



¿La Regeneración en la Corte Constitucional? Colonialidad
del saber, Corte Constitucional y jurisdicción especial
indígena

Trabajo de Grado

Héctor Andrés Valero López

Tutora: Lina Fernanda Buchely Ibarra

Universidad Icesi

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Programa de Maestría en Derecho – Concentración en
Derecho Público

Cali

2014

Contenido

1. Introducción, planteamiento del problema y plan de trabajo. 3

1. La Diversidad cultural en Colombia. 9

2. La Regeneración (1880-1930)..... 10

3. El camino hacia 1991: movilizaciones y surgimiento del sujeto indígena..... 13

4. Contexto de la Constituyente. 14

5. ¿Y tanto cuento para qué?... 26

Conclusiones. La Regeneración: tan pasada y tan presente..... 28

Resumen:

En este trabajo, mediante algunos conceptos de la *decolonialidad*, se analizan algunas sentencias sobre los límites de la jurisdicción especial indígena en lo que respecta a sus propios asuntos (Art. 246 de la Constitución). Haciendo uso de los conceptos de colonialidad del ser y del saber, como ámbitos de la matriz colonial de poder, se contrasta el periodo de La Regeneración y la actual “Constitución multicultural” para sugerir algunas continuidades entre ambos momentos. Así, la intención de este documento es demostrar la permanente inferiorización del indígena, incluso en una Constitución que reivindica el valor de las comunidades étnicas.

“La geopolítica y la política corporal del conocimiento se ocultaron mediante su sublimación en un universal abstracto proveniente de Dios o de un yo trascendental”
(Mignolo, 2007: 41)

1. Introducción, planteamiento del problema y plan de trabajo.

Este artículo no es sobre interpretación constitucional ni sobre adjudicación constitucional (una buena introducción a este tema puede encontrarse en Gargarella, 2009). Tampoco es una línea jurisprudencial sobre cómo la Corte Constitucional (en adelante La Corte) ha respondido a las tensiones entre la jurisdicción ordinaria y la indígena. Por el contrario, el propósito de este escrito es hacer una reflexión a partir de la comparación entre dos momentos de la historia colombiana que parecieran ser muy diferentes, La Regeneración y el momento multicultural posterior a la Constitución de 1991, desde algunos conceptos formados en el grupo de la *decolonialidad*¹. Lo que se comparará entre estos dos momentos es la forma en que cada uno existe una inferiorización del sujeto indígena a través de la colonialidad del ser, en el primero, y colonialidad del saber, en el segundo. Con este ejercicio se pretende explicitar que, si bien existen diferencias entre La Regeneración y “la Constitución multicultural”, esas diferencias son de grado, pero no de naturaleza. La conclusión a la que se tratará de arribar es que el sujeto indígena aún se construye en términos de inferiorización o, al menos, en términos de no igualdad frente a la población *blanca*; lo anterior, muy a pesar del discurso que reivindica la diferencia étnica y cultural. Ahora bien, esto no debe leerse como un ataque a la Corte, sino más bien como una crítica a la forma en que el Derecho ha respondido a la diversidad étnica en Colombia.

Los referentes locales más cercanos a este trabajo son los trabajos de Daniel Bonilla en *La Constitución multicultural*, y el libro de Libardo Ariza, *Derecho, saber e identidad indígena*. En ese sentido, el presente documento se acerca a estos trabajos, pero también toma distancia. En su libro, Daniel Bonilla intenta evaluar de manera crítica tanto la teoría política contemporánea sobre el multiculturalismo, como las sentencias de la Corte Constitucional que se refieren al mismo tema. Para ello, el autor clasifica las distintas sentencias de la Corte Constitucional en ciertas tipologías que reflejan, de algún modo, las mismas limitaciones de la filosofía política sobre el multiculturalismo: reconocer solamente a aