una inspección judicial a los lugares donde se han desarrollado los hechos que originaron esta acción de tutela [...]. Los datos suministrados a la Corte por los mamos y otras autoridades tradicionales de la comunidad indígena Arhuaca durante la diligencia judicial realizada en el resguardo Arhuaco los días 29, 30 y 31 de marzo, y por las entidades estatales y expertos consultados serán complementados con la información contenida en la bibliografía etnográfica disponible.*

*La religión del pueblo Ika<sup>22</sup> [...] se basa en el culto a la “Madre Universal”<sup>23</sup> en un ciclo constante que comienza con la concepción y termina en el renacimiento después de la muerte. En efecto, el ciclo constante de sembrar (concebir), nacer, madurar, morir y renacer constituye para los ika la “Ley de la Madre” o “Ley de Origen”, la cual se erige*

---

<sup>22</sup> Fuera del texto. En razón de la extensión se coloca como nota al pie: “Así, cada roca, cada vuelta del camino, cada pozo en el río, tiene para los ika un profundo significado sobrenatural. El paisaje entero está impregnado de la viva presencia del pasado, desde la creación del universo hasta el recuerdo de un abuelo recién fallecido; desde las hazañas de la mitología heroica hasta las reminiscencias de los ancianos que todavía cuentan las guerras civiles, de episodios del siglo pasado cuando aún había mamos que podían transformarse en jaguares. [...] Así el paisaje es un código, un mapa, un palimpsesto, sobre cuyos diversos planos se mueven los hombres, siempre sobre caminos ya trazados por otros que les precedieron; con cada paso uno se aleja de algo, se acerca a algo, en esta gran malla reticular que es la Sierra Nevada, que es su pasado, su presente, su porvenir. En ninguna parte del país he encontrado tribus tan arraigadas en su tierra, tan conscientes de su historia y tan convencidos de tener una misión: la de vivir una vida ejemplar para una pobre humanidad desorientada. Reichel-Dolmatoff, 1991: 164”. *Ibid.*

<sup>23</sup> “Es una religión cuya base metafísica reside, fundamentalmente, en el culto a la fertilidad, Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 85; Reichel-Dolmatoff, 1991: 159; Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 85; Reichel-Dolmatoff, 1991: 159”. *Ibid.*

*en su principio ético fundamental que guía no solo la conducta de cada individuo sino que es la base misma de su sistema político y jurídico y de sus patrones de organización social. Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 87. [...] No existe, en suma, ningún acto humano o fenómeno natural que no constituya un reflejo o una consecuencia de las disposiciones de la “Ley de la Madre”. [...] el existir de los ika y su mundo circundante tienen un carácter sagrado y religioso y no existe una vida por fuera de su concepto de religión. ICAN, 1997: 7; Sánchez Botero 1998: 5-10, passim. [...] los ika estiman que cualquier comportamiento humano tiene la virtualidad de afectar el orden universal y la armonía de la naturaleza. ICAN, 1997: 9; Sánchez Botero 1998: 5-10, passim. [...] Conforme a esta concepción de la existencia, los ika se desenvuelven en un mundo donde cada elemento natural o fabricado por el hombre desempeña una función religiosa fundamental, en la medida en que contienen una gran cantidad de información condensada, de asociaciones, de códigos y de significados a partir de los cuales es posible conocer e interpretar la “Ley de Origen”.*

*[...] Los ika (al igual que todos los indígenas de la Sierra Nevada) utilizan dispositivos materiales con el fin de lograr el anhelado equilibrio del universo, de lo cual surge el concepto de la “ofrenda”, el “don”, el “pagamento” o la “seguranza”, denominado makruma o marunsáma por los Ika y sewá por los Kogi. Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 97; Reichel-Dolmatoff, 1991: 143; Uribe, 1997: 14; Sánchez Botero, 1998: 6-7. Entre los ika, el otorgamiento de ofrendas –que pueden consistir en alimentos, cuentas arqueológicas, cabellos humanos, semen, sangre, hilos de algodón, conchas marinas, trabajo comunal, etc.– precede prácticamente a todos los actos del hombre, desde los más cotidianos hasta los más complicados rituales<sup>24</sup>. Para los ika, el tejido es una actividad [...] de carácter moral con profundas consecuencias de carácter metafísico. [...] A través del tejido, los pensamientos se organizan y se insertan dentro de un orden universal. Así, tejiendo y*

<sup>24</sup> “En tanto todo objeto es fruto de un acto intencional de concepción [...] tiene, por ende, un ‘padre’ o ‘dueño’ o una ‘madre’ o ‘dueña’, al cual se hace necesario ‘pedir permiso’ antes de hacer uso o de tomar los beneficios del objeto específico de que se trate, permiso que se obtiene mediante el pago de una ofrenda. De este modo, debe pagarse una ofrenda al ‘padre’ del maíz, cuando quiera que haya de emprenderse el cultivo de esta planta; cuando se corta un árbol para obtener madera debe pagarse una ofrenda a su ‘dueño’ para retribuir aquello que se extrae; se deben hacer ofrendas para que llueva, para que el mamo haga las adivinaciones correctas, para que los niños nazcan saludables y, así, para muchos otros propósitos. Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 97-111; Sánchez Botero 1998: 6-7. Cada ‘dueño’ o ‘dueña’ exige una ofrenda específica, que debe ser llevada a cabo cada vez que un individuo o la comunidad toman los beneficios del objeto o fenómeno que pertenece a esos ‘dueños’ [...]”. *Ibid.*

*pensando, se logra el equilibrio entre los opuestos, dando cumplimiento a la “Ley de la Madre”. Reichel-Dolmatoff, 1978: 12-15.*

*La forma de concebir la existencia, como búsqueda del equilibrio entre opuestos en perpetua lucha, en la cual el orden universal determina al hombre al paso que las acciones humanas pueden llegar a desquiciar la entera arquitectura del orden cósmico, determina que, a partir de ella, surja un particular concepto de individuo. Ciertamente, el sentir religioso y espiritual de los ika se inserta dentro de un sistema de reciprocidad obligatoria entre los individuos entre sí y entre estos y la naturaleza. Nada puede ser tomado de esta o del conjunto social sin que estos resulten retribuidos de alguna forma, a riesgo de poner en peligro la armonía social y natural. Uribe, 1997: 15; Sánchez Botero 1998: 6-7, 9-10<sup>25</sup>. El sujeto que resulta de esta perspectiva de la existencia se encuentra determinado, en forma primaria, por lo colectivo antes que por lo individual. En efecto, la autonomía del individuo no surge de un proceso de autodefinición sino, más bien, de un proceso de determinación de la personalidad a partir de las relaciones de la persona con la sociedad y de los roles y funciones que allí le corresponde desempeñar. Por esta razón, la “construcción cultural indígena del sujeto y de su mismidad, de sus derechos y obligaciones pasa por una mediación en donde prima lo colectivo antes que lo individual”. Reichel-Dolmatoff, 1985, I: 143; Uribe, 1997: 16; Sánchez Botero 1998: 6-7, 9-10<sup>26</sup>.*

*En este sentido, los mamos aseguran que, una vez que los hombres y mujeres ika llegan a la edad en que pueden autodeterminarse, adquieren plena responsabilidad con ellos mismos, con su comunidad y con la naturaleza. En ese momento de la vida, “reciben las instrucciones de cómo convivir entre los hombres y la naturaleza, cómo transmitir la educación a sus hijos, y cómo retribuir a los padres espirituales del agua, de la tierra, de la luna, del sol, las*

---

<sup>25</sup> “Uribe señala como el incumplimiento del *makruma*, ‘además de antisocial y potencialmente criminal, pone en serio peligro a la sociedad y a la vida: la enfermedad y la epidemia podrían sobrevenir; la violencia recíproca y con ella el desorden y el caos podrían enseñorearse; hasta grandes catástrofes ambientales e incendios incontenibles podrían tener su curso devastador a menos que el equilibrio se restituya.’ Uribe, 1997: 15”. *Ibid.*

<sup>26</sup> “Según los mamos, ‘la conducta de una sola persona involucra a toda su familia e inclusive a toda su comunidad, porque la conducta del padre depende de los hijos, bisnietos, tataranietos y la conducta de las autoridades depende de los gobernadores y si esa conducta se enfoca a que la cultura se pierda, se pierde’ (autoridades tradicionales 1997: 8)”. *Ibid.*

*estrellas, la brisa, el mar, las lagunas, a través de los pagamentos y garantizar el equilibrio del mundo”. Así cuando los varones reciben el tutusoma (sombrero ritual) y el poporo y a las mujeres se les entrega el huso y la aguja rituales, adquieren el compromiso “de velar por el bien y la armonía universal” y de “entretener la armonía y la vida del hombre con la naturaleza”. Señalan que si alguna de estas obligaciones dejara de cumplirse, se renuncia a la responsabilidad que tenemos con el mundo y por lo tanto dejamos de ser arsarios, kogis o arhuacos. Autoridades Tradicionales, 1997: 11-12; Sánchez Botero 1998: 11-12.*

*El sistema jurídico de los ika se inserta dentro de la perspectiva religiosa antes anotada y, por ello, el principio básico de la justicia ika consiste en “buscar la causa del problema, [que] puede estar en pensamientos y actuaciones del acusado o en acciones, faltas o delitos de los padres y abuelos. El fin es restablecer el equilibrio y la armonía interior de los pueblos indígenas de la Sierra y con la Madre”.*

*[...] El último aspecto del que hay que ocuparse en torno al mundo espiritual y religioso de los ika, se encuentra relacionado con el papel fundamental que, dentro de ese mundo, desempeñan los mamos. [...] El mamo es una personalidad omnipresente en la vida diaria de la comunidad indígena. Así por ejemplo, gracias a la confesión, conoce en profundidad a cada uno de los individuos que la componen, es consciente de la situación económica de cada familia y tiene influencia, a través de los distintos rituales que debe practicar, sobre todos los aspectos que conforman la vida de su pueblo, como que tiene influencia en detalles tan íntimos como el manejo de la sexualidad de las personas. De otra parte, solo el mamo conoce en detalle los mandatos de la “Ley de la Madre” y es el único que posee los conocimientos esotéricos suficientes para interpretarla a cabalidad. De esta forma, el mamo se convierte en el intermediario necesario entre el individuo y las fuerzas sobrenaturales del universo. Sin su presencia, el equilibrio personal y cósmico serían inalcanzables y la comunidad quedaría sometida a la amenaza de las más terribles desgracias. Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 123-125. [...] A juicio de Uribe, el aspecto más importante del rol de los mamos es el político, como que todas las decisiones de carácter político que se adoptan en el interior de la comunidad resultan determinadas, validadas y fundamentadas por el discurso sagrado que solo el mamo es capaz de articular. Uribe, 1993a: 130-134. Por una parte, los mamos han sabido reelaborar la tradición sagrada de los ika a partir de los interrogantes que su contacto con el mundo que se extiende fuera de las fronteras de la Sierra Nevada de Santa Marta ha suscitado. En efecto, los sacerdotes serranos han logrado acordar un papel a la “civilización blanca” dentro de su*

*discurso sacro, conforme al cual los ika (y, en general, todos los pueblos indígenas de la Sierra) son los “hermanos mayores” de la humanidad, a quienes corresponde velar por la integridad y equilibrio del universo y cuidar de sus “hermanitos menores” los blancos, quienes se empeñan en destruir el universo cuyo centro es la Sierra Nevada. Reichel-Dolmatoff, 1953: 178-179; Uribe, 1993a: 186-187; Uribe, 1997: 22; Sánchez Botero 1998: 11-12. Al relatar los avances de la colonización en la Sierra Nevada de Santa Marta durante la segunda mitad del siglo XIX, Reichel-Dolmatoff resalta el papel de los mamos en ese proceso, así: “[...] Es indudable que el papel de los mamos individuales y de sus adivinaciones, has sido decisivo en este mecanismo, y es aparente que ningún movimiento migratorio u otra reacción cualquiera a situaciones de contacto, haya sido iniciada o realizada sin tener una orientación básicamente religiosa” (Reichel-Dolmatoff, 1953: 178)<sup>27</sup>.*

*[...] desde el siglo XVI, los pueblos indígenas de la Sierra han estado sometidos a la intervención y al contacto con grupos humanos extranjeros [...]. Desde sus inicios la misión capuchina contó con una fuerte oposición por parte de amplios sectores del pueblo Ika que, en el año de 1936, conformaron la Liga Indígena de la Sierra Nevada (luego sustituida, en 1932, por el Consejo Indígena Arhuaco) con el propósito de contrarrestar la influencia misionera y la preservación de la tradición espiritual. Uribe, 1993a: 58-59; Autoridades Tradicionales, 1997: 17-18. [...] hasta el año de 1962 se produjeron los primeros resultados de esta lucha indígena, cuando el Gobierno Nacional nombró al primer delegado de asuntos indígenas en esa región de la Sierra Nevada. Autoridades Tradicionales, 1997: 18. A partir de 1970, el movimiento ika toma verdadera fuerza, logrando que, en el año de 1976, el gobierno constituya la primera reserva territorial Arhuaca, con un total de 185.000 hectáreas. Autoridades Tradicionales, 1997: 19. Finalmente, en 1982, luego de una toma pacífica de la misión capuchina, el Consejo Indígena Arhuaco logró que aquella saliera definitivamente del territorio ika, el cual fue constituido en resguardo indígena al año siguiente. Autoridades Tradicionales, 1997: 19.*

---

<sup>27</sup> “Según Uribe, ‘el pensamiento tradicional [indígena] se ha renovado [...] Lo que hay que entender, eso sí, es que la renovación y readecuación de su sistema filosófico ha sabido preservar su propio modo de pensar el mundo, de situarse en el mundo y ser parte de él [...]’ Uribe, 1997. De otro lado, el poder político de los mamos ika reside en el manejo de una forma especial de oratoria sagrada, a través de la cual se supone que hablan los ancestros en persona y, por lo tanto, es el discurso de la autoridad y del poder”. Ibid.

*[...] Señalan que el proceso de desestabilización y aculturación producido por la misión capuchina permitió que muchos indígenas –incluidos algunos líderes de importancia– abrazaran los credos y dogmas evangélicos. Friede, 1973; Autoridades Tradicionales, 1997: 20. [...] El “nuevo proselitismo protestante” se inicia, de manera simbólica, a inicios de la década de los años sesenta, con la firma de un convenio de cooperación entre el Gobierno Nacional y el Instituto Lingüístico de Verano (grupo misionero norteamericano que persigue la conversión de los indígenas a través de la traducción de la Biblia), hecho que marca el quiebre de la hegemonía de la Iglesia Católica sobre la actividad misionera en las comunidades indígenas de Colombia. Uribe, 1997: 24-25; Sánchez Botero 1998: 4-5<sup>28</sup>.*

### **La Iglesia Pentecostal Unida de Colombia**

*En América Latina se instauran dos corrientes. [...] Por una parte, el protestantismo histórico, representado por los bautistas y presbiterianos, asociado con las ideas de la modernidad liberal. De otro lado, las nuevas formas de expresión del protestantismo y, en especial, el pentecostalismo [...] Bastian, 1995: 22-24. [...] esta corriente presenta los siguientes rasgos distintivos: (1) acentúa el elemento individualista de la relación con Dios y en la comunicación de la gracia, en el sentido de que lo fundamental es la experiencia de la conversión –de carácter estrictamente personal y emocional–, la cual es el punto de partida de la vida cristiana y debe ser constantemente revivida y reafirmada (revivalismo); (2) una predicación y una actividad misionera, altamente emocionales, dirigidas, básicamente, al crecimiento numérico de la iglesia o grupo de que se trate; (3) un énfasis en la acción del demonio sobre el mundo que desdibuja las responsabilidades personales de los individuos; (4) un énfasis en la práctica que rechaza la excesiva sacramentalización, formalización e intelectualización; y, (5) la espera de la segunda venida de Cristo para un futuro próximo, antes de la cual a lo único a lo que debe dedicarse el creyente es a asegurar su salvación (milenarismo). Galindo, 1994: 146-158, passim. [...] En efecto, la primera verdad que los grupos fundamentalistas se encargarán de revelarle a sus creyentes [...] será aquella que hace relación a que la Biblia está exenta de todo error y los hechos históricos que allí se señalan ocurrieron u ocurrirán en forma literal. Galindo, 1994: 257 [...] <sup>29</sup>.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*

<sup>29</sup> “La conversión al Evangelio es un acto por medio del cual el creyente se somete incondicionalmente a Cristo y permite que este tome posesión completa de su vida, tornándose en expiador, sanador, liberador y purificador.

*En su respuesta a los interrogantes formulados por la Sala de Revisión acerca de cuáles eran los aspectos esenciales de la doctrina religiosa de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, el representante legal de la misma manifestó que tal doctrina podía ser resumida en cuatro puntos: (1) la creencia en “un solo Dios, en su unicidad absoluta. Que este único Dios se manifestó en carne, y como tal es llamado el Hijo de Dios, y que mora en nosotros por su Espíritu Santo”; (2) la creencia en que “todo creyente tiene la posibilidad y la necesidad de recibir el bautismo del Espíritu Santo, experiencia que se percibe cuando se habla en ‘otras lenguas,’ según una operación milagrosa del Espíritu Santo”; (3) la creencia en que “Jesucristo murió en la Cruz del Calvario por todos los hombres, y que dio mandamiento de proclamar esa nueva noticia a cada persona en particular, sin importar raza ni condición social”; y, (4) la creencia en que “la conversión genuina al Evangelio de Jesucristo produce una forma especial de vivir que la Biblia cataloga como ‘transformación,’ ‘vida en el espíritu,’ etc.”. IPUC, 1997: 2-3.*

*Conforme a los dogmas fundamentales expuestos, las labores de proselitismo religiosa de la IPUC de Colombia entre las comunidades indígenas<sup>30</sup> se llevan a cabo con fundamento en tres principios: (1) el cumplimiento del mandato bíblico “Id por todo el mundo y predicad el Evangelio a toda criatura”, que implica el ofrecimiento de una formación en los postulados de la Biblia, tendente al logro de una relación personal entre el individuo y el único Dios verdadero y a la práctica de la adoración a ese Dios mediante la oración y la alabanza; (2) la enseñanza de unos principios de carácter moral y de unos valores personales y familiares (respeto a los padres, a los hijos, armonía familiar, respeto y obediencia a los mayores y la autoridad), enmarcada dentro de las particularidades específicas de cada cultura indígena, “ya que no puede ni debe desaparecer la esencia de su origen”; y, (3) la enseñanza de unos principios del orden social dirigidos al logro de la paz comunitaria, la convivencia pacífica, la inclinación hacia el trabajo y la búsqueda del fortalecimiento y la prosperidad de la comunidad indígena.*

---

Galindo, 1994: 235-237. Una vez nacido a una nueva existencia, el creyente debe entregarse a su comunidad o grupo religioso (llámese iglesia, sociedad bíblica, grupo estudiantil, etc.) que son los únicos en poseer la verdad y claridad acerca del mundo y de los designios de Dios en este. Ciertamente, la comunidad, a partir de una lectura literal de la Biblia, revelará al converso las verdades absolutas e incuestionables en las cuales debe creer y se ocupará de mostrarle el camino que deberá conducirlo hacia la salvación. Galindo, 1994: 239-240”. *Ibid.*

<sup>30</sup> Mairuna, Guahíbo, Puinave, Katío, Emberá, Páez, Guambiano, Sinuano, Tóez, Ingano, Coreguaje, Macaguaje, Siona, Quichua, Picuna, Yagua, Wayuu, Wiwa, Huitoto y Waunana.

*IPUC, 1997: 4-5. [...] Apuntó sin embargo que determinadas prácticas tradicionales de los ika atentan contra el Evangelio: (1) el uso del poporo y el mambeo de coca, así como el consumo de bebidas alcohólicas, se consideran vicios que provocan ansiedad y desesperación y producen enfermedades; (2) las ceremonias bautismales, matrimoniales y mortuorias son consideradas como actos de hechicería y de invocación de espíritus; (3) el uso de “seguranzas”, toda vez que estas son amuletos; (4) la práctica de la confesión y la adivinación por parte de los mamos; y, (5) todas aquellas costumbres que implican la práctica de la fornicación y la hechicería. IPUC, 1997: 3-4. Sin embargo, el representante legal de la IPUC aclaró que esta no prohíbe a sus fieles indígenas la práctica de las tradiciones antes señaladas, dejando este asunto a las convicciones y la conciencia de cada individuo. IPUC, 1997: 3<sup>31</sup>.*

### ***¿Cuál es el grado de incidencia y afectación que las prácticas y la doctrina de la IPUC generan sobre la cultura ika?***

*Según los funcionarios y expertos consultados, la presencia de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia en el territorio del pueblo Ika representa una seria amenaza para la integridad e identidad cultural de esa comunidad indígena. Así por ejemplo, en uno de los documentos enviados a la Corte se menciona como factor determinante del grado de afectación, el hecho de que la cultura ika no establece una diferencia clara entre el mundo del individuo y el mundo comunitario o entre lo religioso y lo político. En este sentido, cualquier cambio de concepción religiosa no solo afecta la individualidad del sujeto sino a la comunidad entera y no solo en el ámbito sacro sino en el político<sup>32</sup>. Otro de los expertos*

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> “A este respecto se lee: ‘En cuanto al multiculturalismo es importante aclarar la especificidad de la particularidad arhuaca en lo relativo a la relación entre los niveles ético ontológico de su cosmogonía. Entre los arhuacos, los patrones de comportamiento (nivel ético), se corresponden con la visión del orden del Universo (nivel ontológico) de tal manera, que aparecen articulados como condición necesaria no solo para la supervivencia social del grupo, sino para el mantenimiento del orden del Universo, en cuanto dicho orden puede ser afectado por el comportamiento humano, lo que convierte a su ética en una religión, en donde jurisdicción y cosmovisión conforman una unidad. Lo anterior es importante porque no en todas las sociedades indígenas del país acontece esta clase de articulación entre la ética y la ontología. [...] Entre los arhuacos, el cambio de comportamiento afecta el orden del universo, la armonía de la naturaleza y del espíritu. El comportamiento individual, de introducción de un nuevo credo, es tomado como un factor que afecta la armonía universal, trascendiendo en sus efectos las consecuencias del individuo a la sociedad. De esta manera, un comportamiento de tal naturaleza subvierte el orden natural y atenta contra la identidad cultural’. ICAN, 19979”. Ibid.



concluye su escrito afirmando: “Varias dimensiones de la vida indígena serrana están aquí en juego. En juego está la economía política del don indígena serrano, amenazada por la economía política de la racionalidad capitalista. [...] Está, por tanto, asimismo en juego, la noción que los arhuacos tienen del sujeto, de la persona, que como vimos es bien diferente entre ellos. Y por último, está también en juego todo el modelo del cosmos, todo el sistema de pensamiento que los nativos han defendido y nutrido durante todos sus años. Uribe, 1997: 25<sup>33</sup>. En ese mismo sentido se manifestaron las autoridades tradicionales [...] Según los mamos, “Cuando los evangélicos pierden el respeto de lo propio, pierden el respeto de la tradición, venden las tumas que son piedras sagradas de antiguo. Igualmente al desconocer los pagos se van acumulando pecados que van en contra de los pueblos indígenas de la Sierra [...]”. Agregan que la intervención de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia “afecta el principio mismo de organización social de los pueblos de la Sierra, por cuanto la religión evangélica está sustentada sobre una relación individualista y unipersonal, de Dios con el que se cree en él, rompiéndose el esquema de la colectividad característica de los pueblos arhuacos. Se pierde la sujeción a la autoridad de los mamos y de las autoridades civiles tradicionales por cuanto según dicen, ‘la única autoridad es Dios a través del creyente’, siendo que es una contradicción el pretender que haya sociedad sin autoridad, o sociedad de una sola persona”. Adicionalmente, indican que “(Se) afecta nuestro sentido de la justicia, porque cuando un evangélico comete una falta grave, no acepta nuestras leyes y reglas, nuestras autoridades y nuestros castigos, lo que nos llevaría a un cambio cultural impuesto y ajeno a nuestra voluntad, a que tengamos que crear una jurisdicción y unos castigos basados en la visión de Occidente para poder controlar la actitud de ellos, lo que llevaría en un futuro a que cuando nuestros hermanos hayan olvidado la reglas de los mamos, desaparezcamos como cultura diferente, violándose la misma Constitución de todos los colombianos, cuando habla de que en Colombia se debe respetar y proteger la Diversidad étnica y cultural”. En este sentido, indican que si una persona incumple las normas tradicionales “se debe ir a confesar en la kankúrua porque lo material se arregla en la oficina de las autoridades, pero luego se envía la persona a donde el mamo para que quede libre del pecado espiritual, para que no se siga aumentando aquel pecado y

---

<sup>33</sup> “El fundamentalismo en la Sierra Nevada quiere hacer del orden social serrano un nuevo orden moral. Que esto lo consiga, no lo sé. Lo que sí sé es que no cegarán: su misión es la misión de un Dios patriarcal, judeocristiano, que se reveló a los seres humanos por medio de otra manifestación de ese único Dios, de Jesucristo. Y este Dios es, por cierto, bien diferente de la figura femenina de la Madre Universal”. *Ibid.*

*es eso lo que se ha hecho, se está haciendo y se seguirá haciendo y aplicando a cualquier arhuaco sea tradicional o evangélico". Autoridades Tradicionales, 1997: 5 [...] durante diligencia judicial, las autoridades tradicionales expresaron a la Corte que las personas que profesan el culto evangélico no participan de las prácticas que necesariamente deben promover y realizar los indígenas, para mantener el equilibrio universal y para lograr una convivencia armónica con la naturaleza<sup>34</sup>. Afirman que la "conversión al evangelio" afecta lo más profundo de su "ser indígena" y la fuente misma de sus valores que es la ley universal. Agregan que al suspender las prácticas rituales mencionadas y abandonar la función que la madre tierra delegó a los indígenas, están creando un desequilibrio universal que terminará produciendo "pestes, sequías o cosas perores, porque llegará el momento en que la tierra se resienta y cobre el tributo que hemos dejado de pagarle". Añaden que los jóvenes evangélicos tienen muchos problemas de violación de leyes internas, "porque no las conocen, no entienden ni su significado ni sus orígenes, ni saben por qué obedecer a las autoridades tradicionales que las quieren hacer cumplir"<sup>35</sup>. Autoridades Tradicionales, 1997: 27 [...]*

---

<sup>34</sup> "Las actividades comunitarias de nuestra cultura están divididas fundamentalmente en tres: los primeros trabajos de tipo religioso están basados en actividades ceremoniales, cuyo objetivo es que los mamos y las autoridades mayores den consejos y se hagan los pagos que garantizan el equilibrio social, además esas reuniones se realizan para hacer los ritos mortuorios en caso que se presenten, matrimonios, bautizos de niños, limpieza en general para que no haya problemas, para que no haya guerra, para que los hombres no peleen, para curar enfermedades espirituales, para que los hombres aprendan a pensar y piensen en el bien, para que los niños salgan buenos y sumisos y conocedores de su tradición. El segundo tipo de actividad comunitaria, hace referencia a las actividades de producción económica basada en pequeños cultivos agrícolas, suficiente para el sustento del número de personas que hagan parte de la comunidad, en el trabajo participan todos; se preparan los alimentos de forma comunal para que todos tengan comida mientras se realizan las actividades para las que ha sido convocada la reunión. Nosotros no sembramos para vender. La tercera actividad comunitaria, corresponde al conocimiento y análisis de los problemas que se hayan presentado al interior de la comunidad, para realizar el control social indispensable para el mantenimiento del orden y la convivencia. La convocatoria a este tipo de actividades comunitarias está a cargo de los voceros de los mamos y en ellas participan las autoridades civiles y toda la comunidad y es allí donde se decide si la falta cometida por una persona merece ser resuelta por los mamos o puede ser resuelta en el mismo momento, dependiendo de la reincidencia de la persona, o lo común de los problemas dentro de la familia' (Autoridades Tradicionales, 1997: 24 a 26). En este sentido, afirmaron que estas personas profanan sus objetos y lugares sagrados, que no participan en los llamados 'trabajos tradicionales' y que irrespetan a las autoridades tradicionales calificándolas como 'partidarios del mal, del demonio'. *Ibid.*

<sup>35</sup> "En este sentido, reiteran que la 'conversión' tiene un efecto en materia de obediencia a la ley y a la autoridad. En conclusión, alegan que 'cambia el pensamiento, porque todas las ideas le son cambiadas por los de afuera, pueden verse con Manta, igual que los demás arhuacos, pero ya no es igual porque no piensan como desde el origen". *Ibid.*

*las autoridades tradicionales afirman, que “los civiles solo han destruido la tierra y generado desequilibrios, porque no tienen raigambre cultural, no tienen conciencia étnica. Por eso, se roban las piedras sagradas, violan nuestras tumbas, talan árboles sagrados necesarios para mantener la agua, siembran plantas que dañan la tierra, utilizan materiales como el cemento que solo generan desequilibrios”. En su criterio, los miembros “civiles” de la IPUC no entienden la ley verdadera e incitan a algunos indígenas “a pelear con la comunidad”. En este sentido, “les prohíben que asistan donde el mamo, que participen de las ceremonias rituales, que hagan ofrendas o pagamentos, que reciban el poporo, que se confiesen o que se limpien después de haber fallado”. Adicionalmente, señalan que los pastores “toman ventaja” de su posición, pues “(e)llos cobran el Diezmo que es 10% de todo lo que uno produce más la ‘primicia’ que es el primer parto de cada animal, el primer huevo de cada ave, más la ofrenda que es voluntaria”. Autoridades Tradicionales, 1997: 21. Finalmente, señalan que “el mismo Estado que permitió durante más de 67 años la misión capuchina, no nos puede imponer ahora a la Iglesia Pentecostal”. Y continúan: “Los pueblos de la Sierra y en especial el pueblo Arhuaco fueron escogidos por los padres espirituales para custodiar el corazón del mundo. ¿Cómo vamos a desechar nuestra responsabilidad, como hermanos mayores, que tenemos con el universo, con el pretexto de permitir a nuestros hermanos, que fueron confundidos el ejercicio de un derecho individual occidental no decidido por nosotros, ni por nuestros padres espirituales?” Autoridades Tradicionales, 1997: 28 y 29<sup>36</sup>.*

### *¿Es compatible la doctrina evangélica con la cultura indígena?*

*[...] los miembros de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia afirmaron durante la diligencia judicial [...] que la doctrina evangélica es compatible con la cultura indígena. Indican que se trata simplemente de establecer reglas de convivencia armónica. A este respecto, señalan “en el país conviven muchas religiones y no andan peleando entre ellas ¿por qué no podemos convivir en paz en el resguardo?” [...] los miembros de la comunidad Ika que profesan el evangelio señalaron, “nosotros también somos indígenas”, “solo nos diferenciamos por el pensamiento, pero hablamos la misma lengua, nos vestimos igual, comemos lo mismo, vivimos igual” [...].*

*No obstante, afirman que si bien no repudian la cultura arhuaca, en su condición de evangélicos están obligados a rechazar aquellas prácticas de hechicería o brujería,*

<sup>36</sup> *Ibíd.*

*costumbres viciosas o que tienen que ver con la evocación a los muertos o la fornicación, o creencias supersticiosas, expresamente prohibidas por la Biblia. [...] explicaciones ika sobre el origen del mundo, de la Sierra y de la comunidad indígena son calificados como “supersticiones” o “cosas irreales que no han existido nunca”. [...] Rechazan las creencias religiosas que explican y justifican cada una de las prácticas tradicionales y que dan sentido metafísico a las acciones, los pensamientos y los objetos ika. [...] los ritos y ceremonias tradicionales, como los pagamentos, los bautizos, los matrimonios o los entierros, son calificados como actos de hechicería, brujería o adivinanza. El mamo, en consecuencia, es hechicero o brujo y, por lo tanto, no tiene autoridad para guiar el camino espiritual de los indígenas evangélicos, ni para imponerles normas, deberes u obligaciones. De otra parte, costumbres como el uso del poporo son entendidas como una concesión al vicio y, en consecuencia, plenamente rechazadas.*

*En este sentido, los indígenas evangélicos entrevistados afirmaron enfáticamente que se niegan a “ir donde el mamo”, “a hacer trabajos tradicionales, como las ofrendas o los pagamentos” y, a participar en las ceremonias rituales de la comunidad en las que se evoca a los espíritus, a los muertos o a “las futuras generaciones que hoy duermen”. [...] En cuanto a su relación con el pastor civil, indican que le “ofrecen” en calidad de diezmos, el 10% de sus ganancias y la llamada “primicia” que es el primer parto de un animal. Adicionalmente, según la voluntad de cada uno, se le entregan ofrendas especiales. Por último se preguntan “¿por qué no tenemos derecho a creer, orar y predicar; a tener nuestra iglesia, nuestro templo y nuestro pastor?”<sup>37</sup>.*

### **La relación entre la cultura ika y los ámbitos religioso, público y privado**

*En efecto, a diferencia de las sociedades seculares occidentales, la comunidad Ika se caracteriza, fundamentalmente, por una superposición, casi exacta, de las tres órbitas mencionadas, con un predominio incuestionable de lo religioso sobre lo público o político y sobre lo privado o individual y familiar. A este respecto, resulta pertinente recordar que los etnógrafos, de manera general, suelen afirmar que, a través de los símbolos religiosos, se hacen explícitos el ethos y la cosmovisión de un grupo humano. Mientras que por ethos se entiende “el tono, el carácter y la calidad de vida [de un pueblo], su estilo moral y*

<sup>37</sup> Ibid.

*estético”, una cosmovisión designa “el cuadro que ese pueblo se forja de cómo son las cosas en la realidad, sus ideas más abarcativas acerca del orden”. Geertz, 1973: 89, 118. Desde esta perspectiva, las creencias y prácticas religiosas desempeñan el papel fundamental de mostrar que las prácticas vitales de un pueblo, su estilo de vida (ethos), reflejan y se adaptan a la específica idea del orden que describe la cosmovisión. En pocas palabras, la religión “armoniza las acciones humanas con un orden cósmico y proyecta imágenes de orden cósmico al plano de la experiencia humana”. Geertz, 1973: 89, 118. En tanto abstracciones de ciertos hechos culturales (los religiosos) “como totalidades empíricas”, Geertz, 1973: 90. Los símbolos religiosos juegan un doble papel: al paso que expresan ciertas prácticas culturales (las religiosas) reflejándolas y dándoles sentido, también se erigen en instrumentos para modelar y orientar esas prácticas de conformidad con un esquema de acción previamente establecido, esto es, “expresan la atmósfera del mundo y la modelan”. Geertz, 1973: 92, 93, 119. Conforme a lo anterior, la religión y su simbología aneja persiguen expresar y modelar la conducta de un individuo o de un pueblo frente a tres formas de perplejidad existencial a las que estos pueden enfrentarse: el desconcierto, el sufrimiento y las paradojas de carácter ético. Geertz, 1973: 97. El primero surge cuando la capacidad analítica y los instrumentos para explicar los fenómenos del mundo fallan para dar sentido a ciertos hechos. Geertz, 1973: 98. Frente al sufrimiento (y, básicamente, frente al duelo y la enfermedad), la religión y su sistema de símbolos no operan como mecanismos que ayuden al individuo a evitar los dolores físicos o espirituales, sino como instrumentos que le permiten entender y tolerar esos dolores. Geertz, 1973: 100. Por último, la religión orienta al individuo, brindándole parámetros de acción, cuando debe enfrentarse a los problemas del mal y de la injusticia. Geertz, 1973: 102. En todos estos casos, la religión opera y responde del mismo modo, formulando, mediante símbolos “una imagen de un orden del mundo tan genuino que explica y hasta celebra las ambigüedades percibidas, los enigmas y las paradojas de la experiencia humana”. Geertz, 1973: 104.*

*En virtud de lo anterior, no es irrelevante para la Corte el hecho de que en la cultura ika exista una estrecha relación entre el individuo y la colectividad a la que pertenece y entre lo sacro y lo profano [...].*

### ***La cosmovisión ika y la doctrina evangélica son francamente incompatibles***

*El carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos choca frontalmente con la concepción del sujeto contemplada por la cosmovisión ika y con las responsabilidades que*

*esa misma cosmovisión ha asignado a los indígenas serranos como “hermanos mayores” de la humanidad y guardianes de la armonía universal.*

*[...] La salvación personal de los evangélicos no es un proyecto colectivo, como quiera que esta debe ser lograda por los méritos y sacrificios que cada individuo, como tal, desarrolle a lo largo de su existencia terrenal, haciéndolo acreedor, después de la muerte, a la vida eterna [...] de esta concepción. Las consecuencias positivas o negativas del actuar de la persona solo la afectan a ella misma, sin ningún tipo de consecuencia para su familia o su comunidad. A esta concepción del individuo se contraponen, de manera radical, el sujeto colectivamente determinado que contempla la cosmovisión ika. [...] la existencia de los ika se desenvuelve dentro de un contexto vital donde prima lo colectivo sobre lo individual. [...] el individuo no solo responde por su propia supervivencia sino, también, por la de su comunidad, la naturaleza y el universo que lo circundan. [...] si el orden universal y la naturaleza determinan las acciones de los hombres, el actuar humano tiene la potencialidad de afectar e, incluso, de desquiciar, el entero orden del cosmos. De allí, la existencia de la economía política del makruma, Uribe, 1997: 16, en la cual el individuo debe estar pagando ofrendas en forma constante o, lo que es lo mismo, pidiendo permiso para usar y disfrutar los beneficios de la naturaleza o restableciendo aquellos equilibrios que su pensamiento o actuar hubieren podido romper. De este modo, el ideal ético de vida buena que se deriva de los mandatos contenidos en la “Ley de Origen” –una vida inserta dentro de la economía política de la ofrenda–, implica, obligatoriamente, que la responsabilidad por los actos individuales se transforme en una responsabilidad para con los otros y para con el orden del universo, en cuanto que el propio actuar puede afectar la existencia de estos últimos. El nacimiento, el bautizo, la llegada a la madurez, el matrimonio, la confesión, el poporo, la obediencia a la autoridad, el vestido, tejer, en suma, cada una de las prácticas culturales de los arhuacos tienen un significado coherente con esa visión del hombre, la comunidad y el cosmos. Así por ejemplo, tejer constituye una actividad pública, una actitud social que simboliza la participación en la vida del grupo<sup>38</sup>.*

*En su intervención ante la Sala de Tutela, los mamos afirman que los dogmas y creencias evangélicos afectan “el principio mismo de organización social de los pueblos de la Sierra,*

---

<sup>38</sup> “El individuo es el hilo de algodón que se inserta dentro de la tela que conforma el tejido social y, así como la calidad del hilo determina la resistencia y calidad de la tela, las acciones del individuo son el sustento del complejo social. Reichel-Dolmatoff, 1975: 222; Reichel-Dolmatoff, 1978: 23”. *Ibíd.*

*por cuanto la religión evangélica está sustentada sobre una relación individualista y unipersonal, de Dios con el que cree en él, rompiéndose el esquema de la colectividad característica de los pueblos arhuacos. Se pierde la sujeción a la autoridad de los mamos y de las autoridades civiles tradicionales por cuanto según dicen, 'la única autoridad es Dios a través del creyente', siendo que es una contradicción pretender que haya sociedad sin autoridad, o sociedad de una sola persona" (Autoridades Tradicionales, 1997: 24).*

*De otra parte, prácticas rechazadas por la IPUC, como el poporo, la seguridad o la confesión con los mamos, forman parte del nódulo de la filosofía práctica y religiosa de los ika, sobretodo el uso de la "seguridad" y la confesión con los mamos. Como fue estudiado, los ika designan con el término "seguridad"<sup>39</sup> [...] Por su parte, la confesión cumple el papel fundamental de preservar la autoridad de los mamos sobre la comunidad Ika<sup>40</sup>.*

*Comentario aparte merece el rechazo absoluto a la autoridad de los mamos por parte de los indígenas ika pertenecientes a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. En efecto, estos se han expresado reiteradamente en el sentido de desconocer la autoridad de los sacerdotes ika y, en consecuencia, se han negado a cumplir cualquier orden o instrucción proferida por aquellos. [...] los mamos son actores fundamentales en la preservación del pensamiento religioso y espiritual de los ika y, por ende, son los guardianes de su integridad étnica y cultural. Estos sacerdotes son los poseedores del conocimiento sacro, los intérpretes fundamentales de la "Ley de Origen" y, por tanto, tienen la capacidad de fijar los parámetros de vida buena y de comportamiento de cada individuo y de la comunidad indígena toda. [...] Solo el mamo conoce las ofrendas apropiadas y los sitios sagrados en los cuales los pagos deben ser depositados. En una palabra, sin la guía y autoridad espiritual y religiosa de los mamos, la comunidad Ika perecería en el caos universal. Por esta razón, renegar y cuestionar la autoridad de estos sacerdotes significa la renuncia a*

---

<sup>39</sup> "El término 'seguridad' proviene del castellano 'asegurar', como quiera que la ofrenda que tal término designa asegura a su poseedor y oferente de las desgracias que ocurrirían en caso de no 'pedir permiso' a los 'dueños' y 'dueñas' de las cosas cada vez que un individuo ika se dispone a emprender algún tipo de actividad (Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 97)". *Ibíd.*

<sup>40</sup> "[...] dado que es a través de este mecanismo que los sacerdotes serranos se enteran de la vida y pensamientos de sus súbditos y, de conformidad con estos, les indican cuáles son los pagos que deben efectuar con el fin de reparar o de equilibrar los desarreglos que su actuar hubiere podido causar a la armonía universal. Reichel-Dolmatoff, 1985, II: 125-128". *Ibíd.*

*la identidad cultural ika. Adicionalmente, desde la perspectiva del sistema jurídico ika, el rechazo a la autoridad del mamo puede llegar a constituir la comisión de uno los más graves delitos en que pueda incurrir un individuo arhuaco quien, por esta razón, podría llegar a ser expulsado de la comunidad. ICAN, 1997: 7-8<sup>41</sup>.*

### ***Un cambio drástico de existencia***

*[...] Conforme a lo anterior, no es difícil concluir que la conversión de un individuo ika a la doctrina evangélica no significa una mera sustitución de una creencia por otra sino un cambio total de existencia, en tanto implica la sustitución de una forma de pensamiento y de acción por otra que le es contraria. Recuérdese que el ethos y la cosmovisión ika son enteramente sagrados, por lo que todos los ámbitos de la existencia humana se hallan profundamente imbricados en las creencias religiosas de ese pueblo indígena. En este sentido, puede afirmarse que cuando un individuo ika renuncia a su religión renuncia, al mismo tiempo, al orden existencial que le otorga su identidad cultural. Al respecto, Uribe no duda en afirmar que de no ser fieles a su propia religión los hermanos mayores desaparecerían como indígenas. Uribe, 1997: 22; DGAI, 1997: 8; CAIC, 1997: 9; ICAN, 1997: 7-8<sup>42</sup>.*

### ***Instalaciones y miembros no indígenas de la Iglesia dentro del territorio tradicional***

*La Corte muestra que territorio e identidad cultural son dos términos que se implican mutuamente. [...] el territorio es el lugar dónde tiene lugar la reproducción social y cultural de la comunidad indígena Ika. [...] el individuo ika se identifica como tal, en razón de su pertenencia a la tierra de sus ancestros, a la chagra que le corresponde cultivar en el cuerpo inmenso de la Madre Universal que es la Sierra Nevada de Santa Marta<sup>43</sup>.*

---

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Ibid. “Según la mitología ika, la Sierra es el centro del universo y el cuerpo mismo de la Madre, de donde brota toda forma de vida y donde se decide todo acaecer del cosmos. Como tal, la Nevada es un territorio sagrado, cuya profanación o deterioro implicarían el caos de todos los órdenes del universo. De igual forma, en tiempos míticos, al momento de la creación del mundo, la Madre encomendó a los indígenas serranos velar por la integridad del macizo montañoso y, en consecuencia, de toda la armonía cósmica. Esta misión divina es la que autoriza a los ika (y, también, a los kogi y a los wiwa) a decidir quién cruza esa frontera que demarca el territorio tradicional indígena (hoy conocida como la “Línea Negra”) y, por tanto, quién penetra al cuerpo de la Madre”. Ibid.



*Cuestiones por resolver*

*La primera cuestión que la Corte debe resolver es si las autoridades tradicionales de pueblo Ika están constitucionalmente facultadas para limitar la libertad de cultos de un grupo minoritario de indígenas evangélicos cuando las prácticas religiosas amenacen la integridad cultural de su pueblo. No obstante, antes de responder tal cuestión resulta necesario saber si, en realidad, los dogmas y prácticas del grupo minoritario amenazan la existencia misma de la cultura arhuaca. Para estos efectos, la Corte solicitó múltiples pruebas de las cuales pueden derivarse las siguientes conclusiones: (1) En la cultura ika –a diferencia de otras culturas– existe una estrecha relación entre el ámbito de lo sacro –la religión– y el de lo profano –lo político y lo jurídico–. En esa medida, un cambio de paradigmas religiosos produciría un efecto notable en términos de la legitimidad (1) de la organización política existente, (2) de las normas que regulan la vida individual y comunitaria del sujeto, y, (3) de las autoridades encargadas de diseñar y aplicar tales normas. (2) El carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos choca frontalmente con la concepción del sujeto contemplada por la cosmovisión ika y con las responsabilidades que esa misma cosmovisión ha asignado a los indígenas serranos, de las que se derivan roles y tareas sociales bien definidas. (3) Las prácticas rechazadas por la IPUC (como el uso del poporo, la aseguranza, la ofrenda y el pago, la confesión con los mamos, la realización de “trabajos tradicionales”, la participación en ritos colectivos, etc.) forman parte del nódulo esencial de la filosofía práctica y religiosa de los ika y su incumplimiento está catalogado por el sistema jurídico arhuaco como una falta que puede generar, incluso, la expulsión del resguardo.*

*De las tres consideraciones anteriores puede concluirse que un indígena que suplanta la “Ley de Origen” por la Biblia y al mamo por el pastor evangélico, ha dejado de compartir la cosmovisión –y por lo tanto la cultura– arhuaca. En este sentido, poco importa que el evangélico y el tradicional hablen la misma lengua, se vistan igual o tengan viviendas similares. La apariencia externa puede ser idéntica pero el significado de cada una de las formas es radicalmente distinto<sup>44</sup>.*

---

<sup>44</sup> “Valga esta ilustración: como pudo constatarlo la Corte en la diligencia judicial practicada en Sabana Crespo, el *tutosoma* (sombrero ritual) para los varones educados en ‘la tradición ika’ representa el pico nevado de la Sierra y, al recibirlo, se colocan simbólicamente en el lugar del macizo montañoso y se comprometen a velar por su

*En suma, las particularidades de la cultura arhuaca, permiten a la Corte afirmar que el cambio de mentalidad religiosa implica, necesariamente, un proceso profundo y radical de sustitución cultural, con independencia de que ciertas apariencias formales –como el vestido, el largo del cabello, la utilización de collares, o la vivienda– se mantengan intactas.*

*Ahora bien [...] ¿pueden las autoridades propias de una comunidad indígena limitar la libertad de cultos de un grupo minoritario de sus miembros cuando su pleno ejercicio amenaza el derecho a la diversidad e integridad cultural de la comunidad?*

*La Constitución Política [muestra la Sentencia] parte de la premisa de que un individuo puede desarrollar a lo largo de su existencia sucesivos y simultáneos lazos de pertenencia con variadas asociaciones o comunidades. En muchos casos, la unión a distintos colectivos puede ser fuente de conflictos. Sin embargo, compete a la persona decidir sobre los mismos y precisar el marco de sus lealtades. Por lo anterior, la vinculación a la comunidad política, a través del estatuto uniforme de la ciudadanía, se ha establecido en la Carta en un nivel de generalidad, que en principio no está llamado a generar colisiones con las concepciones más sustantivas que prevalecen en otros órdenes en los que el sujeto suele insertarse voluntariamente. La ciudadanía, vale decir, la adscripción a la sociedad más global, no es impedimento para que la persona acepte otros papeles y se integre a otros cuerpos sociales. La pertenencia a una comunidad indígena, como la arhuaca, asentada en un territorio ancestral, y dotada de una fisonomía cultural propia, representa para sus miembros el derecho de ser beneficiarios de un estatuto especial que se concreta en ser titulares de un conjunto de facultades y situaciones que no se predicán de los demás nacionales<sup>45</sup>.*

*A diferencia de otros vínculos asociativos, más o menos contingentes, que la persona traba en su decurso existencial, el vínculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento*

---

permanente equilibrio y armonía. Sin embargo, para los indígenas evangélicos que también lo usan, significa, simplemente, un sombrero blanco de lana o hilo. Nada indican, por lo tanto, las apariencias externas” Ibid.

<sup>45</sup> “Los derechos diferenciados en función de grupo que la Constitución y la ley reconocen a las comunidades indígenas, se relacionan con su territorio, la autonomía en el manejo de sus propios asuntos, el uso de su lengua y, en fin, el ejercicio de la jurisdicción conforme a las normas y procedimientos plasmados en sus usos y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la república”. Ibid.

*y, salvo que se abandone o libremente se renuncie a él, termina solo con su muerte. Dada la naturaleza cultural del ligamen comunitario, el individuo no se ve involucrado en puntuales aspectos de su actividad, sino en un entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe de una forma definida de vida. La Constitución reconoce que dentro de la población colombiana y dentro de su territorio, coexiste junto a la generalidad de los ciudadanos, un conjunto de nacionales cuya diversidad étnica y cultural debe protegerse y garantizarse mediante instituciones que, en cierto grado, justamente por esta razón, se informan en el principio de autodeterminación. No ha juzgado, por tanto, incompatible la Constitución radicar en cabeza de los indígenas derechos y deberes comunes a todos y, al mismo tiempo, extender a estos derechos especiales por causa de su pertenencia a su comunidad de origen. El arraigo etno-cultural, en este caso, se ha considerado valioso en sí mismo desde la perspectiva de la comunidad y de sus miembros.*

*La Constitución no impone a ninguna persona el deber de vivir dentro de una cierta comunidad indígena. Por el contrario, asume que garantizar dicha opción a quienes deseen desarrollarse dentro de una determinada práctica cultural, enriquece sus posibilidades vitales y espirituales. Aparte de aumentar el abanico de elecciones, los pueblos indígenas corresponden a una realidad histórica y sociológica que, solo a riesgo de comprometer la paz social, podían ser ignorados en el momento constituyente. Por consiguiente, solo en el caso del indígena confluyen, en términos originarios, dos títulos de pertenencia: uno nacional, que lo hace sujeto activo de todos los derechos constitucionales y, otro comunitario, que le brinda la oportunidad de desarrollarse en su comunidad de origen. La doble condición aludida equivale a una doble garantía del ámbito personal. Aunque esta situación es positiva, no está exenta de suscitar conflictos. En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio *pro libertate*). En lo que atañe al contenido y alcance del manejo autónomo de los pueblos indígenas, también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (principio *pro communitas*). En el presente caso, la pretensión de libertad –religiosa– se plantea frente a la comunidad indígena por parte de algunos de sus miembros. Estos últimos apelan a su condición de miembros de la sociedad global, para ejercer un derecho de libertad que dimana de aquella, que encuentran indebidamente restringido y obstaculizado por parte de las autoridades comunitarias.*

*La Corte debe apreciar y sopesar tanto las exigencias válidas de los individuos como también las provenientes de la comunidad. La aplicación de los dos mencionados principios debe combinarse de manera armoniosa. No existe en abstracto ninguna fórmula para resolver este tipo de conflictos. La solución a los mismos deberá ensayarse en cada caso, a la luz de sus particularidades. A este respecto, es importante revisar la jurisprudencia constitucional, pues en otras oportunidades la Corporación ha debido afrontar temas semejantes y ha establecido criterios jurisprudenciales que resultan indudablemente útiles para resolver el presente caso<sup>46</sup>. Adicionalmente, la Corte ha considerado que las comunidades indígenas,*

---

<sup>46</sup> “En general, la Corporación ha entendido que los artículos 1° y 7° de la Carta Política consagran el principio de respeto a la integridad y diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los artículos 8° (protección de la riqueza cultural de la nación), 9° (derecho a la autodeterminación de los pueblos), 10 (oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos), 68 (respeto a la identidad en materia educativa), 70 (cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas) y 72 (protección del patrimonio arqueológico de la nación) constitucionales. ST-428/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); ST-342/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); SC-104/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara); ST-496/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); SU-039/97 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

De lo anterior se infiere con claridad que, para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana ST-188/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-342/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); SU-039/97 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”. ST-380/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-104/95 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

En estas condiciones, como fue mencionado, la Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. ST-496/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura. ST-428/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); ST-496/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa (CP, artículos 1° y 2°) y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (CP, preámbulo y artículos 1°, 7°, 13 y 16). ST-428/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); ST-496/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)”. *Ibid.*

*como tales, son sujetos de derechos fundamentales. En este sentido, la Corporación ha manifestado que “[e]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”. ST-380/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). A este respecto, la jurisprudencia ha precisado [...] cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos (CP, artículo 88). ST-380/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-001/94 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)<sup>47</sup>.*

*La Corte ha señalado que las limitaciones a que se encuentran sujetos los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas surgen del propio texto constitucional, el cual determina, por una parte, que Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales (CP, artículo 1°) y, de otro lado, que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando estos no sean contrarios a la Constitución y a la ley (CP, artículos 246 y 330)<sup>48</sup>.*

*La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez*

---

<sup>47</sup> “La Corte ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (CP, artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no solo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (CP, artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP, artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (CP, artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios. ST-380/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-058/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); SU-039/97 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)”. *Ibid.*

<sup>48</sup> “Lo anterior determina que, en materia de comunidades indígenas, la Carta Política consagre un régimen de conservación de la diversidad en la unidad. ST-405/93 (M.P. Hernando Herrera Vergara); ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)”. *Ibid.*

*que, 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 (CP, artículo 2°), 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 (CP, artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (CP, artículos 13 y 70). ST-523/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).*

*En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional<sup>49</sup>. Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a*

---

<sup>49</sup> “Según la Corte, ‘solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural’, ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); ST-523/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (CP, artículo 7°), como principio general, solo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (CP, artículos 246 y 330). En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (CP, artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, ST-428/92 (M.P. Ciro Angarita Barón); SC-139/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Como quiera que solo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a este. Según la ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), las disposiciones constitucionales que permiten derivar la anterior conclusión resultan complementadas por los artículos 8° y 9° del Convenio N° 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres, ‘siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos’. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, ‘resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía’. ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)”. *Ibid.*

*la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, solo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”. ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)<sup>50</sup>.*

*Pese a que la Corte ha considerado “aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad” –lo cual implica que la resolución de tal conflicto deba hacerse a la luz de las particularidades de cada caso concreto, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria [...]–, si ha establecido una serie de principios generales de interpretación, fundados en el ya citado axioma según el cual la diversidad étnica y cultural solo puede ser limitada por normas fundadas en principios de mayor monta<sup>51</sup>.*

### ***Estudio de los problemas jurídicos originados en el caso concreto***

*Se pregunta la Corte si [...] las autoridades tradicionales del pueblo arhuaco están habilitadas para limitar la libertad religiosa de un grupo minoritario de sus miembros en*

---

<sup>50</sup> “[...] tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (CP, artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (CP, artículo 12) y la esclavitud (CP, artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (CP, artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3). Con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas.

En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”. *Ibíd.*

<sup>51</sup> *Ibíd.* “Dichas reglas interpretativas son las siguientes: (1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)”. *Ibíd.*

*aras de mantener la integridad y diversidad de su cultura. Como fue expuesto, el ejercicio de un derecho fundamental dentro de una comunidad indígena, puede encontrar mayor o menor resistencia dependiendo del grado de secularización de la misma y del contenido específico de aquél. [...] De otro lado, así como un derecho, en razón de su contenido, puede no dar lugar a interferencia alguna, otro puede superponerse a las creencias y prácticas dominantes y ser objeto de aguda confrontación, cuando no de abierto rechazo. La comunidad arhuaca se integra en torno de sus creencias religiosas. Ellas le confieren unidad al grupo. El mundo externo e interno es mediado por sus ideas sobre el origen del universo y el papel trascendental asignado a los miembros de la comunidad. Las autoridades religiosas tienen un campo de acción y de responsabilidades en el que resulta imposible distinguir la esfera religiosa de la política. La identidad de la comunidad arhuaca se construye a partir de esta fusión que reclama su particular cosmovisión. La conducta de los demandantes y su aspiración –ejercicio y práctica de la religión evangélica–, claramente se superpone al elemento que cualifica y le otorga sentido a la comunidad indígena. Si a esta coincidencia de contenido, se agrega la escasa o nula secularización del pueblo Ika, se concluye que la tensión introducida por el nuevo credo religioso es verdaderamente intensa y difícil de aplacar.*

*En relación con cada derecho es importante distinguir si las autoridades indígenas están simplemente sujetas al deber general de tratar a las personas con el debido respeto y consideración, absteniéndose de incurrir en acciones que afecten la dignidad de la persona humana, o si, además, les son oponibles, en forma plena, el respeto y garantía de los derechos fundamentales de los miembros de su comunidad. En este último caso, el canon de comportamiento, ajustado a la circunstancias, se aproxima al que debe observar un funcionario público. En el campo de la libertad religiosa, igualmente, cabe distinguir entre un sujeto a quien compete la decisión sobre la opción religiosa, de aquel a quien se confía la función de garantizar la posibilidad general de elección. En este orden de ideas, no es posible considerar que las autoridades de la comunidad Ika, cuya identidad perceptible externamente es de índole acusadamente religiosa, frente a las manifestaciones de los demandantes, tengan el carácter de sujetos pasivos de la libertad religiosa y, deban, en consecuencia, garantizar dentro del territorio bajo su jurisdicción las prácticas evangélicas<sup>52</sup>. En estas condiciones, no es posible atribuir a órganos no secularizados la*

---

<sup>52</sup> “El pueblo Ika, para un observador externo se define con arreglo a un conjunto de firmes creencias y de mitos fundadores. La comunidad como tal es la encarnación de una cosmovisión. La base histórica o filosófica de los



*función de proteger el ejercicio concreto de la libertad religiosa, de modo que se difundan creencias contrarias a las que conforman la identidad grupal.*

*A toda comunidad religiosa, en la sociedad global, se le garantiza plenamente la decisión tomada sobre la elección espiritual que ha adoptado. Las personas que en ella fungen como sus órganos de representación o de expresión, bien pueden internamente excluir o rechazar la propagación de creencias extrañas al culto que se ha decidido profesar. Esta conducta ortodoxa y, si se quiere, unilateral, es perfectamente legítima. La comunidad religiosa, a diferencia del Estado y de sus autoridades, puede oponerse a que en su interior se introduzcan personas e ideas extrañas a su concepción. Lo anterior en virtud de que la comunidad religiosa y sus voceros, a su manera, articulan una determinada opción religiosa, cosa diferente de las autoridades públicas encargadas de que el sistema siempre esté abierto a las más diversas manifestaciones religiosas. La comunidad religiosa, pese a su clausura (o tal vez por ella), ejemplifica un ejercicio del pluralismo.*

*Con mayor razón debe preservarse en favor de la comunidad indígena, caracterizada externamente por la preponderancia que en ella tiene el factor religioso, su condición de sujeto que ha efectuado y mantenido históricamente una determinada forma de espiritualidad. El pueblo indígena, desde este punto de vista, tiene su anclaje directo en una visión religiosa. Sus autoridades, por definición llamadas a secundar las creencias del grupo, no estarían obligadas a garantizar la libertad general de elección religiosa. La correcta interpretación del principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, impide asignar a las autoridades de un grupo indígena portador de arraigadas creencias religiosas, la tarea de obrar como órgano garante de la apertura religiosa de la respectiva comunidad.*

*La protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, no se podría sostener sin una actitud de respeto hacia las distintas cosmovisiones que se traducen en*

---

conceptos que sirven de eje a la mayoría de sus miembros, constituye una alternativa de explicación del mundo y del significado de la existencia humana que cumple los fines que para otras personas desempeñan las religiones. El mandato que han recibido las autoridades tradicionales, en vista de la coincidencia de las esferas religiosa y política, consiste en organizar la convivencia de acuerdo con los mandamientos inscritos en el credo colectivo". *Ibíd.*

*formas de vida singulares y únicas. No se discute que en el territorio nacional se debe acatamiento a la Constitución Política. Empero, el juicio de conformidad constitucional de una determinada acción o abstención de una autoridad indígena referida a miembros de su comunidad, como punto de vista externo a la misma, no puede operar sin que antes se intente aprehender su significado en el contexto sociocultural en que se origina. La violación constitucional, cuando ella se presenta, debe trascender la mera diferencia de enfoque cultural de una acción y, en términos indubitables, lesionar la dignidad de la persona humana. De lo contrario, se arriesgaría con reducir hasta límites en verdad opresivos, el horizonte ordenador de una determinada cosmovisión y, de otro lado, se tendría que exigir a los miembros de la comunidad indígena que en ella encuentran su patrón de socialización, la asunción de pautas extrañas al código cultural en el que se cifra su identidad. Igualmente, la autonomía relativa que la Constitución reconoce a los pueblos indígenas, que se refleja en la existencia de una jurisdicción especial que debe aplicar los mandatos de la Constitución Política, impone la necesidad de garantizar a dichas autoridades un ámbito de independencia funcional, necesario para ensayar una interpretación que tome en consideración las particularidades de las comunidades, de modo que solo si sus fallos constituyen vías de hecho, la acción de tutela resultaría procedente. La Corte se ha ocupado de sintetizar las creencias y prácticas de la comunidad Ika. La cosmovisión que ellas configuran corresponde a un universo simbólico que es objeto de reconocimiento y protección constitucional<sup>53</sup>.*

*Las acciones de las autoridades indígenas tienen una clara explicación dentro de sus prácticas culturales. La renuencia de los indígenas evangélicos a efectuar las ofrendas, no es posible apreciarla –desde la perspectiva indígena– a partir de su motivación, sino de su resultado: la generación de un desequilibrio en el orden natural, del cual podrían sobrevenir consecuencias materiales negativas para la entera comunidad. El daño no compensado*

---

<sup>53</sup> “Gracias a dicho acervo de elementos, el ika y sus autoridades, conoce el mundo, se relaciona con él, comprende su lugar y función y, por lo demás, enfrenta las vicisitudes de su existencia individual y colectiva. Sin que la Corte deba entrar a justificar racionalmente las costumbres y creencias de este grupo humano, es claro que su código cultural le ha permitido enfrentar la complejidad de su entorno de manera exitosa. Este sistema cultural logra mantenerse y reproducirse, en parte, porque es capaz de identificar peligros y factores extraños. Si la identidad cultural es un valor constitucional, mal puede censurarse que dentro de una comunidad se creen mecanismos y estructuras para descifrar situaciones de peligro ya sea de orden natural o puramente social, y que se reaccione frente a ellas apelando a sus propias prácticas culturales, justamente en orden a conservar aquella”. *Ibíd.*

*que se inflige a la madre naturaleza, aparece una profanación que exige reparación, la cual no se puede dar sin la intervención de los mamos, cuyas invocaciones y actos rituales son decisivos para purificar y limpiar las faltas que comprometen a la colectividad. Dado que los evangélicos rechazan la autoridad de los mamos y le restan todo significado a sus acciones, el desequilibrio que su comportamiento ha causado se convierte en factor de inestabilidad en el mundo ika<sup>54</sup>. Las conductas denunciadas como violatorias de los derechos fundamentales, en el contexto de la comunidad Ika, corresponden estrictamente a su lógica cultural. Allí se trata de equilibrar el universo.*

*Advertido el significado cultural del comportamiento denunciado, ello no significa que el mismo no pueda violar la Constitución Política. Esto quiere decir que la Corte Constitucional no puede juzgar las acciones o abstenciones de las autoridades indígenas con el mismo rigor que aplica en los demás casos. Aquí no se expresa que la Corte deba adoptar una actitud indulgente. Simplemente, se puntualiza que el juez constitucional debe proceder con cautela y deferencia. De una parte, se debe evitar la violencia cultural que consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento. De otra parte, el espacio de indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros (interpretación pro indígena)<sup>55</sup>.*

---

<sup>54</sup> “Las autoridades tradicionales, conforme a su cosmovisión, consideran que las conductas de algunos de sus miembros producen un determinado efecto en el orden natural, que ellos buscan enmendar como pueden, esto es, recurriendo a la autoridad de los mamos y a los ritos de purificación. No es cometido de un órgano del Estado colombiano, estimar que no es el caso de proseguir esa brega por el equilibrio de la madre naturaleza o siquiera insinuar que las ofrendas dejadas de efectuar o la falta de acatamiento a las autoridades tradicionales, en nada afectan el curso normal de las cosas. Imponer una interpretación distinta de los hechos o modificar la orientación normativa de la acción de las autoridades indígenas, en este evento tendría el carácter de irrespeto cultural prohibido por el artículo 7 de la CP”. *Ibid.*

<sup>55</sup> “Desde el punto de vista externo, las conductas examinadas podrían catalogarse como violatorias de la libertad religiosa. En cambio, desde el punto de vista interno de la comunidad, tienen un significado cultural plenamente comprensible como acciones dirigidas a compensar un desequilibrio causado en el mundo y que debe subsanarse de una determinada manera. La consideración del punto de vista interno, evita la mecánica aplicación de las normas constitucionales. En efecto, si una determinada acción se asocia a una práctica cultural se logra entonces conocer su sentido y significado y ello permite al juez constitucional determinar si aquella se vincula a la diferencia cultural que

*En el caso presente, la actuación de las autoridades indígenas se relaciona directamente con el corazón de las creencias que conforman la cosmovisión de los arhuacos y en virtud de las cuales adquieren y reproducen constantemente su identidad como pueblo diferenciado. Esperar de las autoridades indígenas un comportamiento diverso, sería obligarlos a renunciar a sus creencias más firmes y arraigadas, puesto que en ellas descansa su identidad y, por consiguiente, sus rasgos distintivos etno-culturales<sup>56</sup>.*

*La textura abierta de la norma que garantiza la libertad religiosa, obliga al intérprete a preguntarse si ella extiende su protección a las manifestaciones religiosas que se presentan en la comunidad indígena objeto de análisis. Aunque la tacha de intolerancia que pueda imputarse a las acciones denunciadas correspondiente a un punto de vista externo, en cierta medida pierde peso cuando se considera la práctica cultural en sí misma –la cual además se beneficia del amparo que la Constitución extiende a la diferencia étnica y cultural–, cabe en todo caso plantear el interrogante sobre si la Carta prohíbe acciones de exclusión por parte de las autoridades religiosas cuando ellas se enderezan a mantener sus dogmas o creencias.*

*[...] La Constitución exige de las autoridades públicas una actitud de neutralidad frente a todos los cultos y religiones. Sin embargo, dentro de una comunidad religiosa, sus órganos no están obligados a tener una visión ecuménica y heterodoxa. Por el contrario, frente a las desviaciones del culto, pueden reaccionar mediante acciones que estimen conducentes a ese propósito. En este evento, si la conducta de los responsables del culto resulta cuestionable, ello podrá ser por el procedimiento empleado o las arbitrariedades en que hayan podido incurrir, no así en razón de su escasa o nula apertura frente al pensamiento disidente.*

---

la Constitución protege o, si en cambio, excede el campo de su protección, particularmente por violar las exigencias mínimas de dignidad de la persona humana. En otras palabras, si el juez constitucional desestima el punto de vista interno, cercena a la comunidad y a sus miembros el derecho a gozar de la protección que debe otorgarse a la diversidad étnica y cultural”. *Ibid.*

<sup>56</sup> “La Corte identifica en la actuación de las autoridades indígenas, un comportamiento congruente con la identidad cultural de la comunidad Arhuaca y, por consiguiente, en principio amparado por el derecho a la diferencia etno-cultural. Entendido el significado cultural del comportamiento aludido –para lo cual fue decisivo reparar en el punto de vista interno de la comunidad–, resta confrontarlo con la norma constitucional que garantiza la libertad religiosa y con los requerimientos mínimos que demanda la protección de la dignidad de la persona humana”. *Ibid.*

*La viabilidad constitucional de la indicada forma de vida religiosa, se apoya en una interpretación de este derecho fundamental que, mutatis mutandis, puede ser la adecuada para comprender en ella la conducta que se censura a las autoridades indígenas, de quienes, como puede observarse, equivocadamente se ha esperado un comportamiento de autoridades públicas de la sociedad global, desconociendo que son ante todo autoridades político-religiosas de una comunidad centrada en una particular cosmovisión.*

*Particularmente, en el caso de las comunidades indígenas, la conservación de su cultura legítima con más fuerza el empleo por parte de sus miembros de mecanismos para determinar la presencia de “extraños” o “no-extraños” y poder comportarse en consecuencia. Si se insiste en recortarles a estos grupos estos elementales mecanismos de defensa y preservación, no será posible que ellos mantengan su identidad cultural. No obstante que el examen de la Corte lleva a eliminar el estigma de inconstitucionalidad atribuido por los demandantes a la conducta de las autoridades indígenas –en cuanto se ha demostrado que ella queda cobijada por el margen de diferencia cultural que la Constitución garantiza y, además, no es ajena a una forma específica de conducta religiosa garantizada–, ella no puede pretermitir consideraciones mínimas de respeto a la dignidad de la persona humana<sup>57</sup>. La Corte al analizar, en detalle, las acciones realizadas por las autoridades indígenas, procederá a comprobar si con ocasión del ejercicio de sus funciones se ha verificado un acto arbitrario lesivo de la dignidad humana de uno de los miembros de la comunidad<sup>58</sup>.*

### ***Sobre los delitos imputados y las penas impuestas a los indígenas evangélicos***

*En la acción de tutela y durante la diligencia judicial realizada por la Corte al lugar de los hechos, los indígenas evangélicos fueron insistentes al afirmar, (1) [...] profesar la religión evangélica era considerado como un delito por las autoridades tradicionales, (2) que en*

---

<sup>57</sup> “El respeto a la persona humana impide a las autoridades indígenas incurrir en actos arbitrarios y apelar a procedimientos inhumanos y degradantes para sujetar a los miembros de la comunidad que se desvíen de los cánones tradicionales. Si más allá de sancionar las conductas objetivas que violan los usos y costumbres del pueblo indígena, de modo que ante la ley indígena todos sean iguales, lo que se proponen sus autoridades es punir al no creyente por el mero hecho de serlo, así este se someta a las reglas existentes, sin duda se está frente a una manifestación de poder que la Constitución rechaza”. *Ibíd.*

<sup>58</sup> *Ibíd.*

*general estaban dispuestos a obedecer las normas y a las autoridades tradicionales, pero que sin embargo, no podían acatar aquellas disposiciones u órdenes que comprometieran sus creencias religiosas y (3) que las sanciones que les aplican las autoridades tradicionales son mucho más drásticas de las que se aplican a otro miembro de la comunidad que ha cometido la misma falta pero que no es evangélico [...].*

*Si bien las autoridades tradicionales tienen autonomía para establecer sus faltas, la sanción a una persona por el mero hecho de profesar el culto evangélico es arbitraria, pues la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial –el mínimo de los mínimos– de la libertad de cultos. En efecto, el régimen punitivo de una comunidad indígena, pese a que monolíticamente se define según ciertas creencias religiosas o míticas, no puede sancionar al miembro que decida abrigar un credo distinto. La diferencia cultural no ampara el recorte del núcleo esencial de la libertad religiosa que, en lo que respecta a la determinación personal de profesar una cierta concepción religiosa, se confunde con la libertad de conciencia. La diferencia cultural autoriza la existencia de comunidades indígenas estructuradas sobre la base de una única visión espiritual. Sin embargo, el respeto a la dignidad de la persona humana, hace incompatible que se apele a la diferencia cultural para someter de modo totalitario las conciencias de los miembros. No obstante, la creencia en el evangelio puede implicar que se incumplan las normas tradicionales de la comunidad por ser incompatibles con los mandatos bíblicos. En este caso, las autoridades están en su derecho de sancionar a quien no obedece en los términos en los que deben obedecer los restantes miembros de la comunidad<sup>59</sup>. [...] deben hacerlo con sujeción a los principios mínimos del debido proceso. Adicionalmente deben respetar un contenido mínimo del principio de igualdad en el*

---

<sup>59</sup> “La interdicción de perseguir al disidente por el mero hecho de serlo, no implica que este adquiera un título válido para dejar de cumplir las reglas de la vida comunitaria que todos deben acatar en razón de su condición de miembros de la comunidad. El poder de las autoridades indígenas no se extingue frente a las acciones violatorias de las costumbres y usos perpetradas por el no creyente. Es posible que el nuevo sentimiento religioso exponga al disidente a inobservar reglas de la vida social que se inspiran en los valores espirituales vernáculos. La autoridad encargada de sancionar las violaciones a las pautas que ordenan la vida social, mientras se limite con objetividad a aplicar lo que en la comunidad es el derecho válido, no incurre ciertamente en arbitrariedad. La regla anterior se predica con mayor razón cuando se trata de faltas comunes que no se amparan en el ejercicio de la libertad religiosa, como el hurto o las lesiones personales. En este caso las autoridades tradicionales se encuentran absolutamente legitimadas para imponer las sanciones de rigor”. *Ibíd.*

*sentido de que no pueden aplicar sanciones más gravosas simplemente porque la persona en ejercicio de su libertad religiosa opta por un credo distinto. Esto es desproporcionado y viola el núcleo esencial de la libertad religiosa y de la igualdad<sup>60</sup>.*

<sup>60</sup> *Ibíd.* “La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la potestad de las comunidades indígenas de administrar justicia conforme a sus propias normas y procedimientos, denominada jurisdicción especial indígena, se encuentra fundamentada en las disposiciones del artículo 246 de la Constitución Política y de los artículos 8° y 9° del Convenio N° 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Así mismo, ha considerado que el ejercicio de la mencionada jurisdicción no se encuentra supeditado a la expedición de ninguna clase de norma previa legal o reglamentaria, dado que está directamente autorizado por el Estatuto Superior. ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-139/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Según la Corte, la jurisdicción especial indígena (CP, artículo 246) comporta cuatro elementos esenciales: (1) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; (2) la competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios; (3) la sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley; y, (4) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades judiciales nacionales. Mientras que los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la autonomía otorgado a las comunidades, la cual no solo es jurisdiccional sino, también, normativa, el tercero y cuarto elementos señalan los mecanismos de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el ordenamiento nacional, con el fin de hacer efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad. SC-139/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Con base en los criterios enunciados, la Corporación ha estimado que es inconstitucional la norma legal que fije o limite el tipo de sanciones que una comunidad indígena puede imponer frente a algún tipo de conducta y la autoridad indígena competente para llevar a cabo el juzgamiento respectivo. SC-139/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Sin embargo, la Corporación ha entendido que no son aceptables desde la perspectiva constitucional aquellas sanciones que impliquen un “castigo desproporcionado e inútil” o impliquen graves daños físicos o mentales. ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Lo anterior se funda, entre otras cosas, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (Ley 78 de 1986), según la cual no todo castigo físico constituye tortura o trato cruel inhumano o degradante, sino solo aquellos cuya entidad implique sufrimientos particularmente “graves y crueles”. Empero, la determinación de la intensidad de una determinada sanción, a fin de establecer si se trata o no de tortura o de un trato cruel inhumano o degradante, solo puede hacerse a la luz de las circunstancias del caso concreto (duración de la pena, efectos en la integridad física o mental del condenado, el sexo, la edad, las condiciones de salud, el contexto sociopolítico, etc.). ST-523/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En este sentido, no sobra recordar que la Corte ha tenido oportunidad de ocuparse de cuatro sanciones utilizadas por las comunidades indígenas que no están contempladas por el ordenamiento jurídico nacional: la expulsión de la comunidad, el despojo de parcelas de cultivo, el cepo y el fuste. En relación con la sanción de expulsión de la comunidad, esta Corporación estimó que no se inscribía dentro de la prohibición constitucional del destierro (CP, artículo 34), la cual solo hacía referencia a la expulsión del territorio del Estado mas no del territorio de las comunidades indígenas, todo lo cual le otorgaba validez a la luz de lo dispuesto por la Carta Política. ST-254/94

### *Sobre las prácticas religiosas limitadas por las autoridades tradicionales*

*Se pregunta la Corte si viola el núcleo esencial de la libertad de cultos la medida consistente en cerrar el templo evangélico y prohibir el proselitismo religioso y, en particular, la práctica colectiva del mencionado credo en lugares públicos dentro del resguardo. Si bien el culto individual, aparece como inextirpable, su exteriorización como manifestación colectiva, puede entrar en colisión con el igualmente colectivo ejercicio de la religiosidad grupal. La identidad colectiva en parte es producto de la proyección externa de las creencias religiosas de la comunidad. En el caso de los arhuacos su territorio es el espacio de su práctica religiosa y sirve de evocación espiritual constante a sus miembros. La identificación tan estrecha de la tierra con la religión, le resta neutralidad y le niega toda virtualidad como foro público religioso. El ingreso de otros dioses, definitivamente notifica a los arhuacos el inicio de la profanación de sus símbolos sagrados. La identidad cultural no puede dejar de manifestarse en una lucha por la defensa de su territorio abierto únicamente a su culto. La pretensión de exclusividad –opuesta a las prácticas religiosas extrañas en su territorio–, por las razones expuestas encuentra asidero en el derecho de la comunidad y de sus miembros a preservar su propia religión [...].*

*Por lo expuesto, la viabilidad de la construcción y apertura de un templo evangélico en territorio arhuaco, corresponde ser decidida de manera libre y autónoma a las autoridades*

(M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); ST-523/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). A juicio de la Corte, el despojo de parcelas de cultivo como sanción a quien cometa una infracción se encuentra prohibido, como quiera que vulnera la prohibición de la confiscación (CP, artículo 34). En efecto, la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ostentan sobre sus territorios no constituye argumento suficiente para privar a un individuo y a su familia de su única fuente de sustento, exponiéndolos a la indigencia. ST-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). A su turno, la constitucionalidad del cepo ha sido avalada por esta Corporación, la que ha señalado que esta sanción no constituye un trato cruel e inhumano (CP, artículo 12). Según la Corte, esta pena, pese a los rigores físicos que implica, hacía parte de la tradición de la comunidad que la aplicaba (Emberá-Chamí), gozaba de aceptación dentro de esta en razón de su alto grado intimidatorio y su corta duración y no causaba ningún daño grave a la integridad física o mental del condenado. ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Por último, la Corporación ha convalidado la adecuación del fuste a las normas de la Carta Política. En su concepto, según la cosmovisión de la comunidad indígena que la imponía (Páez), esta sanción no pretendía causar un sufrimiento excesivo sino, más bien, constituía un ritual de purificación (como que el fuste era equiparado al rayo) cuya función era restablecer la armonía rota por las acciones del condenado. Así mismo, la anotada sanción no producía daños físicos o mentales de una entidad tal que pudieran asimilarla a una forma de tortura ni implicaba humillación o exposición del individuo al escarnio público. ST-523/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)”. *Ibid.*



*indígenas. No cabe formular reproche alguno si la consideración para definir el destino “del suelo” (CP, artículo 330-1), en últimas, resulta determinada por motivos religiosos. El respeto a la identidad indígena, que surge de un inequívoco mandato de la Constitución Política, no podría en realidad ser mayormente desconocido que obligando a los arhuacos, contra su voluntad y creencias, a tolerar que en su territorio consagrado a su deidad, un Dios foráneo se instale y pretenda reconocimiento<sup>61</sup>.*

### ***Sobre la distribución de los bienes y recursos dentro del resguardo***

*Durante la diligencia judicial llevada a cabo por la Corte en territorio arhuaco [...] los indígenas evangélicos manifestaron que las autoridades tradicionales del pueblo Ika los discriminan a la hora de efectuar el reparto de las tierras y los recursos transferidos “por el Gobierno” dentro de la comunidad. [...] la Corte no puede dejar de indicar que las cuestiones relativas al reparto de bienes y recursos están, en principio, sometidas a la autonomía de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Sin embargo, existen unas limitaciones legales y constitucionales que restringen dicha autonomía<sup>62</sup>.*

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> “En materia de ‘tierras’, la Ley 135 de 1961, ‘sobre reforma social agraria’, en su artículo 54-6 (modificado por el artículo 21 de la Ley 30 de 1988), dispone que uno de los programas para los cuales podrán destinarse las tierras expropiadas por el INCORA por motivos de interés social y utilidad pública será el relativo a la dotación de tierras y mejoras a las comunidades indígenas o el dirigido a la recuperación de tierras de resguardos ocupadas por colonos. Por otra parte, el artículo 94 de esta ley determina la competencia del INCORA para estudiar la situación que, en materia de tierras laborables, presentan las comunidades indígenas con el fin de cooperar en la redistribución de esas tierras y solucionar la situación de aquellas comunidades que disponen de un territorio insuficiente. Así mismo, el artículo en comento otorga al INCORA la competencia para constituir resguardos, previa consulta con el Ministerio de Gobierno. Señala, también, que las tierras que el Instituto entregue a las comunidades indígenas se hará a título gratuito y corresponderá a los distintos cabildos efectuar la distribución interna entre los miembros de la comunidad. El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2001 de 1988, reglamentó la Ley 135 de 1961 en punto a la constitución de resguardos indígenas por parte del INCORA. Este decreto define conceptos tales como ‘parcialidad o comunidad indígena’, ‘territorio indígena’, ‘resguardo indígena’ y ‘cabildo indígena’. A la luz de este decreto, debe entenderse por ‘comunidad indígena’ el ‘conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales’. La noción de ‘territorio indígena’ es definida como ‘aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no solo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales.’

*En el caso que se estudia, los indígenas evangélicos se han apartado de la cultura tradicional que les vincula de modo inescindible a la “madre tierra” y, adicionalmente, entregan a los representantes de la IPUC el 10% de todo lo que producen, más la primera cría de cada animal, el primer huevo de cada ave, y los otros bienes que, a criterio de cada uno, sea adecuado transferir. En estas condiciones, no parece desproporcionado que las autoridades tradicionales tomen en cuenta la “identidad cultural” de las personas que habitan en el resguardo, a efectos de hacer una distribución de la tierra con miras a mantener la propiedad colectiva de la misma y de sus frutos, siempre y cuando no confisquen los bienes que han sido entregados a las familias evangélicas y distribuyan el resto de la tierra entre las familias indígenas de manera equitativa, con arreglo a las normas tradicionales que se ocupen de la materia<sup>63</sup>.*

### ***Acceso al territorio ika de miembros de la IPUC no pertenecientes a la comunidad indígena***

*Por último, resta estudiar si las autoridades tradicionales están facultadas para impedir que miembros no indígenas de la IPUC entren a territorio arhuaco con el fin de predicar el Evangelio. Ciertamente, en el presente caso se suscita un conflicto entre la libertad de cultos de los miembros de la IPUC pertenecientes a la sociedad mayoritaria y los derechos fundamentales a la integridad cultural y a la propiedad colectiva del pueblo Ika sobre su resguardo<sup>64</sup>. La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones*

---

En cuanto al concepto de ‘resguardo indígena’, el Decreto 2001 de 1988 establece que se trata de ‘una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de este y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales’. Por último, la norma entiende por ‘cabildo indígena’ aquella ‘entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres’. Aparte de regular en detalle el procedimiento administrativo dirigido a la constitución de resguardos, cabe resaltar lo prescrito en el artículo 19, según el cual los resguardos indígenas serán administrados por el cabildo de la comunidad beneficiaria y distribuidos entre las familias de manera equitativa y de acuerdo con las normas tradicionales que se ocupen de la materia”. *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> “En tanto propietarias de sus territorios, las comunidades indígenas son titulares de todas las prerrogativas que el artículo 669 del Código Civil otorga a los titulares del derecho de propiedad, lo cual apareja el deber de los terceros de respetar el anotado derecho. ST-257/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)”. *Ibid.*

*constitucionales (CP, artículos 58, 63 y 229) e internacionales respectivas (Convenio N° 169 OIT [Ley 21 de 1991], artículos 13 a 19), que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no solo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad<sup>65</sup>.*

*[...] siempre que quede a salvo el núcleo esencial de los derechos fundamentales, el juez constitucional debe aplicar la regla en virtud de la cual a mayor conservación de usos y costumbres de una comunidad indígena mayor será su ámbito de autonomía. En este sentido, debe reconocerse que la comunidad Ika goza de un altísimo grado de conservación cultural y, en consecuencia, su nivel de autonomía es muy amplio. [...] Por las razones expresadas, la presencia de extraños no autorizados en el resguardo Ika, cuyas creencias y prácticas amenazan el derecho fundamental del pueblo indígena a su identidad e integridad cultural, significa, desde su perspectiva interna, una profanación grave que debe ser evitada para garantizar la integridad de sus derechos como comunidad.*

*De otra parte, la Sala no encuentra que, en el caso sub-lite, exista un interés constitucional de mayor jerarquía que los derechos fundamentales del pueblo arhuaco a la integridad étnica y cultural y a la propiedad colectiva sobre su resguardo. En efecto, aún cuando la prohibición impuesta por las autoridades tradicionales a los pastores y miembros no indígenas de la IPUC de no entrar al resguardo, de construir templos y de llevar a cabo*

---

<sup>65</sup> “Así, ha considerado que las obras públicas que obedecen a un interés de carácter meramente regional (vgr. la carretera Troncal del Café) deben ser suspendidas si la afectación al territorio de una comunidad indígena pone en peligro la infraestructura productiva de la comunidad y, por tanto, amenaza la subsistencia material de la misma. ST-428/92 (M.P. Ciro Angarita Barón). Igualmente, esta Corporación estimó que no existía vulneración de los derechos fundamentales de locomoción (CP, artículo 24), de igualdad (CP, artículo 13) y de libertad religiosa (CP, artículo 19) de una asociación religiosa por la negativa del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil de concederle un permiso para operar una pista de aterrizaje localizada en el territorio de una comunidad indígena, fundándose en la oposición de tal comunidad a que se concediera el anotado permiso. ST-257/93 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En el único caso en el cual la Corporación ha hecho prevalecer otro tipo de interés sobre el derecho fundamental de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre sus resguardos, se trataba del interés de la Nación en la preservación de la seguridad nacional, de la soberanía del Estado y de la conservación del orden público. En esa ocasión, consideró que la instalación de un radar y la presencia de tropas militares en el territorio de una comunidad indígena, con la finalidad de controlar actividades delictuosas relacionadas con el narcotráfico, no vulneraban el derecho de propiedad colectiva de la comunidad sobre su territorio. ST-405/93 (M.P. Hernando Herrera Vergara)”. Ibid.

*actividades de proselitismo religioso dentro del mismo, significa una limitación al derecho fundamental a la libertad religiosa de esas personas, tal limitación no es irrazonable<sup>66</sup>.*

*[...] Conforme a todo lo anterior, no prosperan las súplicas de los pastores y miembros no indígenas de la IPUC en el sentido de que se les permita llevar a cabo actividades de proselitismo religioso dentro del resguardo arhuaco. Una autorización en el sentido de admitir las peticiones elevadas por los actores solo puede ser impartida por las autoridades tradicionales. Por esta razón, mientras la negativa de los ika a que pastores y miembros no indígenas de la IPUC ingresen al resguardo persista, estos deberán permanecer y realizar sus actos de proselitismo religioso por fuera del territorio del resguardo<sup>67</sup>.*

### **Se confirman las sentencias de instancia**

*La Corte Constitucional resuelve: Primero.– CONFIRMAR la sentencia de julio 31 de 1997 proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en los términos de los fundamentos jurídicos 51 a 62 de la presente providencia. Segundo.– ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que envíe copia de la presente decisión al Ministerio del Interior a fin de que dicha entidad, en uso de sus facultades legales y en cumplimiento de las funciones que le atribuye el artículo 5° de la ley 199 de 1995, disponga los trámites necesarios para traducir, en el menor tiempo posible, la presente decisión a la lengua arhuaca<sup>68</sup>.*

## **El programa de renovación espiritual para el pueblo Yanacona**

En el sur de Colombia, y bien lejos de los arhuacos, Luis Antidio Anama, quien promueve un programa de “renovación espiritual”, interpone una acción de tutela contra el gobernador

---

<sup>66</sup> “Ciertamente, la limitación estudiada no obedece a motivos arbitrarios, pues su único fundamento consiste en proteger la integridad cultural del grupo indígena y precaverlo de influencias de la sociedad mayoritaria que le podrían resultar perjudiciales, motivación que, como fue estudiado, encuentra pleno asidero constitucional en las disposiciones del artículo 7° de la Carta Política”. *Ibíd.*

<sup>67</sup> *Ibíd.*

<sup>68</sup> *Ibíd.*

del Cabildo Indígena Yanacona porque este le ha prohibido realizar proselitismo, y la Guardia Indígena que se presentó al culto, ha detenido personas y le ha vedado el regreso al resguardo como pastor. El gobernador del Cabildo testifica que sí fueron tomadas y autorizadas esas medidas porque las actividades desarrolladas por los pentecostales ponen en riesgo los usos y costumbres de la comunidad, y generan enfrentamiento entre los evangélicos y los católicos.

La jurisprudencia constitucional protege el derecho a la libertad de culto de manera restrictiva frente al derecho a la distintividad cultural y a lo propio que diferencia a los pueblos indígenas. En las sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998, las decisiones de la Corte han sido enfáticas en respetar la facultad de las autoridades indígenas para constreñir el proselitismo religioso en su ámbito territorial. La Corte ha optado por

*[...] dar primacía, en las circunstancias particulares [...] a los derechos fundamentales del pueblo Yanacona en cuanto a integridad étnica y cultural, y en cuanto propiedad colectiva sobre su resguardo. Asimismo [de ejercer] su derecho de exclusión del territorio del resguardo para impedir la entrada o permanencia del predicador, quien es una persona extraña a la comunidad*<sup>69</sup>.

Dice la Sentencia:

*a) No se trata solamente del enfrentamiento religioso, sino de las repercusiones que tal contienda entraña frente a la organización social, política y económica de la comunidad, toda vez que, los indígenas que se han afiliado a la IPUC se oponen al modo de producción comunitaria y a las obligaciones de vigilancia, al propio tiempo que desconocen las tradiciones ancestrales.*

*b) Se violan los derechos de los demás miembros de la comunidad al obligarlos a escuchar el culto protestante mediante amplificadores y se desafía[n] las decisiones tomadas por la autoridad tradicional, luego de agotado un proceso.*

<sup>69</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-1022”, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 2001.

*c) No se desconoce la libertad de culto a los miembros de la IPUC; simplemente se le advierte a sus correligionarios que el ejercicio de tal libertad se condiciona y desplaza fuera de los linderos del territorio del resguardo.*

*En cuanto al primer punto, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el derecho a la integridad étnica y cultural, en el sentido de que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural, por lo cual, si los miembros de la comunidad indígena que profesan la religión evangélica desconocen la autoridad del Cabildo y se niegan a continuar con las prácticas de producción y desarrollo comunitario establecidos, atentan contra la forma de vida que la autoridad indígena intenta preservar, toda vez que la extensión de sus creencias religiosas a otros campos de la vida social hacen evidente un conflicto y una ruptura de las relaciones pacíficas de los miembros del resguardo de Caquiona.*

*En esta dimensión, el ejercicio de la autonomía reconocida por la Carta hace que las autoridades indígenas tomen las medidas previsoras y correctivas –como en efecto ocurrió– frente al comentado incidente religioso, a fin de que el mismo no adquiriera una trascendencia que tienda a descomponer los valores y la esencia de la cultura yanacona. Como bien lo indicó el Gobernador del Cabildo, el catolicismo ha sido asimilado y aceptado por la mayoría de los indígenas del resguardo porque no se opone a sus normas, a sus costumbres, a las formas de vida desarrolladas por ellos desde el año de 1700; ni tampoco se ha constituido en factor de desconocimiento de sus autoridades tradicionales. Lo que bajo el extremo contrario sí ha ocurrido con la propagación de la religión evangélica protestante<sup>70</sup>.*

El gobernador del Cabildo asegura que la religión católica no se opone ni va en contra de la forma de vida que han desarrollado desde 1700 y, principalmente, porque no cuestiona a las autoridades tradicionales. Como lo explica el perito antropólogo convocado por la Corte, la identidad religiosa Yanacona que *hoy en día* se reproduce y practica es un híbrido generado por la adaptación de los dogmas católicos a las creencias y cultura del pueblo Yanacona. El perito antropólogo explica el resultado iconográfico de esta mezcla entre tradiciones culturales y religiosas, a través de la figura de la Virgen de Caquiona:

---

<sup>70</sup> Ibid.

*La Virgen, como emblema comunitario, es fundamental para el orden y unidad del pueblo yanacona. No solo representa la advocación local y la forma devocional consolidada, sino que instituye al orden social y a la unidad política yanacona, ligando ambos a la formación cultural que denominamos religiosidad Yanacona. Hay dos aspectos fundamentales para comprender las relaciones e importancia de la religiosidad caquioneja con el orden y unidad: en primer lugar, la existencia de la formación cultural religiosa concebida en la literatura académica como “religión popular católica; específicamente conceptualizada como religiosidad yanacona de Caquiona, explicada a partir de las categorías interpretativas y de la historia de los pobladores de Caquiona. En segundo lugar, el precepto del origen revelado en el mito fundacional, que además de expresarlo en sí, lo liga a la comunidad, el territorio, el gobierno y la sociedad mediante el amansamiento producido para la fundación del pueblo.*

*De allí que la devoción por la Virgen de Caquiona no se encuentra reducida al mero culto de una imagen, sino que tiene un contenido histórico fundamental, ligado incluso con la fundación del pueblo y en el desarrollo cotidiano del colectivo, interactuando con los miembros que la componen dentro del desarrollo de las tareas diarias: “La Virgen es viva en el sentido literal de la palabra, fundadora de pueblo y organizadora de sociedad. Es viva porque para los yanaconas de Caquiona la remanecida está profundamente ligada a la historia, la vida, la cotidianidad y el pensamiento. Lo “vivo” está presente en los actos cotidianos. Por ejemplo, la Virgen de Caquiona viste como una mujer de la comunidad: vestido ancho, faja a la cintura, enaguas, alpargatas y sombrero y como cualquier persona, la virgen posee tierras, casas y ganado, bienes que son administrados por el síndico y cuidados e incrementados por la comunidad a través del trabajo colectivo e individual.*

*La Virgen es trabajadora, “sale a ganar para lo caliente” como cualquier habitante de la comunidad. Hace sus comisiones cargada en la espalda de sus devotos, en extenuantes jornadas hasta los sitios en donde se encuentren otros yanaconas, incluso fuera de los límites del resguardo. La Virgen se autofinancia: “Ella mismita va a conseguir la plata para su fiesta”. Es decir, todo el año está en aras de su plata circulando a través de las complejas redes veredales que demuestran la renovación de los lazos de solidaridad y territorialidad de la comunidad. La actividad económica y ritual es de todo el año y presidida por su virgencita. A ella la visten, le hablan, le cuentan, le inventan, como el caso de “mama*

*concia”, la Virgen de Caquiona a quien siempre la ven “embarradita” cuando llega de romería o de comisión<sup>71</sup>.*

El peritaje sociológico recibido por la Corte determina que los contenidos de la Iglesia Petencostal Unida de Colombia pone en peligro la propia supervivencia de la comunidad:

*[...] la Iglesia Petencostal Unida de Colombia no hacía parte de Cedecol, por ser considerada una Iglesia que no tiene una sana doctrina. A nivel general, las iglesias evangélicas son en Colombia minoritarias y esta condición, unida a situaciones históricas como la persecución religiosa durante la época de la violencia, 1947-1957, y la actual persecución más de tipo político por parte de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, a las iglesias pentecostales, hace que se genere en la Iglesia en mención una conciencia religiosa “mesiánica”, que interpreta que su verdad religiosa es la única verdad; de allí su afán por el conversionismo y por la propagación de su fe premilenarista<sup>72</sup>.*

Concluye la Sentencia:

*[...] se equivoca el demandante [expresa enfáticamente el magistrado ponente Jaime Araújo Rentería] al pretender trivializar el conflicto suscitado con las autoridades del Cabildo Indígena de Caquiona reduciendo el enfrentamiento entre la religión católica y la religión protestante que profesa la IPUC. Si se leen con detenimiento las declaraciones rendidas por los deponentes, así como los escritos presentados por el Gobernador del Cabildo, se concluye lo siguiente: a) No se trata solamente del enfrentamiento religioso, sino de las repercusiones que tal contienda entraña frente a la organización social, política y económica de la comunidad, toda vez que, los indígenas que se han afiliado a la IPUC se oponen al modo de producción comunitaria y a las obligaciones de vigilancia, al propio tiempo que desconocen las tradiciones ancestrales. b) Se violan los derechos de los demás miembros de la comunidad al obligarlos a escuchar el culto protestante mediante amplificadores y se desafía las decisiones tomadas por la autoridad tradicional, luego de agotado un proceso. c) No se desconoce la libertad de culto a los miembros de la IPUC; simplemente se le advierte*

---

<sup>71</sup> ZAMBRANO, Carlos Vladimir. Peritaje antropológico. Folio 186 del Expediente.

<sup>72</sup> PEREIRA, Ana Mercedes. Concepto. Corte Constitucional, “Sentencia T-1022”, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 2001.



*a sus correligionarios que el ejercicio de tal libertad se condiciona y desplaza fuera de los linderos del territorio del resguardo*<sup>73</sup>.

## Kareme Boniato

El caso que se va a analizar a continuación involucra a la “menor” de trece años de edad Kareme Boniato, indígena wayuu, como a sus parientes del sistema clánico, y a su padre, quien no es clasificado como pariente de Kareme. Este grupo busca reinsertar a la niña a su sociedad y cultura de origen y, también, a dos señoras residentes en Santa Marta que se encargaron de su educación y cuidado durante seis años y medio; ellas son blancas *arijunas* y no tienen ninguna relación con la cultura wayuu.

Kareme entabló una acción de tutela para exigir respeto a los derechos de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, educación, y la solicitud de que su custodia fuera concedida a las señoras Prieto, con las que vivía. El juez concedió protección a los tres primeros derechos demandados y delegó en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) la solución de la custodia de la niña.

### *Los hechos*

Kareme fue llevada a Riohacha por su padre *arijuna* o blanco –no wayuu– cuando tenía seis años, este la dejó en manos de la señora Betty Espinel, quien después entregó a la niña en calidad de acompañante a las señoras Prieto, residentes en otra ciudad costera, con consentimiento de los padres de la niña. Esta situación es frecuente entre los wayuu, es decir, dejar a las niñas menores de edad con personas ajenas a la comunidad que les provean estudio y alimentación. Muchas niñas han estado en la misma situación de Kareme y luego han vuelto al territorio de su clan.

El conflicto comienza cuando a los trece años y medio la madre de Kareme, doña Olita, quien ha perdido dos niños por grave enfermedad, va a visitar a su hija donde las señoras Prieto. Kareme le cuenta que ha menstruado. Doña Olita informa sobre esta situación a su

---

<sup>73</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-1022”, M. P.: Jaime Araújo Rentería, 2001.

hermano y él establece que es tiempo para reinsertarla a su pueblo. La acción de ir a recoger a su hija, emprendida por doña Olita, es una manifestación del ejercicio de las leyes wayuu. En efecto, ella va por su hija porque continúa bajo su potestad, y no la considera libre para tomar sus propias decisiones, pese al rechazo de la muchacha en cuanto a regresar.

En la ranchería expresa malestar, y regresar resulta una imposición que amenaza su estabilidad en varios aspectos: en el plano emocional siente que se viola su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que no desea volver a su comunidad de origen para casarse por matrimonio prescrito. Vivir como wayuu representa un fuerte cambio cotidiano que siente como una amenaza a su estabilidad personal. Esta es una de las razones más fuertes por las cuales rechaza el acercamiento a su cultura originaria: o sea, el de la vida cotidiana, porque se siente forzada a vivir sin luz, agua, televisor y ventilador; porque no puede usar ropa de moda; y porque tiene que trabajar como lo hacen las mujeres. En el aspecto académico, siente vulnerado su derecho a estudiar, pues de irse a su pueblo tendría que abandonar sus estudios en el colegio.

La niña, que está supeditada a unas leyes y principios a los que debe obediencia, se vuela de la ranchería e interpone una acción de tutela, y es en este sentido que se considera su actitud una falta en relación con la comunidad, que entiende esa conducta como manifestación de agravio dirigido contra la red de parentesco de los miembros del clan y de la etnia wayuu.

Este caso ejemplifica un conflicto entre un derecho individual de una menor y el derecho como sujeto colectivo de un pueblo indígena que se ve amenazado. ¿En qué forma podrían ser estos derechos redefinidos? ¿De qué manera logran dar como resultado una solución que no obstruya ninguno de los dos derechos de forma negativa: la protección jurídica del pueblo wayuu como sujeto colectivo de derecho y los derechos de Kareme como sujeto individual?

El principio del interés superior del menor, tal y como aparece en la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede leerse por fuera del conjunto de una cultura concreta; por ello, puede chocar con otras “convenciones” pensadas y realizadas bajo otro conjunto de situaciones y en otras sociedades. Esta idea propone una respuesta a la indeterminación del principio que está basada en el reconocimiento de las “convenciones” aceptadas por las comunidades de usuarios de las normas: qué piensa la gente y qué hace la gente en concreto, frente a los niños y niñas. Esta consideración puede constituir una respuesta a los argumentos de los defensores.

Los defensores de familia, los jueces y magistrados y las autoridades indígenas se han de enfrentar continuamente a la complejidad que supone el cumplimiento de ciertas normas, en virtud de una determinada tradición legal, de los procedimientos judiciales, de su fidelidad a las situaciones precedentes y a la autoridad. El resultado de tales interacciones entre las dos comunidades legales –expresión del pluralismo jurídico– para la aplicación de las normas legales en determinadas situaciones, puede denominarse *convenciones*. Dichas *convenciones* proporcionan una orientación sobre cómo aplicar normas tales como el principio del interés superior. Como consecuencia, hay una valoración y determinación para la toma de decisiones que depende de la “convención” de la cual provengan los principios y los procedimientos.

El Tribunal de Santa Marta ordena que se le respeten los derechos a la educación y a la igualdad a la niña, y niega la custodia a las señoras Prieto. Además, pone de manifiesto que, siendo la menor indígena, se le han debido respetar sus orígenes culturales en su educación. Pero además, para solucionar satisfactoriamente el caso, el Tribunal encarga al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que decida la custodia y, a la vez, declara que la niña sea considerada en situación de peligro y sea trasladada a Riohacha, donde deberá realizar un acercamiento a su verdadera cultura y a su hogar biológico.

El conflicto que involucra al clan y al pueblo Wayuu, amenaza con desestabilizar los sistemas de parentesco, el equilibrio económico, social, político y, ante todo, simbólico. El hecho de que la niña no vuelva a la comunidad y no se reinserte dentro de su núcleo, amenaza con estancar todo un dinamismo de relaciones, derechos y obligaciones, lo cual tiene repercusiones internas al clan, y externas en relación con otros clanes.

Este conflicto de “valores” entre la lucha de un pueblo indígena para que no se queden en la ciudad los jóvenes que deben estudiar para poder lidiar entre los dos mundos, y el deseo de estos de quedarse, ha de ser sometido a consideración para determinar qué impacto frente al derecho a la vida y a la integridad del cuerpo de los wayuu –que constituyen sus derechos fundamentales como pueblo indígena– trae aceptar la aspiración expresada por niños y jóvenes de salir de sus pueblos y quedarse en la ciudad como hace Kareme<sup>74</sup>. El problema que presenta este caso es que no se trata de un sujeto habilitado para hacer una elección

---

<sup>74</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico, 2001. ICBF, Riohacha, La Guajira.

independiente, racional y libre, porque pertenece a un pueblo, sujeto colectivo de derecho, donde los sujetos individuales son sujetos de deberes y la elección personal es limitada. Se puede optar independientemente toda vez que no se vulnere el derecho del sujeto colectivo, que, como tal, es el sujeto de derechos.

El ICBF, al cual corresponde tener bajo protección a Kareme, en conjunto con la Secretaría de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, buscan fortalecer la etnicidad y la cultura del pueblo Wayuu como sujeto colectivo reconocido por la Constitución de 1991, e igualmente resguardar los derechos individuales de Kareme, los cuales, también deben ser protegidos. El Instituto ha adaptado y recreado estrategias para propiciar una salida multicultural, multiétnica, y de entendimiento intercultural.

El defensor cita a todos los defensores de la Costa y a la autora para contribuir al examen del caso. La situación es examinada en los siguientes términos para ser contrastados entre sociedades:

*¿Kareme es una menor de edad?*

*¿Los derechos de los niños prevalecen sobre otros derechos como el de diversidad?*

*¿El derecho a la educación, que es un derecho fundamental, y el desarrollo de la libre personalidad, son preeminentes sobre el derecho a la diversidad?*

*¿Qué es ser niño para el derecho estatal (Código del Menor)?*

*¿Qué es ser niño para el derecho wayuu?*

*¿Cómo son las relaciones de parentesco y qué derechos y deberes entrañan?*

*¿Quién tiene la patria potestad?*

*¿Cómo vulnera el derecho a la libertad el matrimonio prescrito?*

El peritaje antropológico expresa:

*Es importante resaltar que: 1. Se está ante un conflicto entre el derecho individual de una niña colombiana, a la vez wayuu, y el derecho del sujeto colectivo de derecho, el pueblo Wayuu, representado por una unidad social, política y territorial que es un clan. 2. La organización social del pueblo Wayuu está configurada por clanes uxori-locales que definen el parentesco por línea materna. 3. Si bien es cierto que el derecho wayuu en lo referente a los deberes y derechos, con base en las relaciones de parentesco, está muy distante del derecho de familia estatal, en ambos casos la patria potestad de la niña está a cargo de los parientes consanguíneos.*

4. Kareme a los 13 años después de menstruar ha dejado de ser niña y es pensada como mujer casadera. 5. Como mujer casadera está aún bajo la autoridad del propio clan. 6. El hermano de la madre, el tío materno, tiene toda la autoridad, apoyándose en el palabrero, para la resolución del conflicto, no así su padre biológico quien es exclusivamente el esposo de la madre. 7. Al ser el esposo de la madre de Kareme arijuna, es decir blanco, no entregó dote a los miembros del clan, excepción por ser blanco, por lo tanto, hay un desequilibrio económico en el clan. 8. El tío materno espera que Kareme se case con hombre wayuu, para que se equilibre el mundo social de intercambio interclanes y el faltante en animales que posee el clan. 9. El tío materno tiene, de acuerdo con la tradición, la patria potestad<sup>75</sup>.

Especial reflexión debe hacerse respecto del matrimonio wayuu y los derechos y deberes que entraña el derecho propio. Se efectúa mediante la compensación de animales, a veces de dinero o collares, recursos que simbólicamente manifiestan aprecio a la novia. El intercambio de mujeres es circular y desde la familia del marido hacia la familia de la futura novia tiene dos funciones principales: la primera, validar el matrimonio; la segunda, transferir la capacidad procreadora de la novia desde la familia hacia la de su marido. Mediante esta transferencia se concede a la mujer y a su familia el derecho a reclamar a todos los hijos que tenga la mujer, sea con un hombre wayuu o nowayuu. Debido a que la sociedad considera que todos los niños nacidos durante el matrimonio pertenecen al clan materno, la protección de los niños en caso de ruptura matrimonial o muerte se considera que es un derecho de este clan. No obstante, el concepto matrilineal de filiación de los niños responde también a razones de cohesión social más amplia. El matrimonio ha sido el medio para asegurar alianzas entre distintos clanes, de ahí que se considere a los niños como vínculo esencial de unión entre clanes.

La sociedad está organizada en clanes. En este contexto, es importante para el tío materno que tiene la autoridad, el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los hijos de sus hermanas, para cumplir con las prácticas necesarias para la reproducción del clan como parte del pueblo Wayuu.

Los clanes a los que pertenecen los jóvenes en calidad de futuros cónyuges están muy implicados en la concertación del matrimonio. El joven novio debe someterse a los

---

<sup>75</sup> Ibid.

deseos y posibilidades de su clan para “negociar” a la muchacha, y la joven a la decisión del tío materno y del palabrero si fuera el caso. Esta negociación de la dote hace parte de la cultura y tiene una importancia social considerable. Este paso, sin edad mínima para el matrimonio, es señal de la capacidad de un clan de acoger a una nueva familia para participar en la vida social, y de su progresión hacia la madurez. Teniendo en cuenta lo anterior, se podría alegar que el matrimonio prescrito constituye el interés superior de los jóvenes porque de no participar en este, serían ruedas sueltas, no clasificables y excluidos de la sociedad tradicional, sin opción de conformar una familia internamente. Por otra parte, esta costumbre de romper la tradición cultural, dando libertad a los jóvenes que quisieran abrirse a opciones externas con hombres o mujeres no wayuu, porque les trae comodidades y realizan el principio de libertad según su visión, se justificaría bajo el argumento de que el matrimonio prescrito es contrario al interés superior de los jóvenes, si solo se tomara en consideración el interés superior, y la práctica mencionada no contraviniera otras estipulaciones de la Convención. El resultado dependería del valor que se diera a factores relevantes como la integración de los jóvenes en la sociedad. La situación se torna más compleja cuando también un padre puede tener relaciones sexuales con su hija, si entrega una dote al clan, lo cual ha provocado que, en ocasiones, jóvenes tengan relaciones sexuales con el esposo de la madre que no es su pariente. Esta es una práctica social y cultural aceptada, aunque estadísticamente muy escasa, dado que difícilmente un clan dispone de medios económicos para entregar otra dote. Una vez más, el principio del interés superior podría servir para justificar tanto el apoyo como el rechazo de tales prácticas<sup>76</sup>. La cultura es tan fuerte que, en general, estos matrimonios son duraderos y responden a las expectativas de los jóvenes de manera satisfactoria. Minoritariamente, unos pocos migran a la ciudad y las consecuencias de separación del entorno social y familiar podrían ir en contravía de su interés superior como miembros de un sujeto colectivo de derecho.

La tensión entre un argumento y otro se da porque una parte busca la protección de lo cultural para resistir la homogeneización y universalización, consideraciones que justifican la práctica, ya que los wayuu viven en una sociedad donde impera el respeto hacia la tradición institucionalizada del matrimonio. Si un joven se negara a una decisión acerca

---

<sup>76</sup> Esta posibilidad, estadísticamente muy extendida en la sociedad mayoritaria y prohibida legalmente, si se ponderara frente a la costumbre wayuu, no contraviene mínimos jurídicos. Por ello, su restricción no prima sobre el principio de la diversidad cultural.

de su matrimonio, tendría que sufrir el disgusto de una sociedad que respeta ante todo la autoridad. En un contexto en el que el niño o niña tiene que seguir viviendo en la misma sociedad, se podría decir que el interés superior es someterse a tales decisiones. Por otra parte, una serie de consideraciones relacionadas con los derechos del sujeto, apoyan el argumento de que este tipo de prácticas no buscan el interés superior del niño, porque impiden seriamente su libertad y autonomía<sup>77</sup>. En este caso se presenta la colisión de dos órdenes jurídicos, o de dos intereses jurídicos: los derechos individuales de Kareme y el derecho colectivo del pueblo Wayuu para mantener su identidad cultural, su distintividad<sup>78</sup>.

### *En búsqueda de solución*

Dentro de todas las sociedades existen fisuras que rompen los esquemas tradicionales de lo normativamente dispuesto. La introyección de los derechos como nacionales colombianos, es decir, como sujetos individuales de derecho, invaden a muchos indígenas y entran en contradicción con los propios valores culturales. Esta situación, que es otro componente importante, ha de tenerse en cuenta. Por un lado, la Constitución respeta y valora la diversidad cultural y, por otro, protege al sujeto individual para salvaguardar derechos fundamentales. La experiencia en Colombia de sujetos que buscan rechazar medidas tradicionales, generalmente proviene de líderes o personas cuyas condiciones socioeconómicas son distintas porque han recibido educación foránea y disfrutaban de una buena posición socioeconómica, conocen los derechos de la sociedad mayoritaria y se niegan a seguir siendo indígenas. De modo oportunista buscan ser excluidos de los deberes culturales<sup>79</sup>.

El análisis supone que hay dos grupos de usuarios de normas que inquieran aplicar “convenciones” diferentes sobre cómo emplear el principio del interés superior: los que siguen el derecho propio y los que no<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico, 1994. ICBF, Riohacha, La Guajira.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico, 2001. ICBF, Riohacha, La Guajira.

<sup>79</sup> Véase el caso “Guillermo Jembuel o llamado del fueite”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia T-523”, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, 1997.

<sup>80</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico, 2001. ICBF, Riohacha, La Guajira.

El defensor del ICBF, como funcionario del Estado, demuestra un mayor interés por la protección de la esfera individual de la menor, a juzgar por las acciones que ha emprendido y por la manera como ha buscado darle una solución al problema. En efecto, ha actuado de forma que Kareme pueda acercarse paulatinamente a su cultura original, para que se adapte, evitando la cercanía a su antigua residencia. Ha sido ubicada en un hogar sustituto y en un colegio similar al que estaba en Santa Marta. Se le han proporcionado clases de wayuunaiki para que recuerde su lengua materna y para que tenga contacto con personas de su pueblo y su cultura. Tanto su familia biológica como su familia adoptiva podrán visitarla con previo aviso. Después de un tiempo se ha realizado una investigación sobre la situación socioeconómica de su familia biológica y se han adelantado diligencias para que ella haga visitas a la ranchería. En las visitas a la ranchería adopta una posición bastante hostil frente a toda su familia y al medio que la rodea. El pueblo Wayuu considera la actitud de Kareme como un acto de egoísmo e intolerancia que amerita rechazo.

Mediante la aplicación del test de proporcionalidad el defensor debe determinar si los deseos del niño o niña son autodestructivos, y si le impiden su desarrollo en tales circunstancias, las decisiones autodeterminadas deben ser rechazadas. De esta manera, las decisiones referentes al interés superior del niño no se deben tomar haciendo referencia solamente a aquellos criterios objetivos que se consideren representativos de esos intereses, también se debe tener en cuenta la propia decisión del niño al respecto.

Desde el punto de vista wayuu, el hecho de que no se dé una solución rápida institucional resulta una imposición burocrática que imposibilita el real arreglo, el cual consiste para la familia en que la niña inevitablemente vuelva a la ranchería, asunto que no debe tener discusión. Al contrario, para las señoras Prieto la decisión tiene que favorecerlas a ellas, pues consideran que le han dado a la niña la educación, además de que existen fuertes lazos de unión con la menor que no deberían ser interrumpidos por la madre. En cuanto a Kareme, la tardanza en la solución del caso hace que aumente el desgaste emocional y psicológico por lo que aumenta también su hostilidad hacia su familia y cultura originaria. Finalmente, la comunidad se ha manifestado amenazando con tomar represalias en caso de que la solución no sea en favor de ellos, porque creen que se está tratando de imponer una solución que va en contra de sus costumbres y su cultura.



### *Aplicación de principios jurídicos*

Afirma el peritaje:

*Desde el punto de vista constitucional, se están haciendo respetar eficazmente los derechos de la menor a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, se está amenazando el derecho que tienen una comunidad, un núcleo familiar y un pueblo sobre un individuo que hace parte de estas esferas; por lo tanto se obstaculizan los mandatos constitucionales que prescriben el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas integrantes de la nación colombiana, a las decisiones internas que ellos tomen y a las leyes por las cuales se rigen.*

*En lo que respecta a los mínimos jurídicos establecidos por la Honorable Corte Constitucional para todos los colombianos, sin distinción de etnia, raza o cultura, el caso no vulnera ni el derecho a la vida, ni a la integridad del cuerpo, ni a no ser esclavizada, ni al debido proceso, por lo que fortalece la tensión entre proteger las demandas de una menor como se protegería la de cualquier nacional, y la protección de una niña indígena en el marco también de un sujeto de derechos: el pueblo Wayuu. Se trata más de un conflicto entre el respeto al derecho de una menor, pensado desde la justicia nacional, enfrentado al derecho que tiene un pueblo de mantener su cultura decidiendo asuntos trascendentales como la integridad del colectivo<sup>81</sup>.*

### *Interculturalidad e interlegalidad*

El defensor de familia que ha indagado cómo se solucionan los conflictos internamente, asume igual estrategia. Pide apoyo a los palabreros indígenas que, de acuerdo con el derecho propio wayuu, llevan la palabra y traen la palabra entre las partes involucradas en un conflicto cuantas veces sea necesario. El defensor, reconociendo y fortaleciendo el derecho propio wayuu, solicita a la palabrera seleccionada, que le lleve la palabra al tío materno con el fin de encontrar una salida intercultural e interlegal, que respete tanto los derechos individuales de la niña que ha pedido protección en la jurisdicción nacional, como los derechos del sujeto colectivo, el pueblo Wayuu, lo cual es una salida edificante en términos de derecho.

---

<sup>81</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico, 1994. ICBF, Riohacha, La Guajira.

El defensor y su equipo técnico han establecido mejores relaciones con la muchacha y han negociado ciertos asuntos con ella y con el respaldo del tío materno, como autoridad del clan, a partir de conocer los elementos del derecho propio involucrados<sup>82</sup>.

1. Kareme ha de permanecer en Riohacha hasta que tenga dieciocho años para que pueda terminar sus estudios.
2. Ella se compromete a ir quincenalmente a su ranchería, acompañada por una trabajadora social.
3. Estudiará y hablará su lengua semanalmente con un hablante de la comunidad que el Instituto le proveerá.
4. El defensor propone negociar con el tío materno y por medio de la palabrera como autoridad mediadora, el número de chivos necesarios para que el clan pueda equilibrarse económicamente y dar salida a intercambios matrimoniales que están represados.
5. Kareme definirá su pertenencia al pueblo Wayuu a los dieciocho años, cuando ya sea mayor de edad para el derecho estatal, acorde con la libertad que tiene como individuo para seguir siendo o no indígena wayuu.

Lo importante es que el defensor busque un equilibrio entre los deseos inmediatos de la joven y sus futuras relaciones sociales ancladas en su pueblo que la reclama.

El defensor finalmente optó por no otorgar a Kareme su permanencia en la sociedad mayoritaria desconociendo su pueblo. La comprometió a hablar su lengua y a visitar con frecuencia su comunidad. Cinco años después de tomada la medida, a los dieciocho años de edad, Kareme se decidió a regresar.

## Los hijos de un blanco no son sus parientes y pertenecen al clan de la madre

La muerte de una madre wayuu conduce al padre de tres niños, que es blanco, a demandar mediante acción de tutela la custodia de sus hijos y, con ella, el manejo de

---

<sup>82</sup> Además del peritaje antropológico, el caso se estudió dentro del Programa de Atención a la Familia Indígena, bajo la dirección de Doris Lewin Figueroa y de la autora como consultora. Bogotá, 2001.

la herencia a la que, según él, tienen derecho sus hijos, ante la negativa de los parientes de la madre<sup>83</sup>.

### *Peritaje antropológico*

Con el objeto de determinar una salida intercultural que proteja el interés superior de los niños y el interés superior del pueblo Wayuu y de la sociedad colombiana para que pueda ser multicultural y pluriétnica, el contenido del peritaje demandado se centra en los siguientes aspectos:

Dentro del sistema cultural wayuu, el padre no es pariente de los niños, no tiene la patria potestad. Los bienes del clan matrilineal son indivisibles. Desde el punto de vista de la sociedad mayoritaria, occidental, existe una fuerte tendencia a considerar la importancia de que los niños vivan con sus padres, y, en caso de muerte de uno de ellos, los hijos tienen derecho a que el otro progenitor los cuide y llene de afecto. Pero, frente a este caso, como el padre biológico no es pariente de ellos, ni los niños han sido socializados para sentir el deber de que él sea su padre, el responsable de cuidarlos o protegerlos, el interés superior de un niño en la sociedad wayuu consiste en que viva con sus parientes maternos por muerte de la madre o por divorcio de sus progenitores<sup>84</sup>.

Los principios y procedimientos del derecho propio wayuu definen que la protección de los niños en caso de muerte de la madre, corresponde a los parientes del clan matrilineal y matrilocal en su conjunto, como unidad social y económica del pueblo. La sucesión de bienes y el manejo de la herencia como relativos a la custodia de los niños huérfanos, están estrechamente relacionadas no solo con los lazos matrimoniales, por cuanto el afín dentro del clan tiene derechos y deberes diferentes, sino también con la sociabilización de los patrones culturales orientados al reconocimiento de la autoridad del tío materno, como garante de la continuidad del sistema social<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Es necesario aclarar que el *arijuna*, al no tener esposa y no ser pariente de sus hijos, tendrá que optar por decisiones como casarse de nuevo, si desea vivir dentro del clan; marcharse a otro clan con otra esposa; o irse.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico para la defensora María Cristina Mendosa. ICBF, 1996.

La sociedad está organizada en clanes formados por tres generaciones de descendientes por línea materna, es decir, la madre, sus hijas y los hijos de sus hijas hasta edad casadera. Este grupo es el que realiza importantes prácticas económicas, espirituales y rituales. En este contexto, es importante para el tío materno que tiene la autoridad en el clan, aunque viva en el clan de su esposa, el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los niños y jóvenes hijos de sus hermanas, para cumplir con realizaciones y funciones necesarias a la reproducción del clan inserto en una unidad mayor, el pueblo Wayuu.

El defensor, que debe conocer todas las opciones para tomar la mejor decisión, se pregunta si, al ser el padre un blanco, un *arijuna*, por qué va a valer más la cultura wayuu de la madre frente a la del padre.

El defensor de familia, basándose en consideraciones culturales propias, del derecho positivo estatal, podría argumentar que debe concederse la custodia al padre y con esta el cuidado de la herencia, considerando que se cumple así el interés superior del niño. Su razonamiento sería que, en vista de la muerte de la madre, el vínculo de parentesco más importante y en primer grado, es el del padre; además, según este razonamiento, no existe un vínculo afectivo más estrecho que el de padres e hijos.

El peritaje antropológico muestra que la “convención” wayuu del interés superior del niño se establece sobre principios muy diferentes de acuerdo con la importancia que se da a las consideraciones culturales.

En la concepción cultural wayuu (que tiene sus principios y procedimientos para organizar la vida social, entre otros elementos del qué hacer y cómo manejar a los huérfanos) esos niños estarán siempre protegidos por un sistema social comunitario y por un grupo de parientes que no diferencian sus deberes y derechos frente a estos niños huérfanos o a otros niños del clan. Ellos han crecido dentro de un clan y bajo esa realidad cultural fueron engendrados y socializados. El tío materno, con apoyo del palabrero que interviene, porque tiene competencia jurisdiccional, define que de acuerdo con sus formas tradicionales de organización social, el derecho del clan y de los niños es quedarse con los miembros del clan materno cuyos miembros tienen el deber y el derecho de proteger los bienes que garanticen su vida y protección. Nótese que se dice “los bienes” y no “sus bienes”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Ibid.

Otros elementos para decidir se centran en qué importancia conceder al desarrollo emocional de los niños al lado de su padre o de sus parientes paternos (que no conocen) y qué posibilidad tienen de acceder como individuos a la herencia. La existencia de otros principios y procedimientos del derecho propio wayuu deben ponderarse bajo el principio del interés superior.

El defensor pregunta a la perito:

*¿Qué valor darle a la existencia de la familia extensa, matrilineal, wayuu?*

*¿Qué valor darle a otra concepción de parentesco?*

*¿Qué valor tienen otras concepciones de sucesión de bienes?*

*¿Qué valor darle a la convivencia de unos niños en un medio familiar con parientes consanguíneos que siempre representaron un referente de amor y cuidado?*

*¿Qué valor darle a la relación biológica de un padre y sus hijos?*

*¿Qué valor darle a los sentimientos de un padre que convivió bajo la cultura de su esposa pero muerta decide retornar a su anterior modo de vida?<sup>87</sup>.*

Bajo el Estado multicultural y pluriétnico, el funcionario tiene que ponderar sus decisiones con el fin de definir si puede pasar por alto el interés superior del niño wayuu tal y como lo concibe la “convención” de este pueblo<sup>88</sup>.

El peritaje expresa:

*No en todas las culturas el vínculo más importante es el de padres e hijos.*

*Sí existen vínculos más estrechos en otras sociedades que el de padres e hijos.*

*Reclamar “la herencia” como un derecho individual es para los wayuu una contravención a un derecho de grupo.*

---

<sup>87</sup> Estas son el tipo de preguntas que se hace el defensor, inspiradas en el aporte antropológico que le induce a pensar que en otros derechos propios como el wayuu, las decisiones se respaldan con base en otros principios.

<sup>88</sup> *Ibíd.*

*Dividir una herencia para que la usufructúe un papá y sus hijos no existe en esta cultura donde los bienes pertenecen a un colectivo*<sup>89</sup>.

A la pregunta del defensor: “¿Cuál cultura es preponderante cuando los niños son hijos de padres, miembros de dos culturas distintas?”, el peritaje responde:

*La respuesta expresa en el peritaje es la misma que se aplicaría si ella, la mujer wayuu, hubiese vivido entre la sociedad mestiza como la esposa wayuu del arijuna y hubiese aceptado que, tanto ella como sus hijos se guiaran por los principios del derecho positivo y de la llamada sociedad blanca, y que a la muerte del esposo, tomara la herencia para su clan en detrimento de los derechos individuales de los niños*<sup>90</sup>.

*En caso de conceder las pretensiones del padre, el impacto puede expresarse en: desadaptación de los niños, al menos de manera temporal; ruptura de lazos de parentesco muy fuertes con quienes se ha vivido, y quienes cognitivamente están clasificados como la parentela; desmembración y debilitamiento del pueblo Wayuu; inconstitucionalidad de la sobrevaloración de una cultura sobre las demás; inconstitucionalidad por la protección del principio de diversidad.*

*De no conceder frente a las pretensiones del padre: los niños podrán sentirse miembros de un grupo de parientes con los cuales van a seguir compartiendo; podrán permanecer en el medio en el que se han desarrollado; podrán estar protegidos espiritual y materialmente por el conjunto de miembros del clan. Así mismo, el pueblo tendrá mayor respeto y valoración como pueblo diverso étnica y culturalmente, y se realizará la protección del pluralismo jurídico de tipo igualitario*<sup>91</sup>.

### ***La cultura ejemplo de indeterminación y la teoría de la elección racional***

La influencia de la cultura sobre el sistema de valores de una sociedad es un claro ejemplo de la indeterminación potencial del principio del interés superior. Lo que constituye el

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> *Ibíd.* Se consultó esta respuesta al magistrado Carlos Gaviria Díaz en conversación personal, 2000.

<sup>91</sup> *Ibíd.*

interés superior de un niño está determinado por la cultura de una sociedad particular que comparte la clasificación sobre distintas realidades, y el orden deseable para los diferentes asuntos que incumbe resolver internamente. El interés superior del niño, pensado desde Occidente, es solamente una posibilidad deseable desde esta sociedad. El análisis de casos de protección permite asir la lógica de los mundos culturales y sociales, particularidad que vive una realidad históricamente situada. Aunque cada caso es único, en el universo finito de las configuraciones posibles, estos dos casos, el de Kareme y el de los niños huérfanos, ambos wayuu, permiten encontrarles salidas diferenciadas a las situaciones de protección. Esta realidad, que orienta el cómo deben ser ciertas directrices, se fundamenta en los referentes de cada cultura, es decir, en los juegos de lenguaje, en los sistemas constituidos por juegos que se juegan en una sociedad determinada, como resultante de principios y modos de hacer las cosas, sometidos a reglas que buscan afianzar la estructura o espina dorsal en la sociedad particular. Esta invariante no se encuentra con el primer vistazo, porque no son las manifestaciones exóticas o las curiosidades superficiales que pueden observarse, las que permiten interpretar la realidad cultural. La interpretación de un hecho cultural parte de encontrar modos de vida, y con estos, los mecanismos para la reproducción de un mundo sociocultural determinado<sup>92</sup>.

## Inaplicabilidad del Código del Menor para el permiso de salida del país de niños indígenas

Pregunta el defensor: ¿Es constitucional que las autoridades indígenas, mediante actos administrativos, puedan otorgar permisos a menores indígenas para salir del país?

*Sí. Sustento esta afirmación por cuanto la Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 246 les confiere a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales en todas las materias. Considero importante realizar las siguientes aclaraciones y acciones:*

*El ICBF debe preparar un encuentro cursillo para dar a conocer a las autoridades de los pueblos indígenas el sentido que el Estado colombiano ha querido darle a esta figura*

---

<sup>92</sup> BOURDIEU, Pierre. El oficio del sociólogo. Espacio social espacio simbólico. Introducción a una lectura japonesa de la distinción. Conferencia pronunciada en la Casa Franco-Japonesa, Tokio, 4 de octubre de 1989.

*de protección, el papel de una autoridad, los peligros que entraña esta actuación y las responsabilidades que se asumen frente a los niños, niñas y jóvenes, como también [frente] a sus padres y familiares.*

*Es aconsejable definir un documento o instrumento guía de PERMISO que será aplicado por las autoridades indígenas, registradas formalmente como tales, para autorizar la salida de los niños. Este documento que ha de ser trabajado entre las autoridades de estos pueblos y un defensor, ojalá de un equipo de defensores y de la Dirección General, puede tener una breve sustentación que fundamente esta modalidad especial que se dará en Colombia y que termine con “conozco al niño o niña tal, hijos de..., y cuya salida del país no entraña peligro previsible”.*

*Dado que es un deber de las instituciones públicas y por ende de los servidores públicos, fortalecer la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural en materia de protección, sería valioso que el ICBF remitiera oficios a las instancias pertinentes con el fin de justificar, avalar y robustecer este derrotero.*

*Realizar seminarios interfronteras contribuiría a apoyar esta medida.*

*Es importante que, de cada acto administrativo realizado por una autoridad indígena, en relación con la salida de un menor indígena de Colombia, quede una constancia escrita que incluya que, acogiendo la autorización por lo menos de uno de los padres (dado que en la mayoría de los pueblos indígenas el parentesco es unilineal y esta potestad recae o en el padre o en la madre o en el tío materno), se otorga el permiso, y que contenga la huella del adulto, del niño o niña y de la autoridad que actuó.*

*Proveído el tránsito para que las autoridades de los pueblos indígenas asuman esta potestad, sugiero un Convenio entre el ICBF y las autoridades de los pueblos indígenas durante cinco años, mediante el cual las autoridades indígenas se comprometan a remitir copia de los casos al Instituto con el fin de avalar la medida mientras se convierte en realidad el reconocimiento de los funcionarios de frontera de las autoridades indígenas.*

*En ausencia de una ley de coordinación de la jurisdicción especial indígena, es importante prever asuntos que a posteriori envuelvan a las dos jurisdicciones.*



*Vale la pena sugerir la lectura de la biblioteca básica del ICBF sobre protección a niños y niñas indígenas, donde se van a encontrar fundamentos de política y la jurisprudencia pertinente, que van a ayudar a comprender tanto los fundamentos como el enfoque intercultural que esta propone<sup>93</sup>.*

## Homosexualismo e incesto en el contexto nacional

Dado que ni la antropología ni, por supuesto, el peritaje antropológico son asunto exclusivo de indígenas, se presentan a continuación dos peritajes realizados a la Corte Constitucional, relacionados con los colombianos en general, cuyos derechos protegidos podrían incluir a los indígenas. El primero aborda la relación entre homosexualismo y docencia, el segundo se ocupa de la prohibición del incesto.

### El homosexualismo y el ejercicio de la profesión docente

La demanda de inconstitucionalidad de norma acusada, literal *b*, “El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales”, del artículo 46 del Decreto Extraordinario N° 2277 del 14 de septiembre de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, conduce al demandante a considerar que la expresión acusada viola los artículos 13, 15, 16, 25 y 26 de la Constitución<sup>94</sup>.

*Según su criterio, la homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una “opción sexual”, que hace parte de la orientación sexual humana, tal y como lo ha reconocido la Organización Mundial de la Salud. Por ello, señala el actor, si una persona va al psicólogo o al psiquiatra por ser homosexual, “el profesional le dirá que no tiene tratamiento, ya que no está enfermo”. Según su parecer, ser homosexual es como ser zurdo, y así como “actualmente a ninguna persona zurda se le castiga”, debemos concluir que “tampoco requiere de tratamiento ser homosexual”.*

<sup>93</sup> SÁNCHEZ, Esther e ICBF. Concepto sobre límites de la jurisdicción especial indígena. Bogotá, 2001.

<sup>94</sup> En adelante, las citas en extenso corresponden al documento: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-481”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1998.

*Por ende, el demandante considera que la disposición acusada, al señalar que es falta disciplinaria la condición de homosexual de los docentes e identificar esta opción con una aberración sexual, vulnera la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al trabajo y a escoger libremente profesión u oficio. Según su criterio, la disposición viola la igualdad puesto que discrimina en contra de la opción sexual asumida por los homosexuales. Por ello considera que deben ser sancionados los abusos sexuales pero sin que la ley distinga entre homosexuales y heterosexuales, como lo hace la disposición acusada.*

*De otro lado, según el demandante, la norma atenta contra el libre desarrollo de la personalidad, derecho que implica no solo que “el hombre puede en principio hacer todo lo que desee de su vida y con su vida” (dimensión positiva) sino además que “la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable” (dimensión negativa). Según su criterio:*

*“El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido, tiene carácter ‘genérico y omnicompreensivo’ cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados de forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona, en este caso, homosexual o heterosexual, goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisión, NI opresiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida, por tanto ningún decreto, o ley, o reglamento, ni norma alguna puede decirle a un docente homosexual que tiene que dejar de serlo para poder seguir ejerciendo su vocación de educador”<sup>95</sup>.*

*El actor concluye que el legislador no puede interferir en la decisión de las personas a ejercer libremente una opción sexual, por lo cual es inconstitucional que la condición de homosexual se encuentre establecida como causal de mala conducta en el ejercicio de la profesión de educador. De esta manera, agrega el demandante, la norma impugnada viola también el buen nombre de las personas puesto que la ley autoriza a las autoridades a que se denigre un educador por el solo hecho de ser homosexual, con lo cual se interfiere*

---

<sup>95</sup> Cursivas en el original.

*además en su vida privada. Esta situación afecta igualmente, según el demandante, el derecho al trabajo y a escoger profesión u oficio, pues “al decretar la homosexualidad de los docentes como causal de mala conducta se vulnera el derecho que los sujetos sociales tienen de trabajar en condiciones dignas y justas, frustrando además los esfuerzos realizados por largos años de estudio para llegar a desempeñar ese noble oficio con idoneidad”. El actor concluye entonces que la sola condición de ser homosexual no inhabilita “para el ejercicio docente”, pues un asunto muy diferente “es que una persona que sea homosexual o heterosexual, cometa abusos sexuales y en este caso –indistintamente de su condición sexual– debe ser sancionada ejemplarmente”<sup>96</sup>.*

La Corte convoca a distintas instituciones y a personas en calidad de profesionales o de miembros de organizaciones de la sociedad civil, con el fin de conocer diferentes argumentos.

Defensoría del Pueblo. El director nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría:

*[...] “la homosexualidad no debe ser tenida como un factor de discriminación” pues constituye una opción personal, que siempre y cuando “se enmarque dentro del respeto propio de las relaciones humanas interpersonales, no puede ser una conducta censurable ni mucho menos disciplinable”. [...] Según su criterio, la consagración de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo por la Carta de 1991 implica que no es posible “discriminar a una persona por su condición de homosexual”. [...] según el ciudadano, la norma también afecta la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad pues “una investigación disciplinaria de esta naturaleza implicaría una injerencia indebida en la vida íntima y personal del investigado por parte de quien solo está llamado a verificar situaciones relacionadas con actividades propias de la función pública mas no aquellas que hacen parte de su esfera privada”<sup>97</sup>.*

<sup>96</sup> Ibíd. “Finalmente, el demandante precisa que la norma impugnada se encuentra vigente, toda vez que el Gobierno revivió el decreto 2277 de 1979, mediante el decreto 1726 de 1995 y, en consecuencia, es procedente el control de constitucionalidad sobre su contenido”. Ibíd.

<sup>97</sup> OBANDO, Álvaro León, citado en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-481”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1998.

El Ministerio del Interior:

*Si bien la homosexualidad “no es una enfermedad”, lo cierto es que esa condición hace a la persona “diferente de la mayoría”. [...] considera que la norma demandada no viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que la Carta señala que ese derecho tiene como limitaciones las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. [...] la condición de homosexual no debe ser declarada ni manifiesta [...] en el caso de los maestros su conducta “puede inducir a los menores de edad estudiantes a adquirir dichos comportamientos, debido a la influencia que ejerce un docente, en el desarrollo de su personalidad”<sup>98</sup>.*

El Ministerio de Educación Nacional: “[...] no era falta disciplinaria el solo hecho de ser homosexual”<sup>99</sup>.

Según el criterio del ciudadano Germán Puyana García:

*[...] los homosexuales deberían limitarse “a satisfacer sus gustos de nacimiento o adquiridos, en la esfera de su intimidad, sin intentar presentar sus inclinaciones como dignas de respeto y tan ‘naturales’ como la sexualidad en la pareja humana”. [...] el homosexual no debe “declarar, ni mostrar sus gustos sexuales, lo cual, además de un abominable irrespeto con los educandos, resultaría verdaderamente desastroso, cuando se trate [de] niños o de jóvenes en proceso de formación de su identidad sexual”<sup>100</sup>.*

El procurador general de la nación, Jaime Bernal Cuéllar: “El homosexualismo, como una opción personal e íntima del individuo, no representa una conducta que en sí misma deba ser sancionada”<sup>101</sup>. El funcionario propone la constitucionalidad condicionada de la norma acusada.

---

<sup>98</sup> BELTRÁN, Francisco, citado en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-481”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1998.

<sup>99</sup> BERRÍO, Alba de la Cruz, citada en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-481”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1998.

<sup>100</sup> Citado en: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-481”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1998.

<sup>101</sup> *Ibíd.*

El director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar manifestó: “La condición de homosexual no puede ser objeto de discriminación alguna, tal y como la Corte Constitucional lo señaló en la sentencia T-097 de 1994 [...] la norma demandada debe ser considerada inexecutable, por ser discriminatoria a la luz de la actual Carta Política”<sup>102</sup>.

La Federación Colombiana de Educadores (FECODE) señaló: “Los homosexuales tienen garantías consagradas en la Constitución y debe entonces respetarse su condición de tal”<sup>103</sup>.

La antropóloga Esther Sánchez Botero:

*Son varios los campos entre los cuales la antropología podría contribuir con consideraciones alrededor del homosexualismo pensado como causal de mala conducta: si el homosexualismo hace parte de una condición genética, si corresponde a un proceso de socialización indebido, si se aprende, si en todas las sociedades y culturas de todas las épocas ha existido, si ha sido rechazado, si proviene de una perversión. Para la antropología no es más que un fenómeno humano que socialmente ha sido clasificado históricamente de diferentes maneras. Me limitaré al homosexualismo como construcción social que estigmatiza.*

*La interacción social. La interacción social sucede entre dos “personas”, “organismos”, “yos” o “actores”. Como campo de investigación se piensa como una realidad de sentido común. Sin embargo, el encuentro entre personas ha tenido una historia muy larga y su lugar en la antropología como ciencia social es complejo. La antropología no solo desarrolla a través de procesos intelectuales interpretaciones de lo observado, sino que saca conclusiones en relación con la acción social humana. Existen dos fronteras que limitan la “acción” de la condición humana: la biológica, concebida en términos de herencia y de medio ambiente y la cultural como referentes de un sistema de orden simbólicamente definido con primacía normativa y al que los seres humanos están obligados a ajustarse so pena de sanción en este mundo o en el otro.*

*Mientras Freud desde un punto de vista biológico llegó al reconocimiento de las propiedades distintivas de los sistemas sociales, Durkheim inició la idea de que eran necesarias, esenciales y*

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> *Ibíd.*

*claras distinciones entre los sistemas sociales y personales porque un aspecto esencial del medio social es que impone exigencias normativas al individuo y le sanciona según las satisfaga o no; la estructura de este medio social, especialmente su componente normativo, llega a quedar interiorizado en la personalidad del individuo mediante la socialización y la educación; de lo contrario no se podría comprender la autoridad moral de la sociedad, como agente de control de la acción individual, como agente constrictivo. Los componentes normativos forman parte de un sistema cultural y en este sentido trascienden al individuo. Las representaciones colectivas, básicamente simbólicas, dan una gran importancia al contenido de la cultura como algo compuesto de sistemas simbólicos codificados y hacia una comprensión de su articulación tanto con los sistemas sociales como con las personalidades individuales.*

*Margareth Mead muestra como a través de la interacción el individuo aprende a utilizar y desarrollar ciertos códigos que le permiten expresar la concepción que tiene sobre el otro y para interrelacionarse con él. El otro conlleva categorías comunes, generalizadas, que son la base para poder comprender las diferencias entre personas u otras realidades clasificables. Estas calidades atribuibles a las personas son enseñadas siempre: los fulanos son perezosos, o trabajadores, hipócritas, peligrosos, o sexualmente muy potentes.*

*La personalidad no puede entenderse por fuera de [los] contextos culturales: lo que ocurre dentro de un individuo y lo que ocurre entre varios es producto de una manera como la sociedad marca las relaciones sociales. La mayoría de las satisfacciones o insatisfacciones de los seres humanos tienen su fuente en las acciones de otros seres humanos. Para experimentar excitación en el placer sexual, o felicidad en el amor, para disfrutar de estímulos intelectuales, o de una diversión relajante, para lograr reconocimiento profesional, o una feliz vida familiar, para satisfacer el ansia de poder o la necesidad de aceptación y para muchos otros fines. Es necesario inducir a los otros a comportarse de determinada manera. El hecho de que muchas recompensas solo puedan obtenerse en la interacción social, es lo que sirve de base a la conceptualización de la interacción como intercambio social.*

*El estigma. En todas las sociedades, y para todos los individuos de las diferentes edades, se define un modelo o prototipo ideal sobre lo que debe ser la persona, de modo que se diferencie de las situaciones de individuos inhabilitados para una plena aceptación social. También en todas las sociedades a las personas se les crean referentes que definen lo cerca o lo distante que se puede encontrar la persona frente a un determinado punto de mira. El niño indígena a cierta edad debe manejar perfectamente una cerbatana o conocer*

*clasificaciones muy extensas de peces; del niño en la ciudad se espera que a x edad sepa leer, o controle esfínteres, se espera que un hombre tenga éxito con las mujeres, o que el tamaño de los senos sean determinados, o que se luzca “bien” a cierta edad. Así se reciben mensajes de lo que debemos ser según un conjunto de variables impuestas que nos permite sentirnos más o menos cerca al modelo dominante y más o menos en equilibrio personal.*

*Descubrir una persona que se diferencia del modelo dominante hace que se tomen uno de dos caminos: parecerse al modelo dominante con todo lo que ello significa para un ser humano, en deterioro de su condición única y solamente en función de no ser víctima del estigma, o aceptar la diferencia, y buscar cuestionar las marcaciones de lo hegemónico y sus constricciones como parte de un sistema de relaciones humanas en las cuales la diferencia está presente, y es más que tolerable porque es considerada equivalentemente digna.*

*Los griegos, que aparentemente sabían mucho de medios visuales, crearon el término estigma para referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir algo malo y poco habitual en el status moral de quienes los presentaban. Los signos consistían en cortes o quemaduras en el cuerpo y advertían que el portador de esa marca era un esclavo, un criminal o un traidor, una persona corrupta, ritualmente deshonrada a quien debía evitarse, especialmente en lugares públicos.*

*Las sociedades también establecen los medios para categorizar a las personas y el complemento de atributos que se perciben como corrientes y como naturales en los miembros de cada una de esas categorías. El medio social establece las categorías de personas que en el medio se pueden encontrar. Es por lo que en el encuentro con personas, ya sean niños, jóvenes o adultos, la primera apariencia nos permite prever en qué categoría se halla el otro y cuáles son sus atributos, es decir, su identidad social. A medida que se lo conoce más, nos aproximamos más, podemos descubrir que es dueño de un atributo que lo vuelve diferente de los demás y lo convierte en alguien apreciable, menos apreciable, en una persona incompleta, peligrosa, débil o despreciable. De este modo dejamos de verlo como una persona total, para reducirlo a un ser inficionado y menospreciable. Un atributo de esta naturaleza es un estigma, en especial cuando él produce en los demás, a modo de efecto, un descrédito amplio que a veces recibe el nombre de falla, defecto o desventaja.*

*Pero no todos los atributos indeseables son tema de discusión social. Únicamente aquellos que son incongruentes con nuestro estereotipo acerca de cómo debe ser determinado*

*individuo. Son rechazables los defectos físicos, los defectos del carácter, la deshonestidad, la tiranía, de los cuales se infieren [...] [ser] resultado de asuntos genéticos, accidentes, por perturbaciones mentales, reclusiones, adicciones, alcoholismo, desempleo, conductas políticas extremistas, estigmas étnicos o regionales. Pero, ¿cuál es la razón para que el homosexualismo también entre en esta clasificación?*

*Los normales (atrevidamente hablando) se relacionan con los que poseen condiciones para ser estigmatizados como seres que no son totalmente humanos. Sobre la base de este supuesto, de esta categorización, se practican varios tipos de discriminación, mediante los cuales se reducen en la práctica aunque a menudo sin pensarlo, sus posibilidades de existencia y de vida. Se construyen ideas para explicar su inferioridad, y dar cuenta del peligro que representan. Se les atribuyen un elevado número de imperfecciones adicionales.*

*Se puede señalar que el rasgo central que caracteriza al individuo estigmatizado es encontrar aceptación porque las personas no logran brindarle el respeto y la consideración que los aspectos no contaminados de su identidad tienen. Para resarcir su estigma el estigmatizado intentará corregir lo que considera el fundamento objetivo de su diferencia: terapias que no logran el status del "normal" sino la transformación del yo. Aquí la victimización se ve repleta de quienes les venden a los estigmatizados las salidas para hablar bien, estirar el cuerpo, devolver la juventud, conseguir una identidad sexual que no se posee.*

***Estigma inseguridad y trabajo.** Si en el orden de prioridades pensamos que a un adulto le significa en orden jerárquico: su mundo de pareja, el trabajo, su familia y, finalmente, el grupo social de los amigos, para las personas que han sido estigmatizadas, la inseguridad relativa al status social, sumada a la inseguridad laboral prevalece sobre otras realidades. La inseguridad no solo se da porque se ignora en calidad de que serán clasificados como estigmatizados, sino si la ubicación que les darán los favorece, porque saben en su fuero interno que los demás pueden definirles su posición en el trabajo en función de su estigma.*

*El estigmatizado homosexual conoce que existen personas que lo aceptan con sentimientos humanos y de igualdad; cuando esto sucede es porque hay en esa persona una información que le permite tratarlo con respeto y consideración como se trataría a otro ser humano. El problema no consiste en manejar la tensión que se genera durante los contactos sociales, sino más bien en manejar la información que se posee acerca de su diferencia.*



*Cara a cara y estructura social. Las diferencias llevan a un tratamiento desigual dentro de la estructura social, pero no puede ser en desventaja. Las eventualidades que enfrentan las personas en la interacción cara a cara son solo una parte del problema y no pueden comprenderse totalmente sin una referencia a la historia, al desarrollo político y a las estrategias implementadas por la sociedad en particular. Se puede dar por sentado que una de las condiciones necesarias para la vida social, es que todos los participantes compartan un conjunto único de posibilidades normativas. Sin embargo, las normas a las que nos referimos se refieren a un género especial que tiene efectos muy directos sobre la integridad psicológica de los individuos. Es un problema de ajuste social no de sumisión.*

*El estigma social enferma. Los individuos que sufren estigma social son más frágiles a que su sistema inmunológico se deteriore y por ello contraen más fácilmente ciertas enfermedades. ¿Cuántos homosexuales mueren diariamente de cáncer o sida, por sufrir rigores de no ser aceptados como son? Se trata de defender el derecho a la vida y no solamente el derecho a la diversidad sexual.*

*En 1970 viví un año entre los ingas del Bajo Putumayo y allí el homosexualismo no era estigmatizado. A la pareja de hombres, las mujeres les apoyaban para realizar ciertas tareas que siendo necesarias, ellos no podían efectuar<sup>104</sup>.*

#### Intervención del Grupo GAEDS:

*Integrado por jóvenes homosexuales [...] sostuvo que como estudiantes han aprendido de los maestros solo lo que como maestros les han dado: su conocimiento. [...] consideran que el desempeño de un docente no interfiere ni condiciona el comportamiento ni la orientación sexual de sus estudiantes, pues ninguna investigación sustenta la influencia de profesores homosexuales en la orientación sexual de los educandos. Señala, que de ser así, “ellos, educados por maestros y maestras en su mayoría heterosexuales y padres heterosexuales no existirían como homosexuales que son”<sup>105</sup>.*

<sup>104</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico y exposición en sala plena. En la sentencia se aduce particularmente al estigma.

<sup>105</sup> Ibid.

## Grupo GADOS:

*“[...] reúne hombres homosexuales [...] sostuvo que son los prejuicios, las falsas creencias y la falta de tolerancia, los que han llevado a considerar que un homosexual docente ‘homosexualiza’ a sus educandos”<sup>106</sup>.*

## Grupo Equiláteros:

*El interviniente [...] cuenta [...] que en su primera experiencia docente, un estudiante propuso que lo vetaran como maestro en razón a su condición sexual. Ante esta circunstancia, les propuso a sus alumnos que le dejaran iniciar el curso y que si no respondía como profesor a sus expectativas, él mismo renunciaría. Sin embargo, eso nunca fue necesario [...] Manifiesta que no siempre ha sido feliz siendo homosexual. Tampoco ha sido feliz su familia, por causa de las reiteradas amenazas de muerte a que ha sido sometido por su homosexualidad. Manifiesta que en Colombia desde 1986, se han asesinado más de 840 homosexuales por el hecho de serlo. La violencia hacia los homosexuales, en su opinión, se ve reflejada en el chantaje, la agresión física y verbal, el pago de peajes o multas a algunos miembros de la policía, el aislamiento bajo la forma de encierro en una comisaría, la exclusión del lugar de trabajo, la violencia sexual e inclusive la muerte social y física. Cuando se ha sido sujeto de estigma, discriminación y homofobia, un docente puede fundamentarse en su experiencia, para enseñar a sus alumnos que la tolerancia, el respeto y la solidaridad hacen la vida más plena. Por otra parte sostuvo que en caso de declararse la homosexualidad como causal de mala conducta de los docentes, muchos hombres y mujeres se verían afectados, ya que según las estadísticas, más del 17% de la población, que ostentan la calidad de homosexual y lesbiana, no tendrían trabajo y no podrían enseñar a otros lo que tienen para compartirles como seres humanos. Por consiguiente, solicita que se declare inexecutable el inciso demandado<sup>107</sup>.*

## Grupo Triángulo Negro:

*[...] nombre que se deriva de las marcaciones de que eran objeto las lesbianas en la segunda guerra mundial en los campos de concentración, manifestó que, en su condición*

---

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

*de lesbiana y maestra vinculada al sector oficial, tuvo que cubrir su rostro durante la intervención en la audiencia pública, debido al temor a ser sancionada por su orientación sexual y la discriminación a la que puede ser objeto por parte de la comunidad educativa y la sociedad en general. Sostiene que para las lesbianas la discriminación es mayor, porque la “inequidad entre los géneros ha permitido que la homosexualidad del hombre conquiste en los últimos años cierta tolerancia social, mientras que el lesbianismo sigue siendo un tema del que poco o nada se habla”. [...] concluye que el artículo demandado es inconstitucional<sup>108</sup>.*

Grupo Sol:

*[...] conformado por mujeres lesbianas [...] por el miedo que las aqueja a ser discriminadas y perseguidas, no comparecieron a la audiencia, sino que por intermedio de apoderada presentaron sus consideraciones [...] la orientación sexual diferente a la mayoría no es una razón para invalidar profesionalmente a un docente. La norma demandada, vulnera no solo los derechos fundamentales de los docentes, sino que desconoce el respeto a la dignidad humana de las personas y en consecuencia sostiene que la norma debe desaparecer del ordenamiento jurídico<sup>109</sup>.*

Programa La Casa, Universidad de los Andes:

*En su condición de psicólogo, educador, el doctor Oscar Solano Forero, sostiene es necesario desjudicializar [...] y entender claramente el ambiente educativo, el cual supone la participación de múltiples personas, múltiples edades y formas de ver el mundo, en un complejo social donde no cabe la discriminación por razones relativas a la orientación sexual. Precisa que nunca ha recibido ningún tipo de queja derivada de la orientación sexual [...] por su profesión ha tenido el privilegio de conocer la orientación sexual homosexual de muchos docentes, y [...] su trabajo inclusive superaba el trabajo de otros profesores heterosexuales. [...] que estima que una persona no puede ser sancionada disciplinariamente por ser homosexual<sup>110</sup>.*

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Ibid.

Facultad de Psicología, Universidad de los Andes:

*[El interviniente Doctor Iván Perea Fernández comienza por precisar que el nombre técnico es homosexualidad] [...] homosexual describe el comportamiento manifiesto de una persona, la orientación sexual y el sentido de la identidad personal o social. [...] El estudio de Kinsey en los Estados Unidos en 1948, plantea que la orientación sexual, más que una polarización entre heterosexuales, homosexuales y bisexuales es un continuo fluir hetero-homosexual, que va de una escala “0”, de preferencia exclusivamente heterosexual, a una escala “6” de preferencia exclusivamente homosexual<sup>111</sup>.*

Luis Santos Velázquez, psicoanalista de la Universidad Nacional:

*[...] manifiesta que desde el año 1973 la homosexualidad no se considera como categoría diagnóstica por la Asociación Americana de Psiquiatría, ni menos como una enfermedad mental. [...] como no se trata de una enfermedad, no se busca una etiología o causa de la homosexualidad. Esta tendencia a despatologizar la homosexualidad se basa en las orientaciones de Freud, quien desde inicios del siglo se opuso a “separar a los homosexuales como una especie particular de seres humanos”. [...] las personas homosexuales puedan ejercer sin trabas la docencia, no solo es un derecho que tienen como ciudadanos, “sino que resulta conveniente para la educación de las nuevas generaciones en la tolerancia de la diversidad y el respeto por las minorías”<sup>112</sup>.*

Octavio Giraldo Neira, Universidad del Valle:

*[El profesional remitió la declaración] realizada en la Revista Latinoamericana de Sexología [...] la orientación sexual “es una característica esencial de la persona humana” y nadie es más o menos persona debido a tal orientación, por lo cual viola la igualdad que se le restrinjan los derechos a una persona por tener una preferencia sexual distinta a la de la mayoría<sup>113</sup>.*

---

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> Ibid.

## Comunidad del Discípulo Amado:

*En esta comunidad participan maestros y maestras homosexuales, dedicados por largos años a la docencia. Según su parecer, “no es relevante si el maestro en cualquiera de los niveles o modalidades educativas es o no homosexual o lesbiana. [...] debemos fijarnos si nuestros maestros son personas idóneas, honestas y sensibles, verdaderamente humanas, capaces de transmitir sus conocimientos, y formar seres humanos como personas completas, sin importar cuál sea su orientación sexual o sus preferencias afectivas”<sup>114</sup>.*

## Escrito en nombre de numerosos padres de familia:

*El ciudadano Jorge Isaac Rodelo Menco remitió a la Corte un escrito, firmado también por un numeroso grupo de padres de familia del Colegio Jordán de Sajonia, [...] Según su criterio, los homosexuales pueden desarrollar sus anormalidades sexuales, pero de manera discreta y por fuera de los recintos escolares, por cuanto el profesor debe ser un modelo de comportamiento, ya que cualquier vicio afecta gravemente la formación personal del menor. El escrito considera a la homosexualidad como una anormalidad, con consecuencias graves, pues ha permitido la proliferación de enfermedades letales y altera el sano desarrollo de una persona. Por ello considera que no puede el Estado colocar a un menor, que se encuentra apenas formando su personalidad, en “estado de indefensión al someterlo a ambientes de homosexuales”. Por ello, para estos padres de familia, “los derechos aducidos por los HOMOSEXUALES no son reales”, ya que son pretensiones acomodadas “de enfermos en el sexo anormal”, quienes “pretenden desconocer los derechos de los ciudadanos de conductas sanas quienes también exigimos se no respeten nuestros derechos”, en especial el derecho a la igualdad y a que sus hijos “reciban una sana y correcta educación”. El escrito concluye entonces que esos “derechos los exigimos todos los padres NO homosexuales con hijos NO homosexuales, y requerimos protección a la honra y dignidad y defensa de la familia como el soporte de la sociedad colombiana”<sup>115</sup>.*

---

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> Ibid.

## Otros escritos:

*[...] la Corte Constitucional recibió otros escritos, que en vez de efectuar un análisis sobre la constitucionalidad de la norma, planteaban posiciones agresivas contra los homosexuales, a quienes consideraban personas enfermas, aberradas e incluso peligrosas. Según uno de esos textos, “los llamados ‘GAY’ son fruto de la decadente sociedad que a mala hora los procreó; y ahora pretenden que padres e hijos los veamos como algo normal y que admiremos y aplaudamos su aberrante actitud, dizque porque son el tercer sexo”. Por consiguiente estiman que debe propenderse por una educación con “profesores honestos, con una formación heterosexual y no por ‘GAYS’ degenerados que en mala hora se han enquistado en altas esferas del gobierno y la sociedad”. Otro escrito señala que “nuestros hijos aprenden del ejemplo, qué quedaría de nuestro futuro si nuestros maestros son: sádicos, masoquistas, homosexuales, ladrones, asesinos, avaros, enfermos mentales que deben ponerse en cuidado psiquiátrico, como cuando usted se enferma de cáncer, nadie lo mata por eso, pero si se dirige al hospital para que se cure. Así mismo deben tratarse las enfermedades mentales”. Otros pasajes son incluso más agresivos, pues amenazan con agredir y mutilar a todo homosexual que pretenda ser docente. Además, en general los escritos emplean un lenguaje vulgar, que por discreción y respeto a la dignidad de la justicia, esta sentencia no transcribe, pero que considera necesario referir, por cuanto denota el alto grado de emotividad e intolerancia ligado al asunto que corresponde decidir a esta Corporación<sup>116</sup>.*

## La necesidad de un pronunciamiento de fondo

*[...] es necesario un pronunciamiento de fondo de la Corte por cuanto esa norma se encuentra produciendo efectos, ya que se pueden estar adelantando procesos disciplinarios en contra de docentes [...]. La Corte entra a analizar si procede o no un examen material de la disposición impugnada. [...] la Corte concluye que, en función del principio de favorabilidad (CP, artículo 29), no es posible que en la actualidad se investigue a un docente oficial por “homosexualismo”, por cuanto el CDU no prevé esa conducta como falta disciplinaria. [...] el problema que subsiste es que puede haber personas que ya han sido castigadas en el pasado por “homosexualismo”, y por ende esa sanción se encuentra anotada*

<sup>116</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-481”, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, 1998.

*en su hoja de vida, lo cual puede afectarlas en su desarrollo laboral. [...] Esto significa que un educador que hubiese sido castigado disciplinariamente por homosexualidad no podría acceder a tales cargos, puesto que esa sanción seguiría formando parte de sus antecedentes disciplinarios. El examen de fondo es entonces necesario, pues si la Corte declara la inexecutable de la expresión acusada, esa persona podría solicitar que se elimine esa anotación de su hoja de vida por ser esta inconsistente con los mandatos constitucionales.*

*De otro lado, conforme al artículo 46 ordinal b del decreto 2277 de 1979, la homosexualidad era una causal de mala conducta, la cual podía conducir, según lo establecido por el ordinal 3º del artículo 49 de ese mismo decreto, a la “exclusión del escalafón que determina la destitución del cargo”. Esto significa que incluso durante la vigencia de la Carta de 1991, algunas personas pudieron ser destituidas de su cargo y retiradas del escalafón docente en aplicación de la expresión acusada. [...] en la medida en que la Constitución entró en vigor el 7 de julio de 1991, y es norma de normas (CP, artículo 4º), resulta necesario examinar si la causal acusada era o no constitucional, pues en caso de que resulte inexecutable, esas personas destituidas podrían solicitar la reinscripción en el escalafón y el reintegro a sus cargos. Es más, incluso podrían eventualmente demandar para la reparación de los daños que les hubiese podido ocasionar la imposición de un castigo disciplinario manifiestamente inconstitucional. En cambio, si la Corte se abstiene de estudiar el fondo de las acusaciones, podría estar permitiendo que se prolongara en el tiempo una situación inconstitucional derivada de la aplicación de una norma legal, con lo cual estaría dejando de cumplir sus obligaciones como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta (CP, artículo 241).*

*[...] la Corte destaca que la expresión acusada puede también estar produciendo efectos en relación con los educadores no oficiales [...] aun cuando la relación de trabajo propiamente dicha se rige por el Código Sustantivo del Trabajo. [...] como ya se señaló en esta Sentencia, la sanción por las malas conductas previstas en el artículo 46, entre las cuales se encuentra el “homosexualismo”, conduce (i) al aplazamiento del ascenso en el escalafón por un término de seis a doce meses, o (ii) a la suspensión de este escalafón hasta por seis meses, o (iii) a la exclusión del escalafón. Estas sanciones son impuestas por la Junta Seccional del Escalafón luego de un proceso que debe garantizar el derecho de defensa del inculpa<sup>117</sup>.*

---

<sup>117</sup> Ibid.

## El asunto material bajo revisión

*“El problema constitucional que se plantea es entonces si la ley puede configurar como falta disciplinaria de un educador el ‘homosexualismo’, o si tal decisión afecta la intimidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los docentes”<sup>118</sup>.*

## El debate contemporáneo jurídico y científico sobre la homosexualidad

*Durante mucho tiempo, los homosexuales han estado sujetos a formas muy intensas de marginación y de exclusión social y política [...]. Así, no solo los comportamientos homosexuales han sido y siguen siendo penalizados por diversos ordenamientos jurídicos sino que, además, en la vida cotidiana, las personas con esta preferencia erótica han sido excluidas de múltiples beneficios sociales y han debido soportar muy fuertes formas de estigmatización social, las cuales incluso han llegado, en los casos más extremos, a legitimar campañas de exterminio [...]. Además, en el caso de las mujeres homosexuales o lesbianas, y como lo señalaron algunos de los testimonios [...] habría una especie de doble discriminación, pues a la tradicional segregación por ser mujeres, se suma otra por tener orientaciones homosexuales.*

*Esta situación de los homosexuales ha sido justificada con base en concepciones según las cuales estas personas, debido a que presentan una orientación sexual distinta a la mayoría de la población, debían ser consideradas anormales, enfermas o inmorales. Así, con algunas notables excepciones como Freud, la psiquiatría y la sicología consideraron durante mucho tiempo a la homosexualidad como una enfermedad mental, que debía ser tratada y curada. [...] como bien lo señala el actor, para la Organización Mundial de la Salud, la homosexualidad no es una enfermedad, ni una conducta dañina, sino que representa una variación de la orientación sexual humana. Por consiguiente, las visiones tradicionales [...] no son aceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas, pues desconocen los avances de las teorías psicológicas en este campo y se fundan en una confusión conceptual. Así, y como bien lo señala uno de los intervinientes, los homosexuales [...] pueden ser un fenómeno, estadísticamente anormal, pero no por ello indeseable ya que, en los propios términos del interviniente, es anormal y atípico que alguien sea un genio, pero no es algo indeseable.*

---

<sup>118</sup> *Ibid.*



*[...] estas viejas concepciones [...] contradicen valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, que se funda en el pluralismo y en el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida (CP, artículos 1º, 13 y 16). Por ello, esta Corte ya había señalado con claridad que “los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales [...]”.*

*Muchos consideran que las evidencias científicas sobre la determinación biológica del comportamiento homosexual no son concluyentes [...]. Además, algunos estudiosos consideran que la homosexualidad no es una realidad psicológica o biológica sino que es una construcción social [...] muchos relatos de vida insisten en que la preferencia homosexual fue una orientación vivencial tomada libremente en un determinado momento de la vida, y en manera alguna una condición que es súbitamente descubierta por el sujeto. La homosexualidad sería entonces una opción sexual libremente asumida por la persona.*

*Según estos críticos, la protección a los homosexuales invocando la determinación biológica de esta orientación sexual busca a lo sumo una cierta tolerancia de la sociedad a estas minorías, pero no es compatible con el pluralismo, que precisamente se funda en el reconocimiento del igual valor de los distintos proyectos y modelos de vida, y por ende debe conducir a defender la igual validez de las distintas orientaciones sexuales. [...] un Estado pluralista respetuoso de la autonomía y libertad de las personas debe ser neutral frente a esas opciones sexuales, por lo cual toda discriminación contra los homosexuales es ilegítima y desconoce su derecho a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad [...]<sup>119</sup>.*

## La homosexualidad y la prohibición de discriminación por razón de sexo

*Para esta Corporación es claro que toda segregación constituye una discriminación inaceptable, por cuanto a la persona se le estarían negando oportunidades o imponiendo restricciones por un rasgo psicológico permanente que esta no ha escogido, con lo cual se desconocen normas elementales de justicia, pues la distribución de las cargas o beneficios en una sociedad democrática debe estar, en principio, vinculada a conductas de las cuales el sujeto pueda ser responsable. [...] si la orientación homosexual es una característica individual que la persona no ha adquirido voluntariamente y que no puede cambiar, resulta injusto y violatorio del principio*

<sup>119</sup> Ibid.

*de igualdad imponerle cargas o marginarla de los beneficios sociales por tal razón (CP, artículo 13). Esta situación resulta más intolerable y violatoria de la igualdad si se tiene en cuenta que un trato distinto fundado en la diferente orientación sexual rara vez cumple algún propósito constitucionalmente relevante, por cuanto la preferencia sexual no solo es un asunto íntimo que solo concierne a la persona sino que, además, no se encuentra casi nunca relacionada con las capacidades que el individuo debe tener para adelantar un trabajo o cumplir una determinada función. Por ende, la marginación de los homosexuales denota usualmente una voluntad de segregar y estigmatizar a estas poblaciones minoritarias, por lo cual la diferencia de trato por razón de la orientación sexual resulta sospechosamente discriminatoria.*

*En efecto, la teoría de los “criterios sospechosos” o las categorías prohibidas de clasificación, hoy aceptada por la mayoría de los tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo, se funda en la constatación de que determinados grupos sociales “han sufrido en el pasado un trato vejatorio y han sido objeto de permanente expoliación y persecución”, lo cual explica “su postración actual”. Una aproximación sistemática a lo anterior permitiría afirmar que, en el derecho constitucional contemporáneo, se consideran como “criterios sospechosos” de clasificación, aquellas categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Si admitimos la tesis de la determinación biológica de la homosexualidad, una aplicación de esos criterios permite concluir que la diferencia de trato por razón de la orientación sexual en principio se encuentra prohibida, por cuanto se funda en un rasgo determinado por un accidente de nacimiento, denota patrones históricos de segregación y no es útil para repartir bienes o cargas<sup>120</sup>. En tales circunstancias, y sin que la Corte desee terciar*

---

<sup>120</sup> “Esta teoría se origina en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y en la doctrina constitucional de ese país, que si bien no han sido siempre unívocas en la materia, han decantado algunos rasgos que son importantes para determinar si un criterio de diferenciación es sospechoso y si se debe considerar prohibido, por ser potencialmente discriminatorio. Así, no son en principio admisibles diferenciaciones fundadas en un rasgo inmutable de la constitución física o psicológica de una persona, o cuando se constata que tradicionalmente ha sido utilizada para estigmatizar a un cierto grupo de individuos, o cuando no se relaciona en forma alguna con las habilidades o méritos de una persona para desarrollar cierta labor o cuando el grupo que resulta afectado por ella carece de poder político”. *Ibid.*

*en el debate científico sobre el origen de la homosexualidad, igualmente es evidente para esta Corporación que en caso de que la ciencia llegara a demostrar que, al menos en algunos casos, existe una determinación esencialmente biológica de esta orientación sexual, tal conclusión en manera alguna implica un juicio de desvalor frente a esas personas. Así, nadie niega que, por razones genéticas, una persona nace hombre o mujer, o de distinta raza; sin embargo, mal podría inferirse de ese hecho científico una superioridad ética o jurídica de una raza sobre la otra, o de un sexo sobre el otro. Por el contrario, el mandato constitucional de la igualdad precisamente parte del supuesto de que, a pesar de sus diferencias biológicas, estas personas gozan de igual dignidad y derechos, y deben por ende ser igualmente protegidas por el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, una eventual prueba de la existencia de diferencias biológicas entre homosexuales y heterosexuales en manera alguna puede conducir a legitimar una superioridad jurídica de un grupo sobre el otro por cuanto, tal y como esta Corporación ya lo ha dicho, el principio de igualdad entre los seres humanos se funda en la identidad esencial de los mismos, a pesar de su diversidad existencial.*

*[...] la Corte concluye que si se aceptan las tesis sobre la determinación biológica de la orientación sexual [...] todo trato diferente fundado en esta característica equivale a una discriminación por razón de sexo, que en principio se encuentra constitucionalmente prohibida (CP, artículo 13)<sup>121</sup>.*

## Homosexualidad, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la intimidad

*Algunos podrían objetar que el análisis efectuado [...] es inaceptable pues parte de un supuesto científicamente controvertible [...]. Según esta crítica, si la homosexualidad no es una condición impuesta por la naturaleza sino una opción individual, entonces aparentemente no resulta inconstitucional, ni violatorio de la igualdad, que la persona sea tratada de manera diferente por razón de haber escogido una determinada preferencia sexual, pues el propio individuo es responsable de esa decisión. Entra pues esta Corporación a examinar esa objeción.*

*La Corte admite que no se puede sostener que científicamente se encuentren probadas las raíces biológicas de la homosexualidad. Sin embargo, como se verá, ese dato no es decisivo*

<sup>121</sup> *Ibid.*

*en el presente análisis constitucional. Para demostrar lo anterior, partamos ahora de la otra hipótesis, esto es, que la homosexualidad no constituye una condición impuesta por la biología sino que deriva de una opción libre del individuo. ¿Significa lo anterior entonces que el ordenamiento legal puede limitar el acceso a determinados bienes o imponer sanciones a esa persona, por cuanto esta es responsable de su orientación homosexual? Para la Corte la respuesta a ese interrogante es negativa, por cuanto la Constitución y los tratados de derechos humanos protegen la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la intimidad (CP, artículos 1º, 15 y 16). Ahora bien, esta Corporación ha señalado con claridad que, al interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el intérprete debe hacer énfasis en la palabra “libre”, más que en la expresión “desarrollo de la personalidad”, pues esta norma no establece que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa disposición señala “que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional”. Por ello, esta Corte y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecten derechos de terceros. Existe entonces una vulneración a este derecho “cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano”. Por ende, las restricciones de las autoridades al artículo 16, para ser legítimas, no solo deben tener sustento constitucional y ser proporcionadas sino que, además, no pueden llegar a anular la posibilidad que tienen las personas de construir autónomamente un modelo de realización personal, por cuanto estarían desconociendo el núcleo esencial de este derecho. De allí el nexo profundo que existe entre el reconocimiento del pluralismo (CP, artículo 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP, artículo 16º), ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral.*

*El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. Ha dicho*

entonces la Corte que “cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia”. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuye a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho “un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la Constitución”, por cuanto el artículo 16 de la Carta “condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado”.

Por ello esta Corporación ha reconocido que de la Carta, y en especial del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP, artículo 16), se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir que es dueña de sí, de sus actos y de su entorno. El derecho a la identidad personal supone entonces “un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”.

Uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra identificación como personas singulares es nuestra identidad sexual, tal y como la Corte lo tiene bien establecido. [...] algunos teóricos distinguen entre la identidad sexual y la orientación o preferencia sexual. Así, la primera se refiere al hecho de que una persona se siente partícipe de un determinado género con el cual se identifica, mientras que la segunda hace relación a las preferencias eróticas del individuo. [...] las doctrinas coinciden en que, a pesar de esa distinción, la orientación o preferencia sexual es un elemento esencial de la manera como una persona adquiere una identidad sexual. Así las cosas, es lógico concluir que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual –entre ellas la homosexual– hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (CP, artículo 16). En este sentido, la Corte ha afirmado que la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la

*doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental “la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales”, lo cual implica “la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social”. Por ello, señala esa misma sentencia, el “homosexualismo, en sí mismo, representa una manera de ser o una opción individual e íntima no sancionable”. Posteriormente esta misma Corte señaló al respecto:*

*“Así la sexualidad heterosexual corresponda al patrón de conducta más generalizado y la mayoría condene socialmente el comportamiento homosexual, por estos motivos no puede la ley, sin violar la Constitución, prohibirlo y sancionarlo respecto de los adultos que libremente consientan en actos y relaciones de ese tipo y lo hagan en condiciones que no afecten los estándares mínimos y generales de decencia pública. El derecho fundamental a la libre opción sexual, sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos (CP, artículo 15), pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco se genera un daño social. La sexualidad, por fuera de la pareja y de conjuntos reducidos de individuos, no trasciende a escala social ni se proyecta en valores sustantivos y uniformes de contenido sexual”<sup>122</sup>.*

*Conforme a lo anterior, en nuestro ordenamiento constitucional, la orientación homosexual, incluso si asumimos que esta es escogida libremente y no determinada biológicamente, no puede constituir un criterio para que la ley restrinja el acceso de la persona a un determinado bien o le imponga una carga, por cuanto las autoridades estarían no solo afectando su libre desarrollo de la personalidad (CP, artículo 16) sino que además desconocerían el pluralismo que la Carta ordena proteger (CP, artículo 7º). En efecto, y tal y como esta Corte ya lo ha señalado con claridad, algunas manifestaciones de diversidad se encuentran amparadas constitucionalmente por el principio del pluralismo, por lo cual son “insuprimibles por la voluntad democrática”, y entre ellas se encuentra sin*

---

<sup>122</sup> Cursivas en el original.

*lugar a dudas la opción por una preferencia sexual, que al ser una decisión soberana del individuo, “no concierne al Estado, que ha de permanecer neutral, a no ser que la conducta de los sujetos objetivamente produzca daño social”<sup>123</sup>.*

El trato diferente por razón de la orientación sexual constituye una discriminación

*El anterior examen ha mostrado que las personas homosexuales gozan de una doble protección constitucional. Así, si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, como lo sostienen algunas investigaciones, entonces la marginación de los homosexuales es discriminatoria y violatoria de la igualdad, pues equivale a una segregación por razón del sexo (CP, artículo 13). Por el contrario, si la preferencia sexual es asumida libremente por la persona, como lo sostienen otros enfoques, entonces esa escogencia se encuentra protegida como un elemento esencial de su autonomía, su intimidad y, en particular, de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP, artículo 16). Por cualquiera de las dos vías que se analice, el resultado constitucional es entonces idéntico, por cuanto implica que todo trato diferente fundado en la homosexualidad de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.*

*Así, en múltiples decisiones, esta Corporación ha señalado que el control de la razonabilidad y proporcionalidad de un trato diferente no puede realizarse de la misma manera en todos los campos<sup>124</sup> [...] ha señalado que existen ámbitos en donde el análisis de la igualdad debe ser más intenso, entre los cuales conviene destacar aquellos casos en que las clasificaciones efectuadas por el Legislador o por otras autoridades se fundan en criterios potencialmente discriminatorios, como la raza, el sexo o el origen familiar, o restringen derechos fundamentales a ciertos grupos de la población, o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. En estos casos, el control del respeto de la igualdad por el juez constitucional tiene que ser*

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> “Un juicio de igualdad estricto, en todas las materias, corre el riesgo de limitar excesivamente la capacidad de acción de las autoridades y la libertad política del Legislador, mientras que un escrutinio a la igualdad demasiado flexible y amplio puede hacer perder toda eficacia jurídica al principio de igualdad, que es una norma y un derecho fundamental de aplicación inmediata (CP, artículo 13), cuya integridad y supremacía debe ser, entonces, garantizada por el juez constitucional”. Ibid.

*mucho más estricto. De un lado, porque el inciso primero del artículo 13 superior considera sospechosos ciertos criterios de clasificación que han estado tradicionalmente asociados a prácticas discriminatorias. De otro lado, porque conforme a la Constitución, todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades fundamentales (CP, artículo 13). Y, finalmente, porque la Carta ordena la protección de las minorías y las poblaciones en debilidad manifiesta (CP, artículos 7 y 13).*

*Ahora bien, conforme al análisis adelantado en esta sentencia, tres razones justifican un control judicial estricto de todo trato diferente de las autoridades contra un homosexual, a saber, (i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, que si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas –los homosexuales– el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual. Por todo lo anterior, y con el fin de lograr una cierta economía de lenguaje en el análisis de este tema, la Corte concluye que toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto. Esta conclusión no es en manera alguna una novedad de esta Sentencia, pues ya en anteriores decisiones esta Corte había concluido que todo trato diferente a un homosexual, por el solo hecho de serlo, era discriminatorio<sup>125</sup>.*

---

<sup>125</sup> “Así, en la primera ocasión en que abordó sistemáticamente este tema, la Corte señaló que la homosexualidad no podía significar un factor de discriminación social. Luego, esta Corte precisó que ‘los homosexuales son titulares de todos los derechos fundamentales de la persona humana, y no hay título jurídico para excluirlos de las actitudes de respeto, justicia y solidaridad. Se recuerda que en Colombia ninguna persona puede ser marginada por razones de sexo (CP, artículo 13) y que el derecho a la intimidad esté protegido y tutelado por nuestro Estado social de derecho (CP, artículo 15)’. En posterior decisión, esta Corporación advirtió que ‘el principio de igualdad (CP, artículo 13), se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría. Los prejuicios fóbicos o no y las falsas creencias que han servido históricamente para anatematizar a los homosexuales, no otorgan validez a las leyes que los convierte en objeto de escarnio público’. Finalmente, en reciente decisión, la Corte tuteló a unos estudiantes a quienes se les negó el reingreso a un colegio debido a su homosexualidad, pues consideró que ‘la evaluación de la homosexualidad de los actores, como un factor negativo para resolver la solicitud de reingreso que presentaron a las directivas del colegio demandado, violó sus derechos fundamentales a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad’, por



*Estas conclusiones de la Corte coinciden además con los desarrollos jurisprudenciales de las instancias internacionales en materia de derechos humanos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado, en varios fallos, que la penalización de la homosexualidad desconoce el derecho a la privacidad de las personas, por cuanto no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para satisfacer una necesidad social imperiosa. Según ese tribunal, la sexualidad constituye “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”, por lo cual las injerencias estatales en este ámbito, para ser legítimas, requieren la existencia “de razones particularmente graves”. Por su parte, y más importante aún, a conclusiones similares ha llegado el Comité de Derechos de Humanos de Naciones Unidas, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968. La doctrina de este Comité es entonces vinculante en el ordenamiento [...] es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos [...]”<sup>126</sup>.*

*En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de*

---

cuanto ‘la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos, y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida’. *Ibíd.*

<sup>126</sup> “Ahora bien, y como claramente lo recuerda el actor, el 31 de marzo de 1994, el Comité decidió el caso N° 488/1992 de Nicholas Toonen contra Australia y estableció con claridad (párrafo 8.2 y ss.) que el artículo 17 del Pacto protege la privacidad de la práctica sexual entre personas adultas, por lo cual la penalización de la homosexualidad constituye una abierta violación del Pacto. Igualmente, en esa decisión, el Comité (párrafo 8.7) interpretó el alcance del artículo 2-1 del Pacto, que ordena a todos los Estados garantizar los derechos humanos sin distinción de ‘sexo’, y del artículo 26 que establece el derecho de toda persona a una ‘igual protección de la ley’ y prohíbe por ende toda discriminación por razón de ‘sexo’. El Comité concluyó que la referencia a ‘sexo’ en estos artículos debe interpretarse de tal manera que incluya la ‘orientación sexual’ de las personas”. *Ibíd.*

*la personalidad (CP, artículos 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario (i) no solo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no solo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación. Con ese estándar, entra la Corte a analizar la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente<sup>127</sup>.*

## Homosexualidad y ejercicio de la docencia

*La Corte comienza por interrogarse sobre cuáles son las finalidades que se pretenden satisfacer por medio de la norma impugnada. Y aparentemente existen dos que pueden ser relevantes, a saber: (i) la protección contra eventuales abusos directos contra los menores por parte de profesores homosexuales y (ii) la posible influencia indebida que podrían tener estos maestros en el desarrollo y la identificación sexual de estos infantes. Entra pues esta Corporación a analizar si estas finalidades son susceptibles de justificar la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el campo docente.*

*La protección de la integridad sexual y personal de los menores representa una necesidad social imperiosa que el Estado debe satisfacer, por cuanto la Carta no solo ordena proteger a los niños contra toda forma de abuso sexual sino que explícitamente señala que sus derechos*

<sup>127</sup> Ibid.

*prevalecen sobre aquellos de los demás (CP, artículo 44). Sin embargo, un breve análisis muestra que, conforme a los estudios sociológicos en este campo y a las pruebas incorporadas en este expediente, la medida impugnada no es adecuada para alcanzar ese fin. Así, conforme al concepto rendido por el doctor Perea, experto en la materia, los homosexuales no tienen ninguna predisposición a cometer mayores delitos sexuales que los heterosexuales, ni a abusar en mayor medida de los niños, ya que la mayoría (95%) de los pedófilos son heterosexuales. Este concepto se ve confirmado por algunos estudios internacionales [...]. Todos los estudios coinciden entonces en que la gran mayoría de quienes abusan de los niños son hombres heterosexuales.*

*[...] no existe ninguna evidencia empírica de que los homosexuales tengan una mayor tendencia al abuso sexual con los menores, la exclusión de estas personas de la docencia es totalmente irrazonable, pues no mejora un ápice la protección del pudor y de la libertad sexual de los niños. [...] lo cual muestra que ella se funda en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica como son el mercado de trabajo y la fuerza laboral del país.*

*La otra eventual justificación para excluir a los homosexuales del ejercicio de la docencia se encuentra implícita en la argumentación de que la homosexualidad de un docente implica un riesgo de que el alumno devenga por tal razón en homosexual, lo cual es perjudicial y debe a toda costa ser evitado. La Corte considera que esa tesis no es de recibo ya que no solo simplifica en extremo el complejo proceso de formación de la identidad y la orientación sexuales de una persona, sino que conduce además a contradicciones argumentativas y reproduce estigmas contra las poblaciones homosexuales.*

*Así, en primer término, estas defensas de la norma acusada se fundan en una postura discriminatoria contra la homosexualidad, por cuanto consideran que es deber del Estado evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual, tesis que esta Corte no puede aceptar, por las razones ampliamente desarrolladas en los fundamentos anteriores de esta sentencia, y que la llevaron a concluir que la homosexualidad goza de una protección constitucional especial. Por ende, en este caso no es ni siquiera claro que la exclusión de los homosexuales persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa, lo cual es ya suficiente para desechar este tipo de argumentos en defensa de la norma acusada. [...]*

*esta tesis conduce a inaceptables paradojas. Así, esta Corte ha reconocido que los alumnos pueden presentar preferencias homosexuales, sin que puedan ser excluidos de un centro educativo por tal razón. ¿Significa lo anterior que estos alumnos pueden cuestionar a sus profesores heterosexuales por la manera como estos pueden afectar su identidad sexual? Por ende, la aceptación de la argumentación de los intervinientes tendería a segregar la formación educativa en diversos compartimentos estancos, lo cual resulta contrario al espíritu pluralista que orienta a la Constitución.*

*[...] la Corte considera más plausible la tesis de varios intervinientes, según la cual, la presencia de profesores con distintas orientaciones sexuales, en vez de afectar el desarrollo psicológico y moral de los educandos, tendería a formarlos en un mayor espíritu de tolerancia y de aceptación del pluralismo, lo cual es no solo compatible con la Carta sino que puede ser considerado un desarrollo de los propios mandatos constitucionales, que establecen que la educación deberá formar al colombiano en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia (CP, artículo 67)<sup>128</sup>.*

## Decisión por tomar

*Por todo lo anterior, la Corte concluye que no existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. Con todo, podría pensarse que no es necesario declarar la inconstitucionalidad de la expresión acusada sino que basta condicionar su alcance. Tal es la tesis esbozada por la Procuraduría, quien solicita a esta Corte retomar los criterios adelantados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 12 de agosto de 1982, y según la cual el comportamiento homosexual solo debe ser sancionado disciplinariamente cuando trascienda a la vida pública y afecte el adecuado funcionamiento del servicio público de la educación. Dijo entonces esa Corporación en un caso similar:*

*“Naturalmente que cualquiera de los comportamientos arriba referidos que despliegue el funcionario debe ser sancionado por el juez disciplinario cuando, como lo afirma la Viceprocuradora, ‘pierda su naturaleza privada y trascienda a la vida pública’, y en sentir de la Corte, además cuando genere indefectiblemente actitud ostensible de*

---

<sup>128</sup> *Ibid.*

*reprobación social, o corresponda a prácticas conexas o colindantes con actos delictivos, o de alguna manera signifique un evidente desdoro y ocasione una consiguiente desconfianza pública en relación con la administración de justicia. Al Estado solo le debe interesar que la función pública no se vea comprometida con el comportamiento indebido de sus funcionarios, pero no escudriñar su derecho de intimidad y su recato*<sup>129</sup>.

*La Corte Constitucional considera que esa tesis es inadmisibile en el contexto de la actual Carta, pues si bien protege en parte la intimidad de los homosexuales, por el contrario mantiene intactos los prejuicios y la discriminación social y jurídica contra esta población, pues ¿qué significa que la homosexualidad debe ser sancionada cuando trascienda a la vida pública y afecte el adecuado funcionamiento del servicio público de la educación? ¿Implica lo anterior que los homosexuales deben ocultar a toda costa su orientación sexual? Esa restricción es inadmisibile pues viola la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, ya que a los heterosexuales no se les impone tal exigencia. O, el argumento es que deben sancionarse las otras conductas de los homosexuales que lesionen la administración pública o afecten los derechos de terceros. Pero en tal evento, exactamente lo mismo se puede predicar de los heterosexuales, pues también en su caso esas conductas son sancionables. Por ende, la conservación de la expresión impugnada en el ordenamiento jurídico lo único que hace es legitimar los prejuicios y el estigma contra la población homosexual sin proteger un ápice los derechos de los menores, por cuanto estos no se ven afectados ni amenazados por la sola presencia de docentes homosexuales.*

*Conforme a lo anterior, la única decisión posible es la inexequibilidad de la expresión acusada, y así se declarará en la parte resolutive ya que, como se ha mostrado en esta sentencia, la exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada [...]. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran*

<sup>129</sup> Cursivas en el original.

*sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución. RESUELVE Declarar INEXEQUIBLE la expresión “El homosexualismo” del literal b del artículo 46 del decreto 2277 de 1979. Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional<sup>130</sup>.*

## El incesto como prohibición que elimina la libertad

Para resolver la demanda sobre la inconstitucionalidad de la prohibición del incesto para personas adultas, el magistrado Carlos Gaviria Díaz, además de solicitar peritajes a varias entidades y personas, también promovió encuentros para ampliar el conocimiento sobre el tema<sup>131</sup>. Este enfoque muestra un modo de poner en relación a la Corte Constitucional, no solamente enviando a los magistrados auxiliares al terreno, sino a partir de la promoción de encuentros, por parte de los propios magistrados, para ampliar sus conocimientos.

El incesto<sup>132</sup> es la infracción del tabú que pesa sobre las relaciones sexuales entre dos miembros de la familia nuclear, entre padres e hijos o entre hermanos. El tabú puede extenderse a otros parientes y grados de parentesco cuyos vínculos pueden ser biológicos, de afinidad, de clasificación simbólica o imaginarios, y las relaciones sexuales entre dos individuos así definidos serán considerados incesto. El concepto *tabú* es adecuado para mostrar que su transgresión va acompañada de sentimientos de intenso horror, es un incumplimiento social más que legal, ya que no en todas las sociedades se sanciona legalmente.

Los estudios etnográficos muestran que las restricciones en cuanto a tener relaciones sexuales con cualquier tipo de parientes es un tabú universal y hace parte de las normas que

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*

<sup>131</sup> Uno de estos corresponde al encuentro con el antropólogo Guillermo Páramo Rocha, el lingüista y filósofo Jon De Landaburu, el economista Maite Fadul, María Cristina de Gaviria y la antropóloga Esther Sánchez Botero. Bogotá, marzo de 1998.

<sup>132</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje para el doctor Carlos Gaviria, Corte Constitucional. Expediente N° D001935, Código Penal, artículo 259, delito de incesto. Actor: Alberto Franco, Bogotá, julio de 1998.

regulan el sexo y el matrimonio. Aparece en todas las formas conocidas de organización social, aunque su forma y función varía enormemente de una cultura a otra, en sociedades pequeñas y complejas.

Como tabú implica, además, toda manifestación de intimidad o interacción entre quienes se ven afectados por la prohibición. Aunque en todas las sociedades es común este tabú, existen grandes diferencias entre sociedades no solo en relación con su extensión a ciertos parientes y a la intensidad de sus emociones, sino también respecto a la frecuencia específica de su infracción. Este derrotero sirve para que las personas puedan distinguir con quién está prohibido tener relaciones sexuales, y para otros tipos más minuciosos de clasificación y diferenciación, como intimidad, expresividad, deberes y derecho. También el tabú define con quiénes se considera más conveniente el matrimonio.

Los motivos para esta institución restrictiva consisten en mantener un determinado equilibrio entre los vínculos sociales próximos a ciertas unidades sociales. La universalidad de la ocurrencia de normas contra el incesto, sea cual sea la forma o la función que hayan cumplido en una cultura concreta, parece indicar que esta prohibición forma parte de un sistema muy complejo, a la vez consecuencia y condición de la evolución humana.

Las diferencias en cuanto a forma y función de los tabúes contra el incesto indican también que la figura que asume el carácter humano y el funcionamiento diferencial de los sistemas sociales están tan íntimamente ligados con momentos históricos concretos, que los cambios producidos en un sistema social irán necesariamente acompañados de la desaparición de algún patrón anteriormente aceptado para las relaciones personales.

La frecuente infracción de las normas relativas al incesto es un índice de la tendencia a cometer este acto, o del resquebrajamiento del sistema sociocultural. En ambos escenarios, los casos de incesto son más significativos que los usuales de delincuencia, suicidio y homicidio.

¿Por qué sería tan desventajoso o desastroso para la familia, en particular para la sociedad en general, el que dentro de la familia existiesen relaciones sexuales? Respuestas a esta pregunta se enuncian a continuación, con el objeto de mostrar los tipos de razonamiento que asumieron funcionalistas, estructuralistas y psicoanalistas. Pese a su aporte a la complejidad del tema, no parecen argumentaciones relevantes.

1. *“Impide el crecimiento de amplias ramificaciones de relaciones sociales”. Ello significa que el incestuoso no tiene otras relaciones con otros, lo cual no es cierto. Las sociedades se abrieron y establecieron relaciones de alianza e intercambio.*
2. *“Habría confusión de relaciones”. Se confunde lo social y lo biológico, ya que una persona no puede ser más que una persona a la vez.*
3. *“Trastornaría las relaciones de autoridad”. Se conocen sociedades que regulan el acceso sexual sin problemas de autoridad.*
4. *“La procreación dentro de la familia es desastrosa genéticamente”. Esta afirmación, que es históricamente indemostrable, no ofrece elementos para explicar la prohibición.*

¿Por qué hay gente movida a practicar o a prohibir tales relaciones?

1. *“Existe una aversión instintiva a repelerlo”. Entonces, ¿por qué hay una tendencia a cometerlo?*
2. *“Hay un deseo natural”. Este deseo se reprime culturalmente.*
3. *“Es necesario no ser incestuosos para llegar a ser humanos”. Las relaciones sexuales entre parientes son expresión de animalidad, es decir, de no control del impulso sexual. Son la expresión del paso de la naturaleza a la cultura.*

¿Por qué se prohíben estas relaciones en las sociedades? Es evidente que la respuesta no se relaciona con las cuestiones anteriores, por lo que es necesario otro argumento complementario que desde la antropología contribuya a explicar social y culturalmente las manifestaciones comunes de unos y otros seres humanos, en relación con el incesto. Uno de los aspectos más importantes del hombre reside en su relativa falta de especialización, es decir, su libertad para el dominio de sus instintos particulares, lo cual, si bien le proporciona grandes ventajas, le quita, sin embargo, la seguridad que fluye de ser dirigido por ellos. Para obtener esa seguridad, el hombre desarrolló el mecanismo autoinhibitorio de la conciencia. El grupo, la sociedad, son las unidades de supervivencia del hombre, son el respaldo para inhibir los deseos personales en aras de las normas del grupo, a sabiendas que el grupo opera para sostenerlo. Esta capacidad de inhibirse se aloja en el sistema nervioso central y faculta a los hombres para disuadir sus propios impulsos, y les condiciona para aceptar las normas enseñadas; la culpabilidad, por leve que sea, es el aviso que les recuerda a las personas que están infringiéndolas. La intensidad del llamado a cumplir lo normativamente estipulado, genera en el sistema nervioso una reacción inhibitoria.



Si la teoría de la selección natural es correcta, durante años, y hasta cientos de miles de años, solo lograron sobrevivir aquellos grupos que instruyeron el tabú del incesto y lograron controlar el impulso agresivo. Por tanto, hubo grupos cuyos miembros lograron un grado extraordinario de adaptación en la esfera sexual y en la conducta ofensiva. El sexo es un impulso muy fuerte y, sin embargo, de gran maleabilidad, de aquí la dificultad. Es posible influir en este mediante mecanismos inhibitorios de la conciencia. Quizás porque es tan violento, se puede concluir que es una propensión humana similar a la agresividad. Los grupos que sobrevivieron debieron ser los grupos que se componían de individuos de elevados impulsos sexuales y agresivos, ya que este sería el modo de sobrevivir y propagarse. Dichos impulsos, sin embargo, debían ser contenidos por fuertes mecanismos inhibitorios y por las sanciones íntimas de culpabilidad y remordimiento. Solo así podrían haberse autocontenido los impulsos sexuales hacia miembros de la familia, así como la agresividad frente a los miembros de la sociedad.

Es un hecho fisiológico que el control cortical de la actividad sexual distingue a los grandes monos y al hombre del resto de los animales. Se dieron un conjunto de reacciones instintivas que pudieron desarrollar el conjunto de inhibiciones sexuales en relación con el sexo intrafamiliar y, por lo tanto, llevar a la supervivencia a las poblaciones que lo adoptaron.

Los instintos son realmente potenciales respecto al comportamiento y necesitan estímulos desencadenadores del medio ambiente para su plena realización. El hombre es maleable, y la puesta en marcha de mecanismos inhibitorios para lo incorrecto están definidos para evitar que ocurran actos sensibles a los sentimientos compartidos como no deseables, y a partir de la culpabilidad.

En el estudio de la antropología física, como rama especializada, se involucra el componente biológico como medio para la omnicomprensión del estudio del hombre. Este factor biológico hace parte de la posibilidad que tiene el hombre como animal, de incorporar lo inhibitorio. Sin duda, este es el resultado de millones de años de evolución humana que nos permite, con base en un dispositivo cerebral, ser capaces de inhibir impulsos, pensados y experimentados por múltiples generaciones como requisito de una forma de vida social y como un adecuado y conveniente modo de ser en un colectivo.

### *El tabú del incesto hace parte de nuestra herencia cultural*

La noción de que el apareamiento incestuoso debe evitarse está incorporada formalmente a las instituciones y se socializa tempranamente para producir en las personas sentimientos de culpabilidad e inhibición.

Pero, cómo se crea un bien colectivo. Para Durkheim<sup>133</sup>, la primera cuestión por resolver es el fundamento colectivo del conocimiento. Según su teoría el vínculo social elemental, este solo se forja cuando arraiga en la mente de los individuos un modelo de orden social. El arraigo de una idea es un proceso social y cognitivo que necesita una fórmula que fundamente su bondad en la razón y en la naturaleza. El incesto está inserto en un proceso cognitivo y en la base del orden social. Este proceso cognitivo depende de las instituciones sociales.

Reducida a su mínima expresión, una institución es tan solo una convención<sup>134</sup>. Una convención surge cuando todas las partes tienen un interés común como es que exista una regla con el fin de asegurar la coordinación. Así, por definición, una convención se halla sujeta a autocontrol, y las instituciones procuran ese objetivo. Para convertirse en una institución social legítima, una convención necesita otro arreglo o convenio paralelo de orden cognitivo que la sustente, como por ejemplo, una familia, las reglas de un juego o el orden de una ceremonia. La autoridad legítima puede ser personal, tal como un padre, pero también puede ser difusa, como sería el caso de basarse en el común acuerdo sobre algún tipo de principio fundamental<sup>135</sup>.

Se parte también de que en caso de amenaza a la convención social, como ocurre con la práctica del incesto, se puede recurrir a preguntas como: ¿por qué esto se hace así? Si logramos concluir que hay un modo convencional de hacer la vida social, podemos pensar en que podría ser de otra manera.

### *Incesto y diversidad cultural*

La manifestación de lo social como resultado de la capacidad de trascender lo individual toma forma cultural distinta a partir de las instituciones propias de las diferentes sociedades.

---

<sup>133</sup> DURKHEIM, Emile. *Sociología*. Córdoba: Assandri, 1961.

<sup>134</sup> DOUGLAS, Mary. *¿Cómo piensan las instituciones?* Madrid: Alianza Universidad, 1986.

<sup>135</sup> *Ibid.*

No conozco en los pueblos indígenas de Colombia, la posibilidad de sostener relaciones sexuales sin restricciones dentro de un determinado círculo de parientes. En todas estas sociedades existen definiciones que normatizan la vida de estos pueblos y que permiten al infractor sentirse transgresor y ser sancionado. Dentro de estas convenciones se espera configurar un individuo que relacionalmente pueda establecer elementos clasificatorios y diferenciales para comprender y actuar en consecuencia.

Con base en una convención social establecida de muy diferentes maneras en cada sociedad, el individuo aprende a interiorizar que, por ejemplo, ni las vaginas ni los penes están prohibidos, ni las mujeres ni los hombres son inaccesibles sexualmente, pero también que penetrar a vagina o poseer sexualmente determinado hombre está prohibido. Esta interiorización se incorpora mediante formas de rutina diaria que permiten que el sistema clasificatorio que diferencia parientes de no parientes, hombres y mujeres no accesibles, funcione, produciendo comportamientos específicos que manifiestan la manera como se desempeña el instinto inhibido.

Los puinave son un buen ejemplo de cómo se enseñan convenciones y clasificaciones:

*Mujer adulta que tiene una hija definida como posible mujer para un niño le dice a este niño: “¡Venga por cabeza de pescado que hoy tenemos buena cabeza...!”*

*La madre le dice al niño, a su hijo de dos o tres años: “Ya cogió, camine a comérsela en la casa; ¡por ahora no puede comérsela aquí!”<sup>136</sup>.*

La sociedad puinave define con quién puede casarse uno de sus miembros

Desde temprana edad, el niño puinave aprende, como orientación de un sistema clasificatorio que el incorpora ritualmente, cuál mujer es permitida. En su sociedad, la comida está identificada con la actividad sexual. Solamente después del matrimonio podrá

---

<sup>136</sup> Notas de trabajo de campo para el peritaje sobre el caso de Melicio Cayapu. El tipo de transacciones entre miembros del pueblo Puinave es similar a los intercambios de los nasa, ya que mediante el canje de alimentos se promueven un tipo de relaciones matrimoniales en la infancia como medio de posibles matrimonios y posibles alianzas interpartes sociales: clanes, mitades, pueblos.

comer en casa de la muchacha donde él vivirá como consecuencia de otra modalidad de la cultura que es la matrilocalidad.

La alianza matrimonial y las relaciones exogámicas establecidas institucionalmente hacen que un individuo no solo tenga vedado obtener mujeres en su pueblo clasificadas como hermanas, sino también no comer determinado animal que le está vedado. Como símbolo de alianza matrimonial, ese niño puinave llegará un día a casa de la muchacha con un pescado fresco, lo extenderá y le dirá: “¡Haga comida para los dos!”. Con esta ritualidad cumple fielmente la prescripción de escoger entre el conjunto de muchachadas en cuyas casas, durante su infancia, repetidamente recibió cabecitas de pescado, gallina u otro animal<sup>137</sup>.

## **Derecho a la igualdad y a un trato distinto. El caso de Martín Efraín Tengana**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 105 del Decreto 1260 de 1970, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. Se adujo con la solicitud copia del registro civil de nacimiento expedido por el Registrador Municipal del Estado Civil de Aldana-Nariño, en el cual reza que Martín Efraín Tengana Narvárez nació en dicho Municipio el 16 de noviembre de 1968. El registro allegado es un documento público por haber sido expedido por funcionario público en ejercicio de su cargo, además, de acuerdo con la ley, es el documento idóneo para probar el estado civil de nacimiento. Significa lo anterior que en el presente caso se da cumplimiento a los requisitos exigidos por el art. 152 del CCA, para que proceda la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, por cuanto la medida fue debidamente sustentada y la prueba documental aducida, se aprecia a primera vista la manifiesta infracción del artículo 172 de la Constitución Nacional, al carecer el ciudadano Martín Efraín Tengana Narvaez de una de las calidades exigidas por dicho precepto para ser Senador de la República, esto es, la relativa a la edad que al momento de

---

<sup>137</sup> SÁNCHEZ, Melicio Cayapu, op. cit.

la elección debe ser de treinta años y según está demostrado el elegido para esa época, sólo tenía veintinueve años<sup>138</sup>.

### *Los hechos*

Gabriel Muyuy Jacanamejoy [...] Mediante apoderado el ciudadano de la referencia formula las siguientes peticiones a esta Corporación:

*“PRIMERA. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución Número 218 del 15 de abril de 1998, expedida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró elegido al ciudadano MARTIN EFRAIN TENGANA NARVAEZ como Senador de la República para el período constitucional 1998-2002, por la circunscripción nacional especial para comunidades indígenas en nombre del llamado movimiento Autoridades Indígenas de Colombia. SEGUNDA. Que se declare la nulidad parcial del acta general de escrutinio del Consejo Nacional Electoral, referente a la circunscripción nacional especial para comunidades indígenas, en cuanto a que en ella se computaron votos en favor de la lista encabezada por el ciudadano MARTÍN EFRAÍN TENGANA NARVÁEZ, como candidato al Senado de la República por dicha circunscripción. TERCERA. Que se excluyan del cómputo general de votos, los obtenidos por la lista encabezada por el ciudadano MARTÍN EFRAÍN TENGANA NARVÁEZ.*

*CUARTA. Que se declare la nulidad de los actos de inscripción de la lista 634 por el movimiento autónomo indígenas de Colombia encabezada por el ciudadano MARTÍN EFRAÍN TENGANA NARVÁEZ. SEXTA. Que se abstenga de solicitar a la Presidencia del Honorable Senado de la República que se llame a ocupar el cargo vacante a quien sigue en orden de inscripción en la lista respectiva, conforme lo dispone el artículo 278 de la ley 5 de 1992. SÉPTIMA. Que como consecuencia de lo anterior, se declare elegido a GABRIEL MUYUY JACANAMEJOY, ciudadano colombiano de condiciones civiles conocidas en el proceso, como SENADOR DE LA REPÚBLICA, para el período constitucional 1998-2002, por la circunscripción nacional especial para comunidades*

<sup>138</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN QUINTA. C. P.: Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Santa Fe de Bogotá, DC, mayo 21 de 1998. Radicación N°1892. Actor: Gabriel Muyuy Jacanamejoy.

*indígenas, por el Movimiento Indígena Colombiano, y se ordene la expedición de la credencial correspondiente". Por reunir los presupuestos de ley y haber sido presentada dentro del término de caducidad, la demanda será admitida<sup>139</sup>.*

### **El peritaje antropológico**

*Agradezco al Consejo de Estado la posibilidad de ofrecer algunas reflexiones en torno al caso demandado por el indígena Gabriel Muyuy quien manifiesta que el indígena Martín Tingana, elegido por la circunscripción electoral indígena como senador, no tiene la edad.*

*Quisiera en primer término referirme a que este es un típico caso que establece la necesidad de acomodarnos todas las partes a la construcción real y no solo formal de una sociedad multicultural y multiétnica, pues hasta 1991 todos los colombianos éramos sujetos de una política de homogeneización cultural como ideal por alcanzar. Se nos enseñaba la existencia de un solo Dios, el de los católicos, se valoraba y era oficial una sola lengua, era deseable compartir una sola forma de familia de sucesión de bienes, de higiene... de derechos y deberes... Así, lograr el espíritu de los constituyentes para respetar formas de pensar y hacer como manifestación de culturas diferentes, siempre que no contravengan mínimos jurídicos de convivencia en el marco de la nación colombiana, se ha convertido en una meta por alcanzar mediante modificaciones en los sistemas institucionales tanto de la sociedad hegemónica, como de las sociedades indígenas minoritarias.*

*El Consejo de Estado, por ejemplo, manifestando con un concepto, estableció que los niños indígenas podían ser registrados de acuerdo con sus usos y costumbres, lo cual les permitía tener una sola identidad y un solo nombre y no un registro civil para el mundo externo y una denominación interna para ser llamados. Este hecho representó trascender una aplicación meramente técnica del derecho, es decir, la posibilidad de un registro civil para los indígenas, para trascender edificadamente, a que tengan un registro civil según su sistema de derecho propio, afirmación de una valoración sobre las representaciones diversas como en Colombia se sucede la linealidad. Un niño perteneciente a un clan y con características matrilineales debía tener un registro que diera cuenta de ello y no que partiera de la familia como bilineal. Esta posibilidad fue*

---

<sup>139</sup> Ibid.

*el resultado del taller en Riohacha para establecer la Política de Protección a niños, niñas y jóvenes indígenas<sup>140</sup>.*

*Se hace referencia a este caso, por haber sido una de las primeras manifestaciones contundentes de una Corte en la cual se establece la política obligatoria de los estados democráticos y liberales que consiste en ayudar a los grupos que se encuentran en desventaja, con el fin de permitirles conservar su cultura, aun cuando no coincida con las culturas mayoritarias o de masas, si se garantiza la presencia de instituciones públicas que no pasen por alto las particularidades culturales, al menos en lo que se refiere a aquellas de cuya comprensión y aceptación dependa de la vitalidad misma de la cultura<sup>141</sup>.*

### ***Tengana fue el seleccionado***

Una manifestación muy importante para los pueblos indígenas de Colombia, es la toma de decisiones dentro de un pueblo o con las alianzas que se establecen para fines determinados. Dado que es necesario que toda la sociedad se acomode a los nuevos derroteros constitucionales para hacer verdad la nación multicultural, los pueblos realizan adaptaciones a las nuevas condiciones que les toca vivir. Recordemos que toda sociedad es cambiante, y que de no cambiar en el tiempo simplemente desaparecería.

Los pueblos indígenas de Colombia se unieron para tener un senador indígena en un acto de autonomía que eligió a Martín Tengana. Los indígenas saben que participar de reuniones locales, solamente para citar un ejemplo, es difícil. No siempre se comprende el español, o el contenido de los temas, o a veces no se tiene la fuerza para hacerse sentir y respetar dado el alto racismo y etnocentrismo que existe en nuestra sociedad. Por ello, que le falten unos pocos meses para ser senador de la República y que la regla de edad se imponga para serlo, ha generado malestar y conflicto.

Una manifestación de conflicto cultural está en la concepción de tiempo que tiene una persona de un pueblo indígena frente a otras de la sociedad hegemónica, generalmente urbana. La edad, por ejemplo, se define de acuerdo con diversidad de orientaciones

<sup>140</sup> Proyecto bajo la dirección de la Antropóloga Doris Lewin Figueroa. ICBF, 2000.

<sup>141</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico, 1998.

culturales, como lo expresamos en el caso de Kareme, una indígena wayuu, quien a los trece años no desea regresar a su ranchería. Ella es menor de edad de acuerdo con el Código del Menor, y es una mujer casadera para los wayuu porque ya ha menstruado. O el caso de un niño embera guerrillero protegido como menor de edad en la sociedad hegemónica y sujeto de sanción por parte de las autoridades embera como transgresor adulto.

Es un hecho que la vida adulta comienza más tempranamente para estos grupos humanos, dado que la necesidad de autoabastecerse, de desprenderse de los padres para contribuir económicamente y para desempeñarse, es una necesidad sentida cuando el mínimo calórico diario es un bien muy limitado. El hecho de que el promedio de vida sea menor que para otros colombianos también es un signo de que un hombre a los veinticinco años se considere, sin lugar a dudas, un hombre en plena madurez.

La discriminación negativa a la que han sido sometidos los indígenas en Colombia, utilizados fundamentalmente como fuerza de trabajo; su tratamiento como “brutos”, “salvajes”, “incivilizados”; y tener que vivir condiciones materiales adaptadas a sus mundos internos, con poca utilización de moneda, han dado como resultado un alto grado de analfabetismo, pocos indígenas bachilleres y uno que otro profesional. Las autoridades saben que un hombre de prestigio, sabio en su interior, no necesariamente dispone del conocimiento que se requiere para moverse en la otra sociedad, en función no solo de contribuir a los nacionales en general, sino a los indígenas en particular.

Llegar a ser senador de la República responde al derrotero constitucional de que grupos excluidos accedan al poder y a la participación directa en corporaciones en las que nunca han estado los indígenas. La regla de edad no puede supeditar el principio de apertura para una mayor igualdad de los derechos. Un trato distinto a un sujeto distinto como medio para realizar efectivamente el Estado social de derecho se justifica ampliamente.

### *Prima la aplicación técnica*

*El artículo 152 del CCA, modificado por el artículo 31 del D. 2304 de 1989, prescribe que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos: “1) Que la medida se solicite y sustente*



*de modo expreso en la demanda o por escrito separado presentado antes de que sea admitida. 2) Si la acción es de nulidad basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud [...].”*

*En capítulo aparte de la demanda el actor solicita la suspensión del acto acusado al considerar que infringe el artículo 172 de la Constitución Nacional, por lo siguiente:*

*“Como se aprecia a simple vista y sin necesidad de esfuerzo alguno, la Carta Fundamental exige tres atributos que a la fecha de la elección deben concurrir integralmente en quien aspire a ser elegido senador de la república: que nació en Colombia, que se encuentra en ejercicio de su ciudadanía y que es mayor de treinta años. La falta de una cualquiera de dichas calidades hace inelegible al candidato”.*

*Alega que el ciudadano Martín Efraín Tengana Narvárez el ocho (8) de marzo de 1998, fecha en que se realizó la elección como senador, tenía solo veintinueve (29) años tres (3) meses y veinte (20) días de edad, por lo que al no contar con los treinta (30) años carecía de uno de los requisitos que la Carta impone.*

*El artículo 172 de la Constitución Nacional expresa: “Para ser elegido Senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección”.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del D. 1260 de 1970, los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.*

*Se adujo con la solicitud copia del registro civil de nacimiento expedido por el Registrador Municipal del Estado Civil de Aldana-Nariño (fl. 22), en el cual reza que Martín Efraín Tengana Narvárez nació en dicho municipio el 16 de noviembre de 1968.*

*El registro allegado es un documento público por haber sido expedido por funcionario público en ejercicio de su cargo, además, de acuerdo con la ley, es el documento idóneo para probar el estado civil de nacimiento.*

*Significa lo anterior que en el presente caso se da cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 152 del CCA, para que proceda la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, por cuanto la medida fue debidamente sustentada y de la prueba documental aducida, se aprecia a primera vista la manifiesta infracción del artículo 172 de la Constitución Nacional, al carecer el ciudadano Martín Efraín Tengana Narváez de una de las calidades exigidas por dicho precepto para ser senador de la República, esto es, la relativa a la edad que al momento de la elección debe ser de treinta años y según está demostrado el elegido para esa época, solo tenía veintinueve años.*

*Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,*

*RESUELVE PRIMERO: Admitase la demanda. En consecuencia, se dispone: a) Notifíquese este auto por edicto, que se fijará durante cinco (5) días en la cartelera de la secretaria de la sección. b.) Que se notifique personalmente al Ministerio Público. c.) Cumplida la notificación legal, fíjese en lista por cinco (5) días, término dentro del cual se podrá contestar la demanda y pedir pruebas. SEGUNDO: Decretase la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado. TERCERO: En firme esta providencia, comuníquese la decisión al presidente del Consejo Nacional Electoral y al presidente del Senado de la República. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Miren de La Lombana de Magyaroff Presidenta. Mario Alario Méndez. Joaquín Jarava del Castillo. Luis Eduardo Jaramillo Mejía<sup>142</sup>.*

### *Una “leguleyada”*

Dado que por esos días se debatía en Colombia la existencia y los derechos humanos de la persona desde el momento de su gestación, se pensaba si sería un buen argumento aducir los meses de gestación antes de nacer Tengana, para sumarlos a los meses requeridos para ser senador. Consultado el magistrado Carlos Gaviria Díaz manifestó: “Eso sería una leguleyada”.

---

<sup>142</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN QUINTA. C. P.: Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Santa Fe de Bogotá, DC, mayo 21 de 1998. Radicación N°1892. Actor: Gabriel Muyuy Jacanamejoy.

Efectivamente, el Consejo de Estado en este caso como en el de Ati Quigua, asumió la protección de la regla, eliminando toda posibilidad de construir el Estado social de derecho, es decir, aceptando que la igualdad de los indígenas en Colombia ha sido puramente formal. Con el fin de que los indígenas alcancen la igualdad real, se requieren medidas especiales.

## Abuso de autoridad indígena a niña abusada

Se presenta el caso de una niña indígena abusada

*[...] que ingresa al Centro Zonal Sincelejo por constatar que se encuentra en peligro. Contaba con 11 años de edad, la comunidad denuncia que la madre del abusador la lleva a practicarse un aborto y también le da hierbas poniendo en riesgo la salud de la niña. La trabajadora social a una menor de 11 años de 3 meses de embarazo, en condiciones irregulares. Convivía con un joven de 24 años de edad al cual llamaba “el marido”. La niña es huérfana de padre y madre, se encontraba en la casa de la “suegra”, haciendo vida de “pareja” con el muchacho. Es entonces cuando se cita a la “pareja” y a la suegra para intervención en el Centro Zonal, con miras a brindarle protección a la menor que estaba siendo abusada, por su edad y características.*

*La defensora<sup>143</sup> inicia [la] historia sociofamiliar aportando un Registro Civil expedido en Manaure –Guajira– del año 2005. Mediante testigos se asegura que la menor es nacida en Arjona –Bolívar–, su mamá si era oriunda de Palmito –Sucre–, al parecer vivió sus últimos días en un cabildo indígena de ese lugar, porque según cuenta la niña todo el tiempo residieron en familia en Arjona, hasta que su papá falleció.*

*La menor es valorada por psicología y establecen que desde la edad de 8 años cuando murió la madre, la niña es llevada para Manaure con un tío materno, allá es objeto de maltrato, a la edad de 9 años y medio se desarrolló y este se la entrega a su hijo para que fuera su mujer; desde ese tiempo tienen relaciones sexuales y según ella manifiesta no había ninguna clase de afecto, todo era simple penetración vaginal, situación que*

<sup>143</sup> Directora del Centro Zonal, Sincelejo.

*ella aceptaba por creer que así tenía que ser. Según cuenta el mismo joven él se la trae para donde su mamá que vive en Sincelejo, porque allá todo el mundo lo miraba mal por andar con una niña tan pequeña. Hacían vida de pareja, dormían juntos, el solo la buscaba para tener relaciones sexuales. Quedó en estado de embarazo y según cuenta ella la “suegra” quería hacerla abortar para evitar problemas y el joven lo sabía. Ha habido maltrato hacia ella, los malestares del embarazo no eran tenidos en cuenta, al contrario era humillada, dice la menor.*

*Se la protege en hogar sustituto. Se hace un trabajo con ella y reconoce que lo que vive es un abuso y que tiene otras opciones. Se dialoga con el joven, cuestiones que quedan plasmadas en la historia, y se reconoce claramente la distorsión cognitiva que padece este. La defensora de familia hace lo propio y el joven es trasladado a la cárcel. Enterado el Cabildo Indígena Zenú, solicita a la niña después de casi 4 meses, porque ya tienen en su poder al joven, el cual se los entregó la Fiscalía para ser juzgado según sus leyes<sup>144</sup>.*

### **Peritaje antropológico**

Todo parece indicar que: 1) la niña es pensada como niña en ambas sociedades; 2) el que haga pareja a tan corta edad es una transgresión al derecho propio Zenú, al punto que la pareja sale de la comunidad, dado el control social muy fuerte para hacer sentir al joven y su familia que se trata de una relación indebida; 3) el hecho de que sea la misma autoridad indígena la que entrega la niña a su sobrino y la que lo saca de la cárcel aduciendo competencia jurisdiccional muestra irregularidad como persona y como autoridad.

Al reconocer la niña que no es sujeto de amor, que ha sido víctima de abuso; y al encontrar la institución que tiene que amparar sus derechos, que la menor se encuentra realmente en situación de peligro, debe protegerla. Si se iniciara un conflicto de competencias, la defensora del ICBF puede aducir el artículo 44 de la Constitución Política para actuar con preeminencia.

---

<sup>144</sup> Presentación del caso por parte de la directora del Centro Zonal, Sincelejo, del ICBF, para solicitar concepto, 2006.

## Argumentos constitucionales en favor de que una indígena ocupe un cargo público pese a no tener los requisitos establecidos

Frente al interés de nombrar a Leonor Zalabata, indígena arhuaca, en calidad de secretaria de gobierno, el nuevo gobernador del departamento de Cesar y la aspirante indígena se preguntan si, sin satisfacer los requisitos formales establecidos para ese cargo público al no poseer título profesional, pero dadas las especiales condiciones de la candidata a ocupar el cargo, se presenta inconstitucionalidad o ilegalidad y en qué se puede fundamentar una posible excepción.

Acciones:

*Nombrar a Leonor Zalabata en propiedad.*

*Realizar al mismo tiempo una consulta al Consejo de Estado para que se estudien los argumentos presentados y se defina si se puede sostener en el cargo o no a dicha persona ya nombrada.*

### Argumentos en favor del nombramiento

En el momento de nombrar a sus secretarios, el mandatario se pregunta: ¿se puede obviar el formalismo administrativo que exige que el secretario de gobierno sea profesional? En calidad de funcionario público esta autoridad debe hacer *control de constitucionalidad*, es decir que, dado el caso que tiene en relación con una mujer indígena altamente capaz pero sin los estudios formales establecidos en la normativa, examina si priman los derroteros del Estado social de derecho, como principio constitucional, o si prima la normativa para ocupar un cargo público. El mandatario sustenta la excepción a la normativa en la posibilidad constitucional de dar un trato especial a un sujeto especial. Ese trato especial, a buen criterio, no es arbitrario porque busca, precisamente, hacer efectivo el Estado social de derecho: trascender la igualdad formal por una igualdad real.

La igualdad formal de los sujetos ante la ley no puede despreciar las diferencias de los indígenas y de las mujeres. De tal manera que se busca darle un tratamiento igual a los iguales y distinto a los distintos, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-02 de 1992. El tratamiento distinto se explica porque esos nuevos sujetos son portadores

de nuevos derechos específicos, en cuanto distintos, y en la medida en que conserven su diferencia respecto a los demás. Es el caso de los indígenas, de quienes se proclama un tratamiento distinto porque la Constitución de 1991, al reconocer la multiétnicidad y la pluriculturalidad, les otorgó derechos específicos por ser diferentes. La igualdad como diferenciación está regulada en el artículo 13, incisos 2º y 3º, adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles.

## El trato distinto por no ser profesional

La tensión que se le presenta al gobernante para lograr que una mujer indígena sea nombrada sin el requisito de los estudios formales para ocupar un cargo, es completamente diferente de las calidades requeridas en su comunidad para realizar derechos políticos y de representación. En el caso se analizará el derecho a la identidad cultural en el contexto de la Constitución de 1991.

Se busca demostrar que de no poder ser nombrada por sus condiciones particulares, se vulnera el derecho fundamental a la igualdad en la diferencia. Es decir, se examina si son válidos los criterios establecidos por un pueblo indígena que la configuró como líder, como mujer capaz de actuar en lo público.

El ámbito de aplicación del derecho a la identidad cultural en relación con el derecho a la posibilidad de trabajar en el sector público, ¿puede una mujer arhuaca que vive y juega permanentemente en el mundo de lo público, que conoce la sociedad mayoritaria, ser secretaria gubernamental? ¿El derecho a la identidad étnica y cultural, es decir, a un saber que proviene de un pueblo indígena, es incompatible con la posibilidad de ejercer un cargo gubernamental, fuera del territorio? ¿Están los indígenas condenados a encerrarse y a que otros gobiernen por ellos y para el resto de los colombianos?

Si el Estado colombiano no se limita a reconocer y proteger las diversas culturas que son fundamento de la nacionalidad colombiana, sino que, por mandato constitucional, debe promover la difusión de los valores culturales que se manifiestan en cosmovisiones diversas, características de las colectividades humanas, pero todas igualmente dignas de proyección en el ámbito de la nación dentro de la cual conviven, ¿cómo posibilitar una excepción a las injustas condiciones de desigualdad en que han estado los indígenas?

En la sentencia C-530 de 1993, la Corte Constitucional elaboró una metodología para el tratamiento distinto de los sujetos a partir de la siguiente afirmación: el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a personas, siempre que se den las siguientes condiciones<sup>145</sup>:

En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distintas situaciones de hecho... La comparación de las situaciones de hecho, y la determinación de si son o no idénticas, se convierte, así, en el criterio hermenéutico básico para concluir si el trato diferente es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación inadmisibles.

*Leonor Zalabata pertenece a un conjunto de colombianos que por ser indígenas fueron excluidos, entre otros asuntos, del derecho a la educación formal, a la participación política para la toma de decisiones que los beneficiara a ellos y al resto de los colombianos.*

*Leonor Zalabata de manera excepcional logró estudiar formalmente pero no es profesional buscando oportunidades para ser un mejor puente entre la sociedad mayoritaria y su pueblo particular, pero también de otros indígenas. Su hoja de vida así lo demuestra. Es una indígena con amplia trayectoria en intervenciones nacionales e internacionales.*

En segundo lugar, que el trato distinto otorgado tenga “una finalidad que ha de ser concreta y no abstracta”<sup>146</sup>.

*La posibilidad de ocupar un cargo público significa que la brecha de exclusión a la que han estado sometidos los miembros de los pueblos indígenas empieza a cerrarse. Es demostrable cuantitativamente que esta oportunidad no se les ha dado por razones de exclusión y racismo. Cualitativamente es muy significativo que se rompa este círculo de exclusión.*

*El derecho humano a mejorar en lo social y en lo económico se realiza, realizándose, ofreciendo oportunidades concretas.*

---

<sup>145</sup> Véase: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia C-530”, M. S.: Alejandro Martínez Caballero, 1993.

<sup>146</sup> *Ibid.*

En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales... “Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales –decisión política de oportunidad–, sino de la perspectiva de lo constitucionalmente legítimo o admisible”<sup>147</sup>.

*La oportunidad histórica que ofrece un gobernante para incluir en su gabinete a una mujer indígena marca un hecho que permite realizar el Estado Social de Derecho de manera muy concreta.*

*Si todo el gabinete estuviera formado por personas que no cumplieran los requisitos, quizás habría una situación no razonable; pero una indígena es la manifestación de apertura y de oportunidad.*

En cuarto lugar, que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna... “Esta calidad, muy distinta de la razonabilidad, consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, esto es [...] que exista una conexión efectiva entre el trato diferente que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue”<sup>148</sup>.

*Efectivamente, Leonor Zalabata está en situación diferencial, su nombramiento manifiesta apertura y acciones de hecho en procura de incluir, de tener en el gabinete una representante de un pueblo indígena que dentro del departamento es muy importante.*

Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, “de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican”<sup>149</sup>.

*Nombrar a Leonor Zalabata sin cumplir los requisitos formales, requisitos que no se dieron por razones inconstitucionales y de exclusión, es una medida que favorece el acercamiento*

---

<sup>147</sup> *Ibíd.*

<sup>148</sup> *Ibíd.*

<sup>149</sup> *Ibíd.*



*entre grupos, abre posibilidades para participar efectivamente, va cerrando la brecha del racismo y la exclusión, todo lo cual se justifica ampliamente.*

Concluye la Corte que “si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución”<sup>150</sup>. De esta manera sentó la Corte Constitucional una jurisprudencia fundamental, que le da concreción al principio abstracto de la igualdad, de manera que esta no deshace las diferencias realmente existentes, sino que, manteniendo el principio, lo armoniza con la idea de la *diversidad*.

## **Germán Escue. Daño y reparación. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El 19 de enero de 2007 se presentó un peritaje antropológico ante la Corte Interamericana de derechos Humanos, solicitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a petición del doctor Rodolfo Stavenhagen, relator para los derechos humanos de los pueblos indígenas de la Organización de Naciones Unidas. Se trata del indígena colombiano Germán Escué, asesinado por las fuerzas militares en 1988. El Estado aceptó parcialmente su responsabilidad ratificándolo en la sentencia del 4 de julio de 2007 (Fondo, reparación y costas, Serie C. 165. Par. 11-21) y centrándose la audiencia en la reparación del daño.

La Comisión (CIDH) solicitó una prueba judicial antropológica sobre tres asuntos: “La situación de las comunidades indígenas en el conflicto interno colombiano, las consecuencias para una comunidad indígena del homicidio de uno de sus líderes, y el acceso de la población indígena a la justicia”. Por la importante extensión del peritaje sobre dos de los asuntos, se referirán solamente las consecuencias que para el pueblo Páez trajo el homicidio de uno de sus líderes, dado lo que significa para este sujeto colectivo de derecho el pueblo Nasa, y también los referentes de cultura respecto del sentido de memoria y de recordación.

*Resulta completamente irrelevante informar las consecuencias para el pueblo Páez sobre el homicidio de uno de sus miembros en calidad de líder, si no se examina este hecho*

---

<sup>150</sup> Ibid.

*en el contexto de su cultura; es decir, de los referentes cognitivos sobre el específico tema, que comparten en esta sociedad y que les permite a sus miembros una autoidentificación respecto de los valores y dispositivos que tienen para pensar, actuar y generar sentimientos. Entre los páez existen categorías lingüísticas para comunicar la fisonomía y el talante de una persona líder, las cuales no solo enuncian cómo es, sino qué sentido y valor tiene para aquellos miembros del pueblo indígena socializados bajo estos referentes.*

*La noción de líder en páez se enuncia de varias maneras que apuntan conceptualmente a caracterizarlo en tanto las particularidades que tiene realmente y los atributos que de manera especial la sociedad páez le atribuye como parte de creencias que existen en su mundo real<sup>151</sup>.*

*Un hombre o una mujer como líderes están dotados de una naturaleza especial. /ksaujipsa/ significa en la lengua páez, que un líder tiene el Espíritu de la Naturaleza. Tener ese espíritu es un reconocimiento de /tutensa/ o sea del que suena, del que tiene la facultad de hacerse oír. El líder es el sonido que camina, que anda, que circula. El origen de esta idea se sustenta en la historia de Juan Tama que, acosado por las vicisitudes con otros pueblos (guanbianos, toribios, caldonos), pasa un tiempo en reposo para lograr eliminar la hostilidad; se va para la laguna y desaparece, pero deja el “sonido del mensaje andando”.*

*/ne yujesh/ significa: el que primero avanza, el que ayuda a caminar, el que ayuda o apoya el caminar. Cuando el camino es duro, es pedregoso y otros se detienen, él envía el mensaje: “¡Tratemos de estar caminando! ¡No paremos!”. Se diferencia /ne yujesh/ como categoría de la de un cabildante que ejerce autoridad transitoriamente y estimula determinadas acciones de bien común: /ne uw esh/ /yujesh/ connota el que ha podido permanecer, a diferencia del cabildante que solamente presta un servicio temporal para saldar una deuda con su comunidad; es decir, para quedar a paz y salvo de la obligación de contribuir que tiene todo páez con su patrilocalidad, con su comunidad y con su pueblo, ya que el colectivo le ofrece tierra, le garantiza que el sistema de minga o trabajo de varios para apoyar una tarea de uno de sus miembros funcione para él; es decir, que tenga fuerza de trabajo para la producción, garantía de ayuda y servicios especiales, siempre que así los requiriera.*

---

<sup>151</sup> Siguiendo al lógico Kripke, son realidades que colectivamente se comparten como existentes, culturalmente clasificables como convicciones y creencias.

*/yujesh/ Significa el que quiere circular, peregrinar con un propósito. /wesh/ Significa que es un sujeto familiar; un miembro del colectivo que hace parte de los sujetos dotados con posibilidades de permanecer, de circular en las mentes, de ser conocido por ir y venir, por hacer presencia.*

*A estos referentes se agregan dos elementos muy importantes enunciados como:*

*/innuyutsa/ El que tiene los fundamentos del proyecto de vida.*

*/icansa / El que puede mandar.*

*Estos conceptos se refieren entonces al que tiene la facultad de mandar más allá del sujeto colectivo, a pesar de que el sujeto colectivo es la expresión máxima de unidad, de consenso y de decisión o posibilidades de mandato. La razón de esta excepción es porque este líder se distingue por sus palabras y por su ejemplo expreso en lo que hace, en cómo lo hace y ante todo en por qué lo hace. En castellano se enuncia como: "Sujeto al que se le puede creer. Sujeto que trae. Sujeto dotado. Sujeto que aporta. Persona probada (ya fue observada y examinada y responde a la confianza y a los derroteros del colectivo)".*

*En el sistema clasificatorio de la cultura páez, el concepto de lo que circula, de lo que está en movimiento está en un plano denominado /sek/. En este espacio traducido como sol<sup>152</sup>, se encuentran los elementos más importantes de la cultura páez como son la coca, la mochila, la oveja, el calor, la circularidad, la vida, la mujer, la maternidad<sup>153</sup>.*

### *¿Qué es lo central a la comunidad, que el líder promueve?*

*Un líder promueve /wesh wesh/ o vivir con alientos de placer, de gusto, de buen vivir. Este propósito hacia el buen vivir, los paeces tienen claro que se ve truncado o por actuaciones indebidas*

---

<sup>152</sup> En *sek* hay calor, el sol circula, se mueve. *Sek* es tanto como el cielo para un católico. El cielo es azul, allí está Dios, los ángeles que son niños con alas... *Sek* existe en un mundo real, tanto como los ángeles en otro mundo real. El concepto de mundo real proviene de los lógicos matemáticos, que comprendieron que lo que es verdadero está determinado por lo que existe en un mundo. Los mundo crean lo que existe en ellos y en ellos hay características como las expresiones enunciadas.

<sup>153</sup> SÁNCHEZ, Esther. Peritaje antropológico. Caso Tránsito, 1994. Este plano se encuentra en oposición a *yu* (subsuelo) donde está la muerte, el cerdo, la quietud, los pijaos (o los hombres violentos que buscaron eliminarlos y que los paeces vencieron); está la infertilidad, la sal, entre otros elementos.

*de personas de adentro, para las cuales ellos disponen de mecanismos para reorientarlos y fortalecer el propósito de /wesh wesh/, o por actuaciones de personas de fuera; por ejemplo por parte de los gobiernos que son enemigos de su causa porque las medidas que toman van dirigidas a oponerse a /wesh wesh/, porque resultan adversarios de sus deseos y búsquedas. Esta idea se expresa lingüísticamente como /wesh wesh finzeyá/ o con ánimo de otro placer<sup>154</sup>.*

### **Memoria y reparación**

*Los conceptos: /bacashtepa/ (hasta nunca) y /usyajktia/ (espíritu de recordar), expresan las cualidades y la naturaleza de la evocación y la recordación entre los paeces. La palabra /meju/ señala que “está (él o ella) llamándonos a recordar”. Recordar supone unirnos con ese espíritu de él o ella y que nos llaman para recordarlos. Cuando eso se hace, es decir, acudir al llamado, se está limpiamente unido al espíritu que se va a recordar para traer a la memoria. No está en la memoria si no hay espíritu de recordar.*

*/bakashhepa/ /pechh cana/ /menpkaw/*

*Significa lo que jamás olvidamos y lo que jamás olvidamos existe porque está en la memoria colectiva. Está allí porque ha sido guardada como un tesoro colectivo, todos lo saben y eso (lo memorable) se ha decidido no olvidar; entonces se busca con bríos recordar, y además transmitir a otros miembros que van naciendo. La memoria es de todos y todos tienen derecho a esa memoria. /anchi/ es lo que es de todos. Es lo que es patrimonio de todos, lo que es deber cuidar porque es valioso, porque es de todos<sup>155</sup>.*

### **El daño y lo que no es bueno recordar**

*Existe también entre los paeces un conjunto de acciones que causan averías al conjunto; desventajas tan supremamente graves que las orientaciones culturales definen que eso no es bueno recordarlo.*

*Lo que no es bueno recordar señala que ha ocurrido **daño extremo**, lo cual permite constatar que hay seres que no pueden dejar de ser violentos. Si se recuerda eso definido*

<sup>154</sup> *Ibíd.*

<sup>155</sup> *Ibíd.*

*como que no es bueno recordar, se produce entonces el ánimo de sembrar la muerte del otro mediante la venganza. Pero como está establecido, como valor cultural, que la violencia no ayuda a aclimatar el dolor, que la violencia no ofrece valor a los dolidos por la acción violenta hacia un miembro de la comunidad, se hace necesario ayudar a aclimatar el dolor a quienes lo padecen, lo cual significa generar la idea de que es posible volver a creer que los seres humanos renunciarán a hacer daño.*

*El mecanismo es restaurar la confianza en los dolidos, creando condiciones para que, efectivamente, se pueda abandonar el deseo y sentimiento para deliberadamente hacerle daño a otro. Traer la presencia del otro para generar el bienestar que trae recordarlo implica aceptar el espíritu ausente /meju/ que está llamando a recordar pero sin venganza; porque para estar unidos con él, se tiene que estar limpio, es decir, sin malos sentimientos, sin deseos de hacerle daño a otro, puesto que ese es el único medio para poderlo traer a la memoria<sup>156</sup>.*

### ***Traer a la memoria con seguridad***

*Adicionalmente, para reforzar esta posibilidad, se tiene otro concepto que es / yaktshinujsubnem/. Señala esta noción que se puede traer a la memoria con seguridad, con confianza. Expresa lingüísticamente este extraordinario concepto: ¡traiga a la memoria que no habrá daño! ¡No lo piense! en el sentido de no lo dude. ¡Traiga al pensamiento, traiga al sentimiento que no habrá daño! Para ello reúnanse con otros para recordar, para traer su presencia, de tal modo que si alguien desea vengarse, los otros lo apaciguarán. Seguramente le dará un médico tradicional, un t'wala la yerba del olvido no el abandono de la recordación al que se tiene que recordar, sino al deseo de venganza<sup>157</sup>.*

### ***Los impactos de la acción violenta sobre el sujeto colectivo de derecho***

*En este aparte se va a mostrar que el impacto de la acción violenta sobre un miembro del pueblo páez ha de tratarse de modo coherente con el reconocimiento en la Constitución de 1991 de un sujeto colectivo distinto del sujeto individual de derecho, y del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, lo cual es un cambio estructural. Al ser reconocidos*

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> *Ibíd.*

*los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derecho se establece la base sustantiva para justificar por qué no pueden ser tratados los indígenas como sujetos individuales iguales ante la ley. La Corte Constitucional en su calidad de intérprete autorizado de la Constitución señala<sup>158</sup>:*

*“La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autóctonos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias.*

*La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando esta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla.*

*En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, que es lo único que les confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP, artículos 1, 7 y 14)”.*

*El impacto por muerte de uno de los miembros del pueblo páez, que es una entidad de vida con derecho a la integridad como derecho fundamental, ha sufrido menoscabo. Existen referentes culturales entre este pueblo para señalar que un individuo hace parte de varias unidades estructurales con las cuales se tienen diferentes deberes y derechos. Estos se expresan en la realidad y son propios de la organización social y el sistema de parentesco páez que son estructurantes del derecho propio: Jesús Escué era un indígena, miembro de una familia nuclear, de una familia extensa, de una línea del maíz<sup>159</sup>, de una*

---

<sup>158</sup> El primero y más significativo pronunciamiento en este sentido se hizo en la sentencia T-380 de 1993.

<sup>159</sup> Es el grupo de personas de una vecindad (patrilocalidad) con los que se intercambian las primeras crías de animales y una carrera de maíz cuando está en cosecha.

*patrilocalidad, de una comunidad que tiene un cabildo y de un pueblo. No se trata de un individuo asesinado solamente sino de la vulneración al sujeto colectivo de derecho.*

*“[...] los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la ‘diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’ (CP, artículo 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social, cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias”. “El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad.*

*El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”.*

*El asesinato de un líder, para el pueblo Páez, significa desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir, y sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos realizados para que, apoyado por su comunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial, socialmente reconocida por encontrarse dotada de una naturaleza particular, pero ayudada con los esfuerzos espirituales y materiales de su pueblo para crecer y ostentar su dignidad<sup>160</sup>.*

---

<sup>160</sup> Ibid.

## **Conclusión**

*1. La reparación no puede hacerse solamente a los familiares directos del líder asesinado como lo solicita el abogado defensor que lleva este caso. Debe hacerse al sujeto colectivo de derecho: el pueblo Páez.*

*2. No deberá realizarse una efigie como expresión de reconocimiento a su memoria a fin de no motivar el deseo de venganza.*

*Ni el concepto de líder, ni de colectivo, ni de memoria, ni de reparación significan lo que significan, si no se juegan en clave cultural. Las nociones tienen sentido solamente en el contexto de sociedades particulares, donde el lenguaje es el referente para la posibilidad real de lograr la comunicación<sup>161</sup>.*

---

<sup>161</sup> *Ibíd.*



# 6

## El peritaje antropológico: ¿ficción persuasiva o aplicación edificante?

*La vocación de la antropología interpretativa  
no es dar respuesta a nuestras preguntas más profundas,  
sino darnos acceso a las respuestas dadas por otros  
y así permitirnos incluirlas en el registro consultable de lo que ha dicho el hombre.*

CLIFFORD GEERTZ

**P**ara empezar este capítulo, quiero en primera persona narrar dos historias que me sucedieron y que sirven como didáctica para aproximarme al tema objeto de esta reflexión.

En alguna oportunidad fueron evaluados por un médico que trabajaba en la oficina de investigaciones sociales del Instituto de Bienestar Familiar, los objetivos de un proyecto para contribuir a fortalecer la política pública de atención a los pueblos indígenas en Colombia. Para ejemplificar y sustentar alguna situación, le conté el caso de una niña indígena que se debatía entre dos mundos culturalmente distintos; le mostraba los argumentos que desde su cultura determinaban la importancia que tenía conocerlos para poderle respetar los derechos a la distintividad y a lo propio de ella como indígena y del pueblo al que pertenecía, reconocidos a las etnias en la Constitución de 1991.

El médico veía los hechos de la cultura wayuu como exotismos incomprensibles, criticables y contra los derechos humanos, pero ante todo y lo más importante, los pensaba como “inventos” muy propios de los antropólogos. ¿Que los hijos biológicos de un wayuu no son sus parientes? ¿Que el hombre no aporta igualmente a la gestación de un hijo que la

mujer? O, ¿que la dote en chivos no es una compraventa de la mujer? Esos datos culturales que yo enunciaba, le parecían disquisiciones muy personales, ideas exóticas en la mente de la narradora, que no podían ser verdaderas, y si lo fueran, las consideraba inaceptables expresiones de relativismo cultural y típicas posiciones profesionales de los antropólogos.

Para asegurarse en su punto de vista y reafirmar la idea de que los antropólogos son *charlatanes*, inventores de historias rarísimas, contó cómo unos críticos de cine, intelectuales psicoanalistas, al abordar en una ocasión las imágenes producidas por un director de cine, le comentaron ciertos detalles de su película interpretada por ellos. Le expusieron como, por ejemplo, el hecho de que la mujer subiera rápidamente unas escaleras, y desde el escalón número trece se volteara para desde allí dialogar con el amante que la seguía, expresaba –a partir del detalle del escalón número trece–, el valor que se da en Occidente al azar, a lo impredecible que está marcado por el destino... Ahora, decían ellos como buenos críticos, manifestándole al director de cine sus perspicacias, el hecho de que tuviera un vestido rojo, sin duda expresaba el erotismo y la capacidad de seducción de un amante en la cultura reprimida de Occidente, y la sutil alegoría a una madre castradora...

Al escuchar las impresionantes interpretaciones, el director les expresó que ninguno de los registros que hacían los críticos, y sus correspondientes explicaciones, tenían para él ese fondo, esas insinuaciones. En realidad, les dijo, se puso a llover ese día de la filmación y el vestido previsto se mojó, por lo que hubo que comprar cualquier vestido que hubiera en el lugar... Y, además reveló, se había seleccionado un andén para la escena, pero como llovía tanto, para resguardar las filmadoras y no suspender la filmación, se optó por colocar una cámara al final de la escalera donde había un techo y la otra abajo, detrás de la actriz, ya que solamente disponían de un solo paraguas para resguardar las cámaras. A la determinación “¡acción!”, la actriz empezó a subir las escaleras y simplemente paró en el escalón número trece, porque allí se cansó y sintió que debía respirar... En fin, esas interpretaciones de los críticos cineastas no eran en verdad hechos significantes y mucho menos se les podían atribuir estas profundas explicaciones.

El médico me reafirmó su sentir sobre la imposibilidad de que los antropólogos pudieran conocer un mundo cultural e interpretarlo. A pesar de mis intentos por demostrarle al médico que las explicaciones de los hechos de cultura no son inventos, él no quedó satisfecho y, claro, le dieron el contrato a otro.

La segunda anécdota fue con mi sobrino Gabriel de nueve años. Me llamó para que le ayudara a realizar una tarea del colegio. Debía mostrar la cultura de un pueblo indígena colombiano que viviera en la zona andina. Pues bien, me preparé para trabajar con el niño, provista de plastilina, cartones, colores, pequeños objetos y animalitos de plástico. El propósito: trabajar la economía vertical del pueblo nasa que pensaba era un extraordinario ejemplo del modo de apropiarse de este pueblo el medio ambiente y ante todo de pensarlo. Además, con esta idea era posible comparar ese mundo de clasificaciones, colores, ubicaciones, con aspectos de nuestra propia cultura.

Le pedí, para iniciar mi propósito muy antropológico, que me expresara los planos que él tenía registrados, de modo que a partir de unos ejemplos, habló de la tierra, el cielo, el purgatorio, el infierno, las nubes, y después mostró los atributos de colores, elementos o seres que existen en esos planos. Para adentrarse en esos mundos, le pedí que me dijera qué había en la tierra, qué en el cielo, y él ubicaba claramente donde había carros o tomates, ángeles o la Virgen y los santos, el fuego o el diablo, el agua o la miel y, por supuesto, la salsa de tomate.

Le mostré cómo los paeces tenían otra clasificación y los contenidos eran totalmente diferentes: en *sek*, un plano allá arriba, estaba el amarillo, el calor, el sol, el movimiento, el chocolate, los senos de las mujeres, los huevos, las gallinas; en *ate*, otro plano blanco, lo tibio, los mocos, la miel, las avispas; en *yu*, el frío, los muertos, la sal, los plátanos... Íbamos organizando en una figura cónica los diferentes planos y contenidos y yo le iba jugando para estar segura de que estaba aprendiendo de la tía antropóloga el mundo de la economía vertical de un pueblo indígena heredero de los incas, y quizás albergaba la posibilidad de que siguiera mi camino... El trabajo estaba ya listo y en el cono de arriba hacia abajo se encontraban franjas de colores, espacios lisos o corrugados según lo definido por este pueblo. En cada espacio aparecían los elementos que correspondían a sus clasificaciones como el sol, el maíz, el gris, las serpientes, los plátanos. Al término de la tarea, cuando creía que era una hermosa manera de enseñar etnografía y mirando el resultado del trabajo de unas cuantas horas, me interrogó: “¿Tía, tú crees que eso es verdad o estás inventando?”. Médico y sobrino me han tocado las fibras más íntimas de mi presunción como antropóloga para interpretar hechos de la cultura<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ, Esther. Pluralismo jurídico legal y oficial: ¿ficción persuasiva? El espíritu de esta reflexión se presentó en el Simposio de la OEI, Congreso Mundial de Filosofía, Medellín, 3 de julio de 2008.

Esta crítica que manifiesta que las interpretaciones culturales sobre los hechos son invención, y que el antropólogo monta un espectáculo mediante su intervención escrita u oral para convencer a los no antropólogos de los supuestos argumentos de verdad, no es aislada y hace parte de otras críticas a las cuales se refiere un análisis en este capítulo. Se plantea que, mediante los conceptos de los antropólogos, se han producido referentes sobre lo que son los indígenas, cuyas expresiones se consideran arcaicas, pertenecientes a civilizaciones inexistentes, haciendo abstracción de que no han cambiado y, por ello, sus culturas no son contemporáneas. Esta es una estrategia para que vía humanitaria se les otorgue un inmerecido trato distinto. También, se preguntan indígenas y no indígenas si corresponde a los antropólogos hacer los peritajes o si es una intromisión irrespetuosa, y son los mismos indígenas los que deben actuar en las cortes y en los procesos de protección administrativa.

## **¿Las interpretaciones culturales sobre los hechos son verdaderas o son ficción?**

La crítica al peritaje antropológico por parte de algunos intelectuales, se encuentra en su relación con la verdad en el sentido de que no es cierto que el antropólogo de manera directa descubra los elementos cognitivos de una sociedad que pueden definirse como culturales, como tampoco que sepa interpretarlos consecuentemente y que pueda darlos a conocer. La crítica a la verdad antropológica se apoya en los desarrollos epistemológicos y en los límites para conocer positivamente la realidad, y los fundamentos en los que se afirma esta crítica corresponden a la práctica disciplinaria. Se preguntan si, en su aplicación concreta a los hechos de diferentes casos, la antropología efectivamente tiene en cuenta y responde a un saber histórico, a unas prácticas cambiantes en medio del avance de la disciplina y al ámbito sociopolítico en que se desenvuelve una sociedad particular.

Las críticas generan la necesidad de abordar diferentes ángulos para examinar esta práctica y este discurso. Uno de los problemas está en la interacción social con los indígenas en calidad de informantes, y con los jueces y defensores en calidad de receptores de las explicaciones ofrecidas por los antropólogos. Otro de los problemas, y a la vez solución, tiene que ver con la pregunta acerca de la existencia de distintas versiones sobre un hecho culturalmente descifrable frente al cual aparecen diferentes interpretaciones. Sin el ánimo de creer que hay respuestas para todo, sí hay al menos algunos mecanismos para controlar

el porqué de las diferentes versiones culturales cuando estas eventualmente puedan darse, tales como un rezago cultural expreso en pocos miembros de una sociedad, un cambio en vía de implementación que no ha terminado de cundir a toda la sociedad, un informante foráneo o muy joven o posiblemente información recibida de un ausente que regresa...

Quienes cuestionan si es posible aprehender la cultura como una entidad física o mental, la respuesta es que para la antropología necesariamente hay que asumirla como una realidad simbólica, que para su finalidad consiste en ampliar el universo del discurso humano, es decir, los sistemas de interacción, los signos interpretables, en los cuales la cultura es un contexto dentro del cual pueden describirse fenómenos de manera densa. Quien hace estas descripciones culturales, porque está entrenado para realizar esta tarea, tiene más posibilidades para distinguir lo verdadero, en el sentido de lo probable, de las que podrían ser señales, rasgos o propiedades fingidas. Geertz se pregunta si el parecer imperfecta la concepción del análisis antropológico como la manipulación conceptual de hechos descubiertos significa o no que el análisis cultural estima la conjetura y llega a conclusiones explicativas partiendo de las mejores, y no de descubrir el contingente de la significación. La descripción etnográfica presenta tres rasgos: a) es interpretativa, b) rescata “lo dicho” y trata de fijarlo en términos susceptibles de sugerencia y c) es microscópica. Para resolver el problema metodológico de la naturaleza microscópica de la etnografía, hay que comprender que las acciones sociales son comentarios sobre algo más que sí mismas, y que la procedencia de una interpretación no determina hacia dónde va a ser luego de impulsada<sup>2</sup>. Geertz, en el mismo apartado, también señala que

*[...] el problema de los enfoques interpretativos es que se resisten a la articulación conceptual, escapando a los modos sistemáticos de evaluación. Arguye que la estructura conceptual de una interpretación no es menos válida que la observación biológica. Las formas de la sociedad son la sustancia de la cultura<sup>3</sup>.*

La conclusión de Geertz sobre todo lo que ha dicho en torno a la descripción y sobre lo que significa la cultura, es que: “[...] la vocación de la antropología interpretativa no es dar

---

<sup>2</sup> GEERTZ, Clifford. Géneros confusos: la refiguración del pensamiento social. En: REYNOSO, Carlos (ed.). *El surgimiento de la antropología posmoderna*. Barcelona: Gedisa, 1991 [1980], pp. 63-77.

<sup>3</sup> *Ibid.* pp. 63-77.

respuesta a nuestras preguntas más profundas, sino darnos acceso a las respuestas dadas por otros y así permitirnos incluirlas en el registro consultable de lo que ha dicho el hombre”<sup>4</sup>.

Existen muchas maneras de abordar el conocimiento, muchas maneras de formular y responder preguntas frente a los hechos en los cuales se ven involucrados individuos y pueblos con cultura distinta. Responder a las preguntas que se hacen a quienes tienen que actuar frente a un caso, para definir asuntos judiciales o administrativos, implica plantear la relación entre el saber antropológico y la realidad, y entre el conocimiento antropológico expreso en los peritajes y los hechos. Una mirada de esta forma de aprehender la realidad pretende ilustrar la correspondencia entre los contenidos expuestos y las entidades descifradas e interpretadas dentro de ciertos hechos. Quiere decir esta perspectiva que el antropólogo presenta contenidos culturales que son “objetivos”, es decir, que están exentos de intervención y modificación por parte de él como sujeto que conoce, resultando esta postura epistemológica inadmisibles, ya que el sujeto que conoce siempre realiza una intromisión para interpretar los hechos. Si bien el antropólogo aplica un método para acercarse a una cultura particular, y dentro de esta a los elementos que permitan al juez o defensor lograr el conocimiento que requiere, ese conocimiento sí se ve afectado, entre otros asuntos, por un régimen de poder en el marco de las relaciones interdisciplinarias de su discurso frente al ámbito judicial.

Aunque el perito puede sustentar el contenido que promueve y posiblemente se verá enjuiciado por otras pruebas, este no es el reflejo automático de una realidad y, por lo tanto, inequívocamente verdadero. Desde una concepción simplista se ha unido al sujeto que investiga, separado de aquello que investiga, por lo que es necesario destacar la relación entre investigador, realidad y conocimiento, analizando los nudos y desafíos en la construcción de conocimiento.

## Las expresiones de cultura en los hechos son construidas por el antropólogo

Se asume un ejercicio interpretativo de significados, de juegos de lenguaje que evidentemente se juegan en otras culturas, y que el perito antropólogo propone como una de las posibles interpretaciones sobre la diversidad, siempre bajo el temor a no acertar. Este peligro de encontrarse con una versión diversificada de la cultura presentada por el perito antropólogo,

---

<sup>4</sup> Ibid. pp. 63-77.

al cual, como se dijo, no le es posible retratar la realidad para decir en positivo cómo se expresa la cultura en los hechos, ya ha sido considerado por las cortes, y por ello siempre solicitan varios peritajes, y al menos uno presentado por las autoridades indígenas competentes.

El peritaje, como aporte de trabajo para la construcción de entendimiento intercultural, en el marco del pluralismo jurídico, impulsa significativamente en positivo las preocupaciones disciplinarias; la aplicación práctica en el peritaje se presenta como una interpretación que se enfrenta a las de los indígenas implicados, a las de las autoridades llamadas a testificar, a aclarar e informar, y a las de otros peritos<sup>5</sup>. Hace muy feliz a un antropólogo observar que otro antropólogo, u otro indígena, como perito, se han expresado sobre los hechos con similitud de contenidos culturales interpretados. Esta práctica disciplinaria, como resultado de una investigación antropológica, pretende ofrecer, sí con rigor, pero sin suficiencia, aquello que se descubre y que puede argumentarse para informar y, también, para expresar políticamente marcaciones contra las realidades hegemónicas.

Si estos avances se pueden ver como encuentros positivos que buscan un desarrollo progresivo en la sociedad para el entendimiento de aquellos asuntos que son posibles de lograr, puede afirmarse que el antropólogo aporta significativamente a la interpretación de hechos de cultura que logran contribuir a la eliminación del etnocentrismo en los diferentes interlocutores, lo que constituye otro problema bastante serio por sortear, y que inspira una reflexión. Para introducir este asunto, Malinowski, en su famosa introducción de 1922 a la obra que presenta a los isleños trobriadeses, defiende el propósito de comprender los valores de otra gente: captar el punto de vista del nativo. Por su parte, Geertz, en 1980, expresaba que vemos la vida de los otros a través de lentes que nosotros hemos pulido, y cómo el hecho de que ellos nos retornen una mirada a través de los propios ojos nos puede conducir a la misma clase de comprensión que buscaba Malinowski acerca de *captar* la versión del mundo de ese otro distinto.

## Los hechos la cultura no son inventos y son endosables

La formación antropológica entraña un marco de referencia conceptual sustentado en la teoría orientada a definir cómo mirar, qué mirar y cómo interpretar para entender

---

<sup>5</sup> SÁNCHEZ, Esther. Antropología: ¿singularidad o sinergia? En: *La enseñanza de la antropología. Memorias del V Congreso Nacional de Antropología, Villa de Leyva, octubre de 1989*. Bogotá: ICAN/ Instituto Máximo de las Academias Colombianas. Patronato de Artes y Ciencias/Kelly, 1990.

lo que vemos, aunque puede no decirnos nunca de antemano qué es lo que se espera que encontremos. Sin embargo, ¿es objetivo el contenido que ofrece el peritaje como ámbito aplicado de la antropología cultural? Las importantes reflexiones sobre los modos de apropiar la realidad para conocerla por parte del sujeto que conoce es el tema abordado por diferentes investigadores que sirven de sustento para adentrarnos en esta cuestión<sup>6</sup>.

*[...] la operación de objetivación supone concebir una realidad-objeto separada del sujeto que la conoce y sin interinfluencias, o suponiendo que estas pueden ser controladas, aisladas y minimizadas, y es la piedra de toque de la cientificidad clásica: se puede conocer, se puede medir, cuantificar, diagnosticar, experimentar, pronosticar, precisamente porque hay un sujeto que puede hacer esas operaciones claves para la ciencia desde fuera de lo que observa, sin alterarlo ni alterarse él mismo en ese acto. Esta operación de objetivación, también llamada epistemología social objetivante tiene como una arista principal la consideración de la realidad social como organizada a través de estructuras sociales objetivas de complejidad y pensamiento social de diferente naturaleza a las que puede atribuirse las determinaciones de última instancia de dicha realidad y que “veía en el develamiento de los condicionantes objetivo-sociales todo el sentido de la indagación social”<sup>7</sup>.*

En el análisis de la relación sujeto-objeto, es posible distinguir, según Pedro Luis Sotolongo<sup>8</sup>, tres tendencias básicas:

*La posición objetivista, en la que se establece una clara separación entre los dos polos de la relación, entre sus respectivas existencias y “en la cual el objeto es re-presentado (vuelto a presentar) sin que la acción del sujeto, aparentemente, incida en esa relación” y donde el papel de este se limita a “la fijación de las condiciones iniciales y ‘de frontera’ del objeto cognitivo para su indagación o experimentación”.*

<sup>6</sup> ESPINA, Mayra. Complejidad y pensamiento social. En: *Complexus Revista de Complejidad, Ciencia y Estética*. Síntesis [en línea]. Disponible en <[http://www.sintesis.cl/cnexus\\_revista\\_2./articulo\\_2\\_Maira\\_%20](http://www.sintesis.cl/cnexus_revista_2./articulo_2_Maira_%20)>.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>8</sup> SOTOLONGO, Pedro, citado por ESPINA, op. cit.



*La posición **subjetivista** o fenomenológica, donde la constitución de la realidad del objeto se deriva de la acción significadora del sujeto “sin, aparentemente, la incidencia del objeto”, el objeto queda limitado a un “fenómeno de conciencia, susceptible de sufrir un proceso de ‘constitución’ como una unidad de sentido cognitivo, valorativo o praxiológico en esa conciencia del sujeto”.*

*La posición hermenéutica, donde se enfatiza lo relacional, la interacción sujeto-objeto, ambos formando parte de un todo e influyéndose mutuamente, no se reduce al papel del objeto o del sujeto, si no que se ven en una complementariedad intercambiable, dialógica, “considerando reiterativamente al sujeto ya como polo activo (agente, constituyente), ya como polo pasivo (paciente, constituido) y al objeto, a su vez, también reiterativamente ya como condicionante y constituyente, ya como condicionado y constituido”<sup>9</sup>.*

La investigación social clásica, la que dio el carácter de ciencias verdaderas a las disciplinas sociales y las apegó a la perspectiva simplificadora, ha tenido entre sus fundamentos básicos y fuentes de credibilidad el presupuesto de objetividad, para el cual la premisa básica del conocimiento es que existe un objeto por fuera del sujeto. Este postulado separa tajantemente la realidad objetiva (como dimensión externa) del sujeto que la conoce, y esto es lo que sustenta la acción de conocer. La conciencia de esa separación, permite observar, medir, clasificar algo que está fuera del sujeto y suficientemente alejado de él para evitar cualquier interferencia al “captar”, “descubrir” las cualidades de la realidad objetiva, para encontrar las leyes propias de la realidad estudiada.

*Nuestro conocimiento del mundo es una construcción valorativa que nos permite crear una representación del mundo, pero no es el mundo. Es un producto humano que tiene fuentes en la subjetividad humana que no pueden pasarse por alto. El pensamiento moderno excluyó la subjetividad y construyó una objetividad basada en la exclusión del sujeto<sup>10</sup>.*

Continúa Espina, a partir de Hugo Zemelman y Julie Thompson:

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>10</sup> DELGADO, Carlos, citado por ESPINA, op cit.

*Entender el conocimiento de la realidad social como construcción intersubjetiva, como ámbito de prácticas posibles, de opciones cuyos contenidos se materializan en prácticas constructoras de realidad no significa “subjetivismo”, negación de lo objetivo, sino reafirmación, énfasis en la intervención de los sujetos en la configuración de lo social y en el carácter interaccional de lo social y del conocimiento de lo social. No aceptar hechos dados, sino posibilidades de acción.*

*Se trata de que el sujeto, al conocer, transforma y es transformado, concede significados, interpreta según estructuras preestablecidas y que él produce y esta acción de “significación”, de “objetivación”, forma parte también de la realidad. Es la reafirmación de lo existente como relacional, como interactuante. Si se concibe la realidad de la relación, es porque se asume la existencia, la realidad, de lo que se relaciona, no se elimina o reduce ninguno de los dos elementos, supone, por el contrario, asumirlos en su complejidad, multidimensionalidad, interacción y diversidad.*

*[...] La centralidad de la subjetividad y su comprensión como productora de realidad no constituye un relativismo ético individualista, ni la negación de la contingencia externa, sino que pretende resaltar la no existencia de oposición sujeto-objeto, la relación que entre ambos términos se da en la práctica y la dimensión activa del conocimiento. Supone una noción del sujeto como sujeto en proceso permanente de autoconstrucción y de construcción de sus condiciones de existencia a través de la práctica, de la interacción sujeto-objeto. En la perspectiva reflexivista compleja se enfatiza el momento relacional, de articulación, de coproducción conjunta de la realidad.*

*Hay también aquí un entronque con la propuesta de Luhmann, en su nueva teoría de los sistemas, de que una teoría social no tiene un centro único desde el cual legitimar la observación. El policentrismo de la observación, del posicionamiento del observador, es condición indispensable para producir conocimiento acerca de sistemas sociales que están en proceso de diferenciación constante. No hay observadores externos, capaces de romper los límites que el propio desarrollo del objeto impone al desarrollo de la observación (Luhmann, 1982). En esta concepción “observador y observado” forman parte del mismo sistema descrito [...]”<sup>11</sup>.*

---

<sup>11</sup> ESPINA, op. cit., pp. 22-24.

## Intervención para persuadir

En la contienda por ofrecer una interpretación, un “posible” conocimiento sobre los otros, se puede caer en el esencialismo como eje del conocimiento, que como tal, defiende la posibilidad de un entendimiento objetivo y único de la realidad, pensada esta como susceptible de ser prácticamente retratada, postura que va en contravía de la idea del cambio y de la complejidad, y también del presupuesto, según el cual, las proposiciones y aseveraciones pueden ser revaluadas. Las discusiones epistemológicas modernas sobre el conocimiento riñen con la posibilidad de un discernimiento infalible de la realidad; afirman la imposibilidad de alcanzar verdades científicas en el sentido de perentorias e inmutables en el tiempo. Las nuevas perspectivas de la antropología, atravesada por otros campos del conocimiento como la filosofía, la lógica, la física, la historia, han ayudado a reinterpretar el peritaje antropológico como contenido “verdadero”, “objetivo” y “neutral”. Es imposible desconocer contradicciones, limitaciones, mediaciones, intereses, nexos sociales y políticos que intervienen y configuran un conjunto argumental.

Al localizar elementos en una sociedad y exponerlos en clave cultural frente a un hecho, se busca que la obviedad desaparezca, aunque todo está montado en un escenario para capturar la atención del juez. El antropólogo busca reducir la autoridad del etnógrafo o del antropólogo autor, para dejar que el juez entre en diálogo entre él y el asunto entorno a una cultura distinta. Define, estratégicamente, que sea el mismo juez quien se cuestione, pondere el valor de la diversidad como un hecho contundente y respetable, porque es el resultado de una voz de la diversidad que se expresa en una cultura humana, y que como antropólogo aquel aprecia. Precisa el antropólogo que el juez interactúe directamente con lo desconocido, de modo que, como tercer lado y mediador entre el juez y el asunto por conocer de una sociedad particular, él desaparezca de la escena.

El peritaje, que en concreto busca apoyar las soluciones a problemas específicos, ofrece ciertas figuraciones que están fundadas en conceptos y marcos teóricos, con el fin de generar un conocimiento particular que, puesto a prueba, ofrezca la posibilidad de ser utilizado estructuralmente o también descartado (como en el caso del peritaje sobre el incesto citado en el capítulo anterior) o criticado (como en el caso del niño ladrón del tercer capítulo). La exclusión de cierto conocimiento presentado a los jueces se produce a veces incluso en contra de las presunciones jurídicas estatales, constitucionalmente establecidas, y las teorías filosóficas de las que se vale el antropólogo para sustentar su prueba, por ejemplo,

la preeminencia del sujeto colectivo de derecho sobre el individuo en ciertas sociedades. En conclusión, el peritaje es siempre precario, entra en interinidad siempre que se presenta, aunque prevea proporcionar una salida a las complejas elaboraciones judiciales y administrativas sobre el conflicto por resolver que presentan los hechos.

Cada peritaje antropológico sitúa pues la posibilidad de una crítica. Es un montaje puesto en un escenario para lograr el trato distinto a sujetos culturalmente distintos, que viven en una sociedad históricamente situada, y que portan y tienen en cuenta su mundo cultural en sus actuaciones. Esta orientación social y política aporta también un criterio de límite, en el sentido de que toda tesis del discurso académico puede ser invalidada; pero también, abre una perspectiva por donde avanzar, como es la posibilidad de que los peritajes puedan ser criticados. Desde esta mirada crítica y autocrítica, el antropólogo jurídico recibe preguntas mejor formuladas que a su vez reciben mejores pruebas, las cuales sí ofrecen una perspectiva y un camino por el cual seguir avanzando.

## ¿Son los peritajes ficción persuasiva?

El perito antropólogo escribe. La escritura antropológica dice mucho acerca de cómo llegan los antropólogos a concebir ciertos asuntos y cómo se persuaden así mismos de ello para persuadir a los otros. Edmund Leach atribuye a los antropólogos una gran habilidad para montar espectáculos.

El antropólogo parte del supuesto de tener que tratar con jueces en muchas ocasiones racistas y etnocéntricos. Busca encontrar la ficha del rompecabezas para describir las costumbres aparentemente absurdas de otros pueblos, de manera que sean plausibles para ellos y les lleguen como aportes para sus determinaciones. Lo que se informa mediante el peritaje antropológico escrito tiene que lograr esclarecimientos que a veces son ilógicos (la existencia de un hombre que se convirtió en perro), inconsistentes (la existencia de una mujer virgen y madre), ideas indemostrables (los niños sin bautizo se van al cielo). No se trata de preocupaciones sobre si aquello existe o si es verdad, entendida esta como existencia, conformidad, exactitud. El perito se pregunta a quién se debe persuadir, de qué y de qué manera puede hacerse. Bajo esta estructura organiza sus ideas, la elección de los títulos seleccionados. Cada una de las palabras de un peritaje está montada a partir de corolarios, inferencias y conclusiones que eluden la obviedad. Los argumentos se orientan

para probar la existencia de una distintividad cultural digna en cuanto es propia de una sociedad que se rige por valores que han tomado siglos para configurarse; mostrar qué es lo debido en esa sociedad particular, lo que el derecho propio obliga y lo que se expresa en las costumbres del pueblo como datos interpretados. Esto es lo que se ofrece para recibir valoración constitucional, para otorgarle o no un tratamiento distinto a un caso, como distinto que es.

Evidentemente, el perito debe ser persuasivo, lo que significa que su escrito o sus sustentaciones verbales deben poseer matices de seducción e incitación, ser sugestivos y llamativos; pero también, categóricos, para hacer publicidad y propaganda sobre un estilo de vida. Este modo de realizar los peritajes no es ficción en cuanto mentira, imposibilidad de contrastar con una cultura que se vive dentro de los límites de una sociedad particular; no es invención como quimera y desvarío, porque en la que puede juzgarse como ficción antropológica, existe una verdad simbólica que debe darse a conocer y que busca que el juez se adentre en lo más profundo de ciertos conceptos extraños y excepcionales.

Piensan algunos jueces, defensores o magistrados, que lo que hacen los tikuna, los cubeo o los curripaco, es tan diferente como costumbres, que ellas ofenden al ser humano, o que son prácticas no correspondientes a los referentes de hoy, porque atrasadas, son de eras ya superadas por las sociedades que sí evolucionaron. Para afirmar y probar asuntos que rigen el comportamiento de los miembros de una sociedad, los antropólogos se valen de otras disciplinas que contribuyen a dar valor y a lograr afirmar las interpretaciones sobre aquello que no siempre se puede probar empíricamente, pero que sí existe. Entonces, para asegurar que el juez acepte, por ejemplo, que los huitotos saben que las mujeres pueden devenir en danta, o que un perro negro es en realidad un ángel que antes fue blanco, y como en esa misma sociedad a la que pertenece el juez existen lugares a donde van los buenos y los malos, los que estaban en gracia de dios antes de morir y los que estaban en pecado; para darles a entender a los jueces que las creencias tienen valor, que existen como mundos posibles, se busca la posibilidad de que se miren a sí mismos como parte de una sociedad occidental tan exótica como cualquiera de las que se clasifican como indígenas.

Otra forma de exponer los datos es mostrar cómo muchas costumbres y regulaciones hoy, no fueron así hace algún tiempo. Demostrar que la etnografía de algunos pueblos actualmente es distinta a la que se estudió hace años, pues se han sucedido cambios, son argumentos que no logran siempre convencer como rasgos de cultura pertenecientes a

estos pueblos, pues al ser iguales a los nuestros, no responden al exotismo esperado. Esto es particularmente dicente para los antropólogos, al saber que las nociones culturales provenientes de las etnias se espera que puedan “encajar” en los referentes que el otro tiene para aplicar el *indiómetro* de lo étnico, pues lo expuesto como cultural no es “reflejo” de lo tradicional.

El mayor reto del peritaje antropológico es hacer que una cultura sea inteligible, asequible. Librar esas costumbres de su extrañeza, de manera que los jueces encuentren en estos textos los argumentos que logren concebir esa otra realidad como es, en tanto distinta y valorable; también, que el juez se despoje de prejuicios y que pueda juzgar esas costumbres mediante la “justa razón”; que descarte o aleje las ideas que son peculiares a su propia sociedad y cultura, y no las extienda a toda sociedad; que considere las circunstancias de tiempo y lugar en que los otros viven. Al mismo tiempo, que si compara las culturas de esos otros pueblos, pueda deducir que sí, efectivamente, existen otras máximas, símbolos y proposiciones que guían a los miembros de las distintas sociedades. Estas ideas expuestas por el perito, que buscan un tipo de resonancia, deben a la vez cuidar la posibilidad de construir una apología, para ofrecer en cambio, una sencilla semblanza de la cultura y las costumbres del pueblo del cual se describe una parte.

## Los jueces y los peritos

El fallo SU-510 de 1998 reconoce que el juez no es un tercero necesariamente imparcial, pues tiene una identidad y unas posiciones culturales, aspectos que pueden intervenir negativa o positivamente en un caso.

*La Corte propone como salida que un experto, a su solicitud, haga un análisis cultural, en el terreno de la antropología, que contribuya a comprender un asunto que requiere comprenderse y que por la singularidad del objeto de estudio del derecho no necesariamente se tiene por parte de los jueces. Con este camino trazado, desplaza la Corte la pregunta por la imparcialidad del funcionario de una sociedad multicultural y pluriétnica, con base en las teorías de la justicia, hacia el contexto de las discusiones epistemológicas y metodológicas sobre el análisis cultural practicado por la etnografía. ¿Debe interpretarse esta afirmación como un deber para los funcionarios involucrados en la resolución de estos conflictos? Es decir, ¿deben ellos convertirse en observadores participantes para poder juzgar? ¿Qué hace pensar*

*a la Corte que la metodología del observador participante va a garantizar la imparcialidad de los funcionarios? No obstante las dificultades que supone, esta propuesta es revolucionaria e interesante. Significa reconocer que los jueces deben contar con una formación y con un aporte externo. Significa reconocer que el conocimiento sobre la cultura cumple una función política como es la de apoyar a los jueces para que realicen decisiones garantes, basándose en un conocimiento especializado. En otras palabras, pide a los científicos sociales que se involucren y que compartan con los funcionarios judiciales la responsabilidad de asumir decisiones de dimensión política y de gran impacto social y cultural. Solicita que la gestión de los asuntos del Estado sea compartida por la investigación, por la ciencia y por la política. Sugiere que para que las decisiones de la autoridad estatal sean adecuadas la sociedad debe contar con una comunidad científica e intelectual, robusta y beligerante, debiendo producirse un diálogo fluido con esta comunidad. Como intelectual urbano de Occidente, el juez constitucional se enfrenta a preguntas como: ¿a qué dar importancia o a qué no? ¿Privilegia los elementos “más tradicionales e inalterables de una cultura” o reconoce también la existencia de “importaciones culturales” y de cambios, muchas veces no asumidos homogéneamente por todos los miembros de una sociedad? El texto constitucional, por ser una unidad de principios indeterminados, no tiene una única manera de interpretación. Por ello, el juez constitucional, que es un tercero incluido en un conflicto, pero que tiene la mayor autoridad jerárquica, habrá de arbitrar con base en una de las interpretaciones posibles, buscando una salida justa, imparcial y a su juicio, constitucional<sup>12</sup>.*

## Antropólogos entrometidos

Además de que los referentes de cultura expuestos por los antropólogos son invenciones, aunque los jueces los valoren y también observen que les son útiles, se sostiene que los antropólogos, igualmente, hacen intromisiones en la vida y autonomía de los pueblos indígenas, porque suplantán a los propios actores. Sustentan los defensores de esta idea que deben ser los propios indígenas quienes realicen los peritajes. Este sentimiento y razonamiento se hizo evidente y explícito en un almuerzo con indígenas en la Dirección de Etnias. Cuando la directora, indígena arhuaca, me presentó con orgullo como perito de la Corte Constitucional, una joven indígena de no más de veinte años, me expresó con

---

<sup>12</sup> SOTELO, Luis. ¿Puede ser imparcial el juez constitucional? Inédito.

mucha soberbia: “¡Doctora, qué bueno conocerla, porque quería decirle que pronto se les acabará el reinado a los antropólogos; somos nosotros, los propios indígenas, quienes vamos a hacer los peritajes!”. Como yo a menudo me burlo de este tipo de comentarios que definen que son los mismos sujetos indígenas quienes en uso de su “autonomía” deben elaborar los peritajes antropológicos, porque ellos “sí viven la cultura”, porque así se corta el colonialismo interno, acudo entonces a mi altanería indiscreta. Recuerdo que en tono mesurado y muy pausado, le expresé a la joven que también sería valioso que reconsideraran la autonomía respecto del sistema nacional de salud, porque, ojalá no fuera el propio afectado de su salud, o su familiar, el que autónomamente operara un corazón enfermo, y que para ello necesitara un tórax abierto, argumentando que uno mismo es el que padece la enfermedad, el que vive la enfermedad, el que siente los efectos de la enfermedad, o que, es el familiar del enfermo el que sí sabe cómo lo afecta y cómo expresa su dolor.

Es defendible la autonomía de las personas y de los pueblos indígenas, pero también se conocen los límites de las personas y de las sociedades, y por ello son posibles contribuciones de otros. Es así mismo aceptable que no se trata de quién hace las tareas “porque es uno de nosotros”, sino de quién puede lograr que el resultado de la tarea sea exitoso. Así como es recomendable a un indígena ir al mejor especialista indígena o no indígena para operar un corazón, también lo es al mejor intérprete indígena o no indígena “entrometerse” en los referentes de cultura y exaltarlos cuando requieren ser interpretados para personas ajenas a la cultura misma.

## Distorsión y esencialismo

Además de inventar la cultura de los indígenas y de ser entrometidos, a los antropólogos se les hace una tercera crítica que plantea que ellos presentan a los indígenas de una manera esencialista, clonando rasgos culturales inexistentes hoy, con el fin de fijar la imagen de lo indígena como expresión del pasado exótico que sigue vigente.

Desde el siglo XIX en Colombia, como en otros países de Latinoamérica, se produce una importante crítica sobre la interpretación europea y norteamericana de la modernidad, que establece que los indígenas representan el primer estadio de partida del proceso civilizatorio de la humanidad, cuya cumbre máxima es la civilización occidental. Aquello que no sea modernidad occidental, además europea, es visto como atrasado en la escala evolucionista. Con estas clasificaciones, nace el sentimiento etnocentrista que define que aquello que no



haya logrado escalar en el movimiento de cambio unilineal y unidireccional de la historia humana, se encuentra en estado de subdesarrollo.

De manera crítica, esta tradición, muy propia de la modernidad, es un referente de conocimiento con base en la organización colonial que articula a otros pueblos, otros tiempos y otros espacios como otras formas de ser, de organización de la vida social; igualmente como otras formas de saber, que son clasificadas no solo en diferentes tiempos y espacios, sino con expresiones tradicionales, ancestrales y premodernas, que se encuentran ubicadas en un momento anterior del desarrollo histórico de la humanidad, lo cual, dentro del imaginario del progreso, enfatiza su inferioridad. Desde la mirada de Occidente, como referente del progreso, marcar las diferencias con aquello que no exalte su superioridad permite establecer la inferiorización del otro.

El imaginario de lo indígena como eslabón primero y lejano a la civilización, ha sido uno de los llamados a modificarse, situación que ha sido ampliamente discutida en el segundo capítulo de este libro, porque, precisamente, algunos jueces y defensores disponen de un arsenal de ideas asentadas en el sentido común del que el antropólogo es consciente, que les impide aceptar a los indígenas modernos, a los indígenas ciudadanos, como indígenas que son. Han sido los antropólogos los que han mostrado y han exaltado en los tribunales cómo los indígenas son, ante todo, portadores de un sentimiento de pertenencia e identidad a un pueblo, y que pese a no necesariamente tener rasgos de cultura diferenciada y, en cambio, tener modos de existencia similares a otros grupos humanos no indígenas, se trata de un sentimiento que sí los hace ser indígenas.

Las discusiones sobre los pueblos indígenas genuinos, puros o auténticos, y los que no lo son, hacen parte de debates que no provienen de los antropólogos, pues uno de los más frecuentes alegatos que hacen estos últimos se refiere precisamente a la defensa de la condición de los indígenas por fuera de los fenómenos exóticos identificables con lo indígena, o con el pasado, o con el lugar donde viven. Al analizar los peritajes, es posible descubrir una tipología de expresiones sobre lo que es el indígena, que intenta abrir un conocimiento ajustado de manera crítica a la caracterización de los grupos e individuos pensados desde la sociedad hegemónica. No son tampoco los contenidos de los peritajes comodines neutrales que se utilizan genéricamente; por el contrario, pese a las diferencias y a las propuestas para exaltar lo indígena, frente a las cuales se puede ser realistamente más cercano a lo que tradicionalmente se piensa que es un indígena por parte de los defensores, jueces y magistrados, los peritajes y las críticas a las sentencias muestran la necesidad de un

aprendizaje profundo sobre lo que es un indígena hoy para que se traduzca en aplicaciones edificantes del derecho.

Los rasgos que definen la aplicación edificante de la ciencia, en términos de Boaventura de Sousa Santos<sup>13</sup>, son una magnífica guía para determinar y juzgar el papel de los profesionales ceñidos a la política de reconocimiento en el Estado multicultural y pluriétnico. Es posible verificar que la antropología ha jugado un papel determinante en los estrados judiciales en cuanto a la reflexión sobre el indígena moderno, el indígena contemporáneo, e incluso sobre las fisuras internas que dentro de los pueblos indígenas se presentan, es decir, sobre la diferencia dentro de la diferencia, como por ejemplo, la demanda de los jóvenes por cambios en las sanciones, o de las mujeres en los nuevos procesos de participación.

### ¿Jueces persuadidos? Los magistrados se expresan

Los peritajes antropológicos que han llegado a los defensores y a los jueces han sido tratados con el máximo respeto y, si se quiere, con admiración. Más allá de los supuestos “exotismos para deleitar”, o para engrandecer al hombre culto, el peritaje ha ejercido una influencia destacada, ya que las interpretaciones sobre los hechos de culturas tan distintas no se tratan en las sentencias como rarezas supervivientes dignas de compasión, sino que se las sitúa dentro de un tejido sociocultural distinto e histórico, que es valorado. En otro sentido, más que acoger aspectos parciales del modo como se piensan y utilizan ciertas realidades en las sociedades, lo que se destaca es la posibilidad de los jueces de abrirse respetuosamente a otros mundos, teniendo como relativa la propia cultura.

Demuestran en los argumentos expuestos que sin este saber especializado no se hubiera podido configurar el llamado “nuevo derecho” en Colombia, que tiene entre sus logros a los jueces persuadidos y confiados en la benevolencia de adentrarse en las interpretaciones expuestas en los peritajes antropológicos, que también ofrecen un seguro frente a la posibilidad parcial de decisión de un juez que tiene en sus manos conflictos interétnicos de vida o muerte. El juez reconoce su limitación por ser él mismo portador de valores que entran en conflicto con los del caso que va a juzgar.

---

<sup>13</sup> DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Estado derecho y luchas sociales*. Bogotá: ILSA, 1991.

La posibilidad de utilizar el peritaje antropológico como medio para el fortalecimiento de la diferencia en el marco de una sociedad multiétnica y pluricultural, tiene posibilidad si se trascienden los papeles de todos los actores sobre la base de reemplazar aplicaciones técnicas de la ciencia por aplicaciones edificantes como lo plantea Boaventura de Sousa Santos:

*La aplicación siempre tiene lugar en una situación concreta en la cual, quien aplica está existencial, ética y socialmente comprometido con el impacto de la aplicación.*

*Los medios y los fines no están separados y la aplicación incide sobre ambos. Los fines solo se concretan en la medida en que se discuten los medios adecuados para la situación concreta. Así, la aplicación es un proceso argumentativo y la adecuación, mayor o menor, de la aplicación reside en el equilibrio mayor o menor, de las competencias argumentativas entre los grupos que luchan por la decisión del conflicto a su favor. (El consenso no es la medida, ni es neutro).*

*El científico debe pues, involucrarse en la lucha por el equilibrio de poder en los distintos contextos de aplicación y, para eso, tendrá que tomar partido por uno de aquellos que tienen menos poder. Cada mecanismo de poder, crea su propia microhegemonía. Quien tiene menos de ese poder, tiende, por eso, a no tener argumentos para tener más de ese poder y mucho menos, para tener tanto poder como el del grupo hegemónico. La aplicación edificante, consiste en revelar argumentos y volver legítimo y creíble su uso.*

*La aplicación edificante procura y refuerza las definiciones emergentes y alternativas de la realidad; para eso, vuelve ilegítimas las formas institucionales y los modos de racionalidad en cada uno de los contextos, en el entendimiento de que tales formas y modos promueven la violencia en vez de la argumentación y, el acallamiento en vez de la comunicación, el extrañamiento en vez de la solidaridad.*

*Más allá de un límite crítico socialmente definible, una mayor participación en una visión moral y política, es mejor que un aumento en el bienestar material. El know how técnico, es imprescindible, pero el sentido conferido por el know how ético, como tal, tiene prioridad en la argumentación.*

*Los límites y las deficiencias de los saberes locales, nunca justifican el rechazo in limine de estos, porque eso significa el desarme argumentativo y social de cuantos son eficaces en*

*ellos. Si el objetivo es ampliar el espacio de comunicación y distribuir más equitativamente las competencias argumentativas, los límites y las deficiencias de cada uno de los saberes locales se superan, transformando esos saberes por dentro, interpenetrándose con sentidos producidos en otros saberes locales, desnaturalizándose a través de la crítica científica. Es fundamental que esa transformación ocurra en el seno de cada uno de los contextos estructurales –doméstico, de la producción, de la ciudadanía, de la mundialidad–, para que pueda ocurrir en los demás contextos de interacción en cada momento hechos, deshechos, rehechos, en nuestra sociedad.*

*La ampliación de la comunicación y el equilibrio de las competencias, apunta hacia la creación de sujetos socialmente competentes. Los mecanismos de poder tienden a alimentarse de la incompetencia social y, por tanto, de la objetivación de los grupos sociales oprimidos, por lo que la aplicación edificante de la ciencia corre un doble riesgo. Por un lado, sabe que sus objetivos no son alcanzables exclusivamente con base en la ciencia y en la argumentación. Hay intereses materiales y luchas entre clases y otros grupos sociales que usan otros medios, para imponer lo que les beneficia. Por eso, la lucha para la aplicación edificante es siempre precaria, se integra (a veces sin saberlo) en otras luchas y sus resultados nunca son irreversibles. Es pues, una lucha sin presupuestos, ni seguridades. Una lucha por un fin sin fin. Por otro lado, la aplicación edificante tiene, en esta fase de transición paradigmática, que partir de los consensos locales para crear más conflicto, como resultado del mayor esclarecimiento de las razones contingentes que sustentan mucho de lo que surge como socialmente necesario.*

*Este conflicto ampliado, es visto como condición de la ampliación del espacio de comunicación y del ensanchamiento cultural, ético y político de los argumentos utilizables por los diferentes grupos en presencia. Pero debido a las condiciones que sustentan el primer riesgo, no hay garantías de que la potenciación del conflicto no pueda inducir a algún grupo al recurso de la violencia, al acallamiento y al extrañamiento, reduciendo así la comunicación y la argumentación, en vez de aumentarlas. A la ciencia que se pauta por la aplicación edificante, no le interesa que la transformación sea moderada o radical, reformista o revolucionaria; le interesa solamente que ocurra, por la ampliación de la comunicación y de la argumentación, lo que, obviamente, no va en detrimento de la intensidad del conflicto o de la incondicionalidad del empeño de cuantos participan de él.*

*La aplicación edificante prospera dentro de la misma comunidad científica. Los científicos apostados en ella, luchan por el aumento de la comunicación y de la argumentación, en*

*el seno de la comunidad científica y, luchan por eso contra las formas institucionales y los mecanismos de poder que en ella producen violencia, acallamiento y extrañamiento. Pero, además de eso, la transformación de los saberes locales ocurre con la transformación del saber científico y con esta ocurre la transformación del sujeto epistémico, del ser científico. Porque la aplicación se contextualiza, tanto por los medios como por los fines y porque le preside el know how ético. El científico edificante tiene que saber hablar como científico y como no científico en el mismo discurso científico y, complementariamente tiene que saber hablar como científico en los diversos discursos locales, propios de los distintos contextos de aplicación. Esta transformación no puede ser exigible en pleno y sin contradicciones al científico individual.*

*La flexibilidad, para tener algún peso, debe ser colectiva. Pero, además de eso, la transformación es propiciada por nuevas formas de organización de la investigación, por medios alternativos de premiar la excelencia del trabajo científico. Estas formas alternativas chocan con la materialidad y la resistencia de las soluciones vigentes. Y también aquí se verifican los dos riesgos anteriormente señalados: no es posible controlar por medio de la ciencia edificante, las consecuencias del aumento del conflicto que ella promueve en esta fase de transición paradigmática; los resultados, además de irreversibles, pueden ser contraproducentes y dejar, por momentos, todo peor que antes. Y tampoco hay seguros contra esos riesgos.*

*Pero si en la comunidad científica, como en cualquier otra, no hay seguros en contra de estos riesgos, es, por lo menos posible determinar el perfil de los conflictos en que estos riesgos se correrán. La aplicación edificante no prescinde de aplicaciones técnicas, pero las somete a las exigencias del know how ético. Por el contrario, la aplicación técnica es más radical y prescinde militantemente del know how ético. La nueva conflictualidad interna de las ciencias es entre los partidarios de la aplicación edificante y los partidarios de la aplicación técnica. Este conflicto, al contrario del viejo conflicto interno (por ejemplo, entre el marxismo y el estructural-funcionalismo), no es específico de las ciencias sociales y ni siquiera tendrá en ellas más agudeza que en las ciencias naturales. Por el contrario, en esta fase de transición paradigmática, su agudeza será mayor en las ciencias naturales, pero el hecho de que el nuevo conflicto se libere entre los sentidos sociales (ético o técnico) revela la prioridad epistemológica de las ciencias sociales en las luchas científicas (inclusive en las científico-naturales) y en la reflexión global sobre la ciencia en el periodo de la crisis de decadencia del paradigma de la ciencia moderna y de emergencia, apenas vislumbrada, de un nuevo paradigma.*

*Este nuevo conflicto, siendo específicamente una lucha entre dos paradigmas científicos, debe entenderse como parte integrante de otro más amplio entre dos paradigmas sociales. La lucha por la ciencia postmoderna y por la aplicación edificante del conocimiento científico es, simultáneamente, la lucha por una sociedad que los vuelva posibles y maximice su vigencia.*

*No tengo la pretensión de haber partido de un modelo de aplicación edificante de la ciencia en mis trabajos, pero por lo menos he intentado que lo sea, y la manera como lo he hecho, permite articular las preocupaciones epistemológicas con las preocupaciones científicas. En cuanto a las preocupaciones científicas, me parece que la más importante se refiere a la necesidad de demostrar que la teoría científica y la práctica social se constituyen mutuamente y que únicamente por esa vía es posible evitar, tanto el activismo acéfalo, siempre vulnerable a la frustración y al abandono, como el teoricismo abstracto, en permanente fuga del desarrollo social en las tareas de transformación emancipatoria de la sociedad<sup>14</sup>.*

## El peritaje ha contribuido a transformar

Colombia tiene sentencias que pueden clasificarse como expresiones manifiestas de un “pluralismo jurídico de tipo igualitario” y edificante. Este aporte teórico de André Hoekema plantea que

*[...] el derecho oficial reconoce y respeta los rasgos culturalmente distintos, las leyes o procedimientos, la validez de normas de los diversos sistemas de derecho y su fuente en una comunidad especial. Así mismo, en el pluralismo jurídico de tipo igualitario, los derechos conforman una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y son reconocidos como parte integral del orden legal nacional<sup>15</sup>.*

En términos organizativos y funcionales, se presenta el problema de la diversidad de referentes que han de comunicarse y entenderse en los encuentros. Esas normas y procedimientos distintos, insertos en órdenes culturales incomparables y heterogéneos que no permiten la generalización congruente de expectativas, implican, y para todos los ordenamientos, una

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 13-15.

<sup>15</sup> HOEKEMA, Hacia un pluralismo, op. cit.

autonomía parcial que se impone desde el monismo jurídico. Para establecer esa cultura en torno a un pluralismo jurídico legal, oficial, de tipo igualitario, necesariamente hay que tener en cuenta el derecho ordinario y los otros derechos propios como parte de un sistema. La Constitución de 1991 reproduce el sistema jurídico monista, pero esta vez bajo una forma distinta, puesto que incluye en ese bloque, como aparato unificado, otros derechos indígenas diferentes al ordinario, y lo hace en forma generalizada, sin excluir ninguno<sup>16</sup>, lo cual le garantiza al Estado la unidad y el principio de legalidad. Teóricamente, el nuevo paradigma utiliza un mecanismo inédito para reconocer que esos otros derechos, cuyos principios y procedimientos son distintos, comparten igual dignidad. Se rompe así la práctica tradicional colonialista, y se configura un mecanismo de integración formalmente igualitario.

Si bien no se puede vulnerar el derecho de autonomía de los pueblos indígenas, los juicios y discernimientos abordados por las autoridades indígenas desde el derecho propio se pueden ver cotejados desde un poder supremo. Es reglamentaria la posibilidad de juzgar actuaciones de las autoridades indígenas y determinar la licitud o ilicitud de estas actuaciones jurisdiccionales definidas por la Constitución y la ley, porque se remiten a la jurisdicción ordinaria en busca de otra decisión. Es en este proceso, en los casos y situaciones concretas, donde se determina la tendencia o no a fortalecer el pluralismo jurídico legal igualitario y oficial, el cual ha sido exaltado con la intervención del antropólogo que lucha contra el pluralismo jurídico, oficial, de tipo unitario, que, siguiendo a Hoekema<sup>17</sup>, se reconoce por la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho registrados, porque se reconoce a esos otros derechos un papel meramente complementario, y se descarta la posibilidad de intervención de las autoridades externas.

Las nuevas vivencias sobre la participación, que surgen como respuestas para encontrar salidas interculturales a los problemas multiculturales, han demandado cambios en distintos ámbitos, como concebirse a sí mismo de manera limitada para el juzgamiento de determinados hechos. En ese sentido, el apoyo que proviene de otros que disponen de conocimiento específico, se convierte en algo así como un modo habitual, una segunda naturaleza, porque la información externa permite reflexión y conocimiento de manera

---

<sup>16</sup> Es muy importante aclarar que el que no se excluya ningún derecho, significa que entre los que se incluyen están aquellos que son similares al positivo estatal, y que apropiados se volvieron su derecho propio.

<sup>17</sup> *Ibíd.*

substantial para el ejercicio de la propia práctica. El juez y el defensor tienen mucho que ganar, y lo saben cuando nombran peritos para que les ofrezcan elementos probos que posibiliten tomar las mejores decisiones, acertadas y justas.

Los jueces y defensores han asimilado el conocimiento antropológico sobre las culturas indígenas, pero, más que detalles puntuales sobre la significación de ciertos hechos en el marco de estas sociedades concretas, han incorporado elementos para una valoración de la diferencia de tipo igualitario. Este reconocimiento es expresado por destacados magistrados, cuyas observaciones permiten relativizar las críticas:

*No es un azar [expresa Carlos Gaviria Díaz] que esta Constitución haya encontrado resistencia muy específicamente en ciertos círculos del foro, de los abogados y de los altos tribunales, porque esta Constitución no se puede manejar con los conceptos que se nos habían enseñado y los conceptos y categorías que tradicionalmente hemos utilizado para manipular el material jurídico que constituye la experiencia jurídica.*

*Si hemos tenido siempre claro que la especialización a ultranza es una propuesta bárbara, esta Constitución sí que nos hace conscientes de este asunto. ¿Por qué? Porque nos hace plenamente conscientes de que el derecho no se basta a sí mismo para proponer soluciones jurídicas satisfactorias. En el caso que estudiamos, que es necesario tomar en préstamo o apelar a los conocimientos de los antropólogos, de los sociólogos, de los psicólogos, para dar una respuesta cabal que es planteada desde el derecho mismo. No se trata de esa vieja concepción de la cultura general en virtud de la cual toda persona está obligada a ser simultáneamente abogada, antropóloga, historiadora, socióloga, etc., idea bastante caduca porque la época cuando una persona podía compendiar todos los conocimientos está superada hace mucho. Pero de lo que sí nos hace plenamente conscientes la Constitución es de que cada vez es más necesaria una cultura orgánica, es decir que si yo he elegido el derecho como mi área de reflexión tengo que ser consciente [de] que en beneficio del derecho mismo debo tener ciertos conocimientos antropológicos, sociológicos o históricos, no a la manera del historiador, del sociólogo o del antropólogo, sino a la manera del jurista o del juez que para comprender su propia área necesita iluminarla con conceptos que proceden de otras<sup>18</sup>.*

<sup>18</sup> GAVIRIA, Carlos. Alcances, contenidos y limitaciones de la jurisdicción especial indígena. En: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: la jurisdicción especial indígena*. Bogotá: CRIC/Ministerio de Justicia y del Derecho/



En este sentido, considera la Corte Constitucional que:

*[...] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una moderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario establecer una especie de diálogo o interlocución directa o indirecta, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse.*

*La función de una actividad como la mencionada persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propia del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural<sup>19</sup>.*

A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada es posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor de justicia consagrado en la Constitución Política. Es de anotar que la Corte ha impulsado una nueva hermenéutica jurídica que, para los casos de conflicto étnico, cultural y normativo, resulta muy adecuada para lograr una ponderación ajustada, teniendo en cuenta que Colombia asumió un relativismo moderado. En el tema de los derechos de los pueblos indígenas, el jurista se convierte en un verdadero investigador sobre los aspectos socioculturales, en consideración a que el derecho interviene una problemática que se relaciona con la garantía de los derechos fundamentales. Desde la perspectiva aplicada del derecho, se integran otros saberes especialmente relacionados con las ciencias sociales, que potencian la formación estructurada en torno al derecho, lo cual genera ciertas dificultades. También se proyecta una perspectiva sentada en los valores que fortalecen la interculturalidad.

Este diálogo sostenido para que las visiones distintas se encuentren, con el fin de complementarse, es un desafío: se trata no solamente de la producción de un conocimiento

---

Dirección General de Asuntos Indígenas-Ministerio del Interior, 1997, pp. 162-163. Expresidente de la Corte Constitucional de Colombia.

<sup>19</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencias*, “Sentencia U-510”, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998, p. 16.

sinérgico en favor de las mejores transformaciones dentro de las diferentes prácticas sociojurídicas ubicadas en los diferentes anillos jurisdiccionales por los que circulan las sociedades.

## La transdisciplinariedad como paradigma que orienta al nuevo derecho

Colombia rompe con el legado de las certezas propias de la modernidad para introducirse en el pensamiento posmoderno caracterizado por exaltar la diversidad y erradicar el deber de sostener una visión única y hegemónica. Lo importante es que estos posicionamientos coinciden en que la nueva etapa tiene como contenido central una reconstrucción en el plano epistemológico transdisciplinar, que intenta recuperar una visión compleja de lo social. El enfoque transdisciplinar, visto como diálogo disciplinar, como apertura, permeabilidad entre fronteras, es consustancial a la perspectiva de la complejidad. Existe “un consenso bastante extendido de que se está produciendo una ‘revolución del saber’”<sup>20</sup>.

*En contraste con la realidad de un solo nivel y unidimensional del pensamiento clásico, la transdisciplinariedad reconoce la multidimensionalidad de la realidad. La lógica del tercero incluido que es capaz de describir la coherencia entre diferentes niveles de realidad, construyendo una estructura abierta de unidad que coincide con el teorema de la incompletud del matemático Kurt Gödel. La visión transdisciplinaria elimina la homogeneización, y reemplaza la reducción con un nuevo principio de realidad que emerge de la coexistencia de una pluralidad compleja y una unidad abierta. En lugar de una simple transferencia del modelo desde una rama del conocimiento a otra, la transdisciplinariedad toma en cuenta el flujo de información circulando entre varias ramas de conocimiento. La principal tarea es la elaboración de un nuevo lenguaje, de una nueva lógica, y de nuevos conceptos que permitan un diálogo genuino entre diferentes dominios. [...] La transdisciplinariedad no es una nueva disciplina, una herramienta teórica, o una superdisciplina. Es la ciencia y el arte de descubrir puentes entre diferentes objetos y áreas de conocimiento.*

*[...] Más aún, múltiples actores asociados están involucrados en la formulación de un problema desde un propio principio, aportando capacidades heterogéneas y especializaciones*

<sup>20</sup> ESPINA, op. cit., p. 23.

*diversas al proceso de resolución de problemas. Cuando se da una nueva distribución social del conocimiento, las fronteras organizacionales de control se diluyen y las subyacentes nociones de competencia son redefinidas<sup>21</sup>.*

Recogiendo todo lo anterior, las decisiones, con aportes de los peritajes, expresan que se ha atendido el llamado a la interdisciplinariedad, en cuanto cada disciplina ha aportado su saber: el juez o el defensor lo han concentrado en el análisis y han tomado disposiciones que si bien son autónomas del derecho, se apoyan en el saber especializado de la antropología o de otras disciplinas consultadas. Otro aspecto es la democratización de los fundamentos de los conocimientos o saberes interdisciplinarios.

## Propuestas novedosas

Rondan desde hace más de una década dos propuestas por parte de los intelectuales indígenas y sus organizaciones: un corpus codificado de conocimientos sobre cada uno de los derechos propios de los pueblos indígenas y un Tribunal Constitucional Pluriétnico y Multicultural.

Los embera chami, los awa, e incluso los arhuacos han intentado hacer estas descripciones intensas de lo que se hace en una sociedad para dar salida a los conflictos. Este experimento para hacer, o para tener un derecho escrito mirándose a sí mismos, ya ha dejado significativa huella en este campo no solamente en el plano internacional, sino en el nacional. El asunto de fondo es que esta sentida necesidad en algunos pueblos proviene de demandas externas de cooperantes o de instituciones como el Consejo de la Judicatura, que por razones diversas, imperialistas, colonialistas o de muy buena fe, creen que así se facilitan las relaciones ínterjurisdicciones, intertribunales. En las sociedades indígenas, el derecho, y con este la justicia, precisamente no funcionan como el derecho positivo como para que pueda aprehenderse más allá de lo estructural que sirve de guía al comportamiento

---

<sup>21</sup> THOMPSON, Julie. Capítulo II. Transdisciplinariedad: discurso, integración y evaluación. Trabajo presentado al 2do. Seminario Bienal Internacional de Complejidad, La Habana, 2004. [en línea]. Disponible en <<http://168.96.200.17/gsdll/cgi-bin/library?e=d-000-00---0bcvirt--00-0-0--0prompt-10---4-----0-0l-1-es-50---20-help---00031-001-1-0utfZz-8-00&cl=CL1.18&d=HASH0137efa5987414d833cac141&x=1>>, s/p.

y que, por lo tanto, traza restricciones a sus miembros. De este modo, por ser tan variable la aplicación del derecho a la situación específica de los casos, estos intentos terminan por ser una extensión vulgar que no es útil, ni dentro de la propia sociedad, ni afuera, más bien contribuye a eliminar las características de indeterminación que estos derechos propios tienen, para encasillarlos en un nuevo y destructor sistema de códigos<sup>22</sup>.

Por otro lado, Bolivia ya se adelantó formalmente con el Tribunal Constitucional Plurinacional. Se está en proceso de ponerlo a andar. De manera similar, en Colombia debería lograrse la presencia de autoridades indígenas en todas las instancias de la rama judicial que puedan participar frente a los casos en los que se ve envuelto su derecho propio.

### ¿Quedamos debiendo?

El peritaje en Colombia es gratuito. Ningún perito por solicitud de un juez o defensor ha sido pagado. Al contrario, muchas veces el perito debe apoyar económicamente la realización de la investigación en terreno si hubiera necesidad de realizarse. Personalmente, me siento cómoda con el hecho de que esta labor no se pague, pues me permite un alto grado de libertad con profunda responsabilidad. Apoyar la toma de decisiones de los jueces y defensores es apoyar no solamente un juicio enriquecido con otros saberes, como ya lo hemos expresado, sino la posibilidad de vivir en una sociedad un poco más plural y más justa.

---

<sup>22</sup> Véanse críticas de la autora en SÁNCHEZ, Esther. *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación-Instituto de Estudios del Ministerio Público/ Imprenta Nacional, 2004.



# Referencias bibliográficas

AÍSA, Diego. *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997.

ALBERT, Ethel. Valores, sistemas de. En: SILLS, David (dir.). *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*, tomo 10. Madrid: Aguilar, 1979.

ARENAS, Luis et ál. *El desafío del relativismo*. Madrid: Trotta, 1997.

BALLESTÍN, Susana. Lógica modal epistémica y estructuras de mundos posibles. En: Monografias.com, s/f. [en línea]. Disponible en <<http://www.monografias.com/trabajos35/logica-modal-epistemica/logica-modal-epistemica.shtml>>

BATESON, Gregory. *Pasos hacia una ecología de la mente. Una revolucionaria teoría hacia la autocomprensión del hombre*. Buenos Aires: Planeta/Carlos Lohlé, 1991.

BENÍTEZ, Hernán Darío. *Tratamiento jurídico-penal del indígena colombiano. ¿Imputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá: Temis, 1988.

BENÍTEZ, Hernán Darío. Jurisdicción especial indígena: implicaciones de su consagración constitucional. Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, Popayán, 1997.

BERNAL, Segundo. Aspectos de la cultura páez: medicina y magia entre los paeces. En: *Revista Colombiana de Antropología*, N° 3, (1954); Bogotá.

BIRULÉS, Fina. Relativismo e historia, la actualidad de la comprensión. En: ARENAS, Luis et ál. *El desafío del relativismo*. Madrid: Trotta, 1997.

BLUM-KULKA, Shoshana. Pragmática del discurso. En: Van Dijk, Teun et ál. *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000.

BOHANNAN, Paul. *Justice and Judgment among The Tiv*. Illinois: Waueland Prees, 1989.

BOTERO, Catalina. Los retos del juez constitucional en un Estado multicultural: el caso colombiano. En: GIRAUDO, Laura (coord.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BOURDIEU, Pierre. El oficio del sociólogo. Espacio social espacio simbólico. Introducción a una lectura japonesa de la distinción. Conferencia pronunciada en la Casa Franco-Japonesa, Tokio, 4 de octubre de 1989.

CALLA, Ricardo. *La perspectiva de la diversidad étnica en derechos humanos. Algunos aportes para una discusión urgente*. Costa Rica: Unidad de Investigaciones Aplicadas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002.

CAMPS, Victoria. *Ética, retórica y política*. Madrid: Alianza, 1988.

COLOMBIA. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Estudio de casos de protección a niños y niñas indígenas, fallados de acuerdo con las autoridades indígenas. s/d.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Estado derecho y luchas sociales*. Bogotá: ILSA, 1991.

DEVIS, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Víctor de Zavalía, 1981.

DOUGLAS, Mary. *¿Cómo piensan las instituciones?* Madrid: Alianza Universidad, 1986.

DREW, Paul y SORJONEN, Marja-Leena. Diálogo institucional. En: Van Dijk, Teun et ál. *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000.

DUMMET, Michael. *La verdad y otros enigmas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.

DURKHEIM, Emile. *Sociología*. Córdoba: Assandri, 1961.

ESPINA, Mayra. Complejidad y pensamiento social. En: *Complexus Revista de Complejidad, Ciencia y Estética*. Síntesis [en línea]. Disponible en <[http://www.sintesis.cl/cnexus\\_revista\\_2./articulo\\_2\\_Maira\\_%20](http://www.sintesis.cl/cnexus_revista_2./articulo_2_Maira_%20)>

FOSTER, George. *Antropología aplicada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2001.

GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme, 1977.

GALEANO, Eduardo. Puntos de vista. En: GALEANO, Eduardo. *Bocas del tiempo*. México: Siglo XXI, 2004.

GÁLVEZ, Aída Cecilia. Tradición y cambio en el Cabuyo. Una comunidad páez en Tierradentro. Popayán, 1982. Tesis. Universidad del Cauca.

GARCÍA, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes, 1993.

GAVIRIA, Carlos. Alcances, contenidos y limitaciones de la jurisdicción especial indígena. En: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: la jurisdicción especial indígena*. Bogotá: CRIC/Ministerio de Justicia y del Derecho/Dirección General de Asuntos Indígenas-Ministerio del Interior, 1997.

GEERTZ, Clifford. Géneros confusos: la refiguración del pensamiento social. En: REYNOSO, Carlos (ed.). *El surgimiento de la antropología posmoderna*. Barcelona: Gedisa, 1991 [1980], pp. 63-77.

GEERTZ, Clifford. *Anti-relativismo, en los usos de la diversidad*. Barcelona: Paidós, 1996.

GLUCKMAN, Max. *The Judicial Proces among the Barptse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press, 1955.

GONZÁLEZ, David. *Los paeces o genocidio y lucha indígenas en Colombia*. Medellín: Rueda Suelta, s/f.

GOYARD-FABRE, Simone. Del significado de algunos problemas jurídicos en la era democrática. En: *Ética y conflicto*. Bogotá: Uniandes/Tercer Mundo, 1995.

HAACK, Susan. *Filosofía de las lógicas*. Madrid: Cátedra, 1982.

HENMAN, Anthony. *Mama coca*. Bogotá: El Áncora/Oveja Negra, 1978.

HOEKEMA, André. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. En: *El Otro Derecho. Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial*. N° 26-27 (abr. 2002); Bogotá, ILSA.

MERRY, Sally y NEAL, Milner (eds.). *The Possibility of Popular Justice: a Case Study of Community Mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993.

MONSALVE, Alfonso. La verdad como problema del conocimiento científico. En: MONSALVE, Alfonso. *Teoría de la argumentación. Un trabajo sobre el pensamiento de Chaim Perelman y Lucía Olbrechts-Tytca*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1992.

MORIN, Edgar. La noción de sujeto. En: FRIED, Dora (ed.). *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad*. Buenos Aires: Paidós, 1995.

PÁRAMO, Guillermo. Contrafácticos y lógica deóntica de la acción. En: *Ideas y Valores*. N°. 68-69 (dic. 1985); pp. 71-116.

PEÑA, Jairo Iván. *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ECOE, 1994.

PEÑA, Jairo Iván. Prueba Judicial. Análisis y valoración. Bogotá. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.//Consejo Superior de la Judicatura/Universidad Nacional de Colombia, 2009.



PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos, 1994.

PIAGET, Jean. *El lenguaje y el pensamiento del niño*. Buenos Aires: Guadalupe, 1977.

PLANTIN, Christian. *La argumentación*. Madrid: Alianza, 1998.

POPPER, Karl. *Conocimiento objetivo: un enfoque evolucionista*. Madrid: Tecnos, 1974.

PORTELA, Hugo y GÓMEZ, Herinaldy. Territorio, cultura y *the'walas*. En: PINZÓN, Carlos; SUÁREZ, Rosa y GARAY, Gloria (eds.). *Cultura y salud en la construcción de las Américas*. Tomo I: *Reflexiones sobre el sujeto social*. Bogotá: CONCULTURA-CISP, 1993.

REICHEL-DOLMATOFF, Gerardo. *Desana: simbolismo de los indios tukanod del Vaupés*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1968.

SÁNCHEZ, Esther. Sistemas cognitivos de la alimentación páez. En: *Revista Palabra*. (1982); Universidad del Cauca, Popayán.

SÁNCHEZ, Esther. Antropología: ¿singularidad o sinergia? En: *La enseñanza de la antropología. Memorias del V Congreso Nacional de Antropología, Villa de Leyva, octubre de 1989*. Bogotá: ICAN/ Instituto Máximo de las Academias Colombianas. Patronato de Artes y Ciencias/Kelly, 1990.

SÁNCHEZ, Esther. Peritazgo antropológico, una forma de conocimiento. En: *El Otro Derecho*. Vol. 4, N° 12 (1992); Bogotá.

SÁNCHEZ, Esther. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales y Políticas "Gerardo Molina" (UNIJUS)/UNIBIBLOS, 1998.

SÁNCHEZ, Esther. La tutela como medio de transformación de las relaciones Estado-pueblos indígenas en Colombia. En: ASSIES, Willem; VAN DER HAAR, Gemma y

HOEKEMA, André (eds.). *El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. México: El Colegio de Michoacán, 1999.

SÁNCHEZ, Esther. *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación-Instituto de Estudios del Ministerio Público/Imprenta Nacional, 2004.

SÁNCHEZ, Esther. Melicio Cayapu Dagua está preso mi sargento: Estado de normas, Estado de rupturas. En: SÁNCHEZ, Esther. *Antropología jurídica en Colombia. Normas formales costumbres legales*. Bogotá: Antropos, 2004.

SÁNCHEZ, Esther. La jurisdicción especial indígena, nueva estrategia de la máquina de captura. En: GIRAUDO, Laura (coord.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

SÁNCHEZ, Esther. Pluralismo jurídico legal y oficial: ¿ficción persuasiva? Simposio de la OEI, Congreso Mundial de Filosofía. Medellín, 3 de julio de 2008.

SANFÉLIX, Vicente. Relativismo, identidad y sujeto. En: ARENAS, Luis, *El desafío del relativismo*. Madrid: Trotta, 1997.

SHANNON, Claude. The Mathematical Theory of Communication. En: *Bell System Technical Journal*, Vol. 27 (jul.-oct. 1948); p. 379-423.

SPERBER, Dan y HIRSCHFELD, Lawrence. Evolution, Cognition and Culture. En: WILSON, Robert y KEIL, Frank. *The MIT Encyclopedia of Cognitive Sciences*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1999.

THOMPSON, Julie. Capítulo II. Transdisciplinariedad: discurso, integración y evaluación. Trabajo presentado al 2do Seminario Bienal Internacional de Complejidad, La Habana, 2004. [en línea]. Disponible en <<http://168.96.200.17/gsd1/cgi-bin/library?e=d-000-00---0bcvirt--00-0-0--0prompt-10---4-----0-0l--1-es-50---20-help---00031-001-1-0utfZz-8-00&cl=CL1.18&d=HASH0137cfa5987414d833cac141&x=1>>

TUGENDHAT, Ernst. *El problema de la ética*. Barcelona: Crítica, 1988.

TWINING, William. *Law in Context: Enlarging a Discipline*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

VAN DIJK, Teun et ál. *El discurso como interacción social*. Barcelona: Gedisa, 2000.

VON FOERSTER, Heinz. *Las semillas de la cibernética*. Barcelona: Gedisa, 1991.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: UNAM/Crítica, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires: Editar, 1973.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 1979.



Este libro se terminó de imprimir  
en los talleres gráficos de  
ALVI IMPRESORES LTDA.  
Tels.: 250 1584 - 544 6825  
en el mes de julio de 2010.

Este libro es el resultado de una experiencia pionera en América Latina, como resultado de la aplicación de la Antropología Cultural al derecho. El Peritaje Antropológico como prueba judicial, ha permitido contribuir a pensar a las Autoridades Indígenas, a Jueces, Magistrados, Consejeros y Defensores, sobre los erróneos modos de relacionamiento que, tradicionalmente se impusieron a los indígenas en los tribunales y que, de manera edificante, han sufrido transformaciones con base en renovados conceptos y profundas transformaciones epistemológicas. Los numerosos casos de cada una de estas pruebas y los fallos, representan una enseñanza emblemática para exaltar que sí es posible en el Estado liberal un pluralismo jurídico de tipo igualitario.

Deutsche Gesellschaft für  
Technische Zusammenarbeit (GTZ)  
GmbH

Cooperación Técnica Alemana  
ProFis  
Carrera 13 No. 97-51, Oficina 302  
Bogotá D.C., Colombia  
Teléfono (+57)(+1)363 1114  
Fax (+57)(+1)635 1552  
co.profis@gtz.de  
www.profis.com.co

ISBN 958-8438-45-0



9 789588 438450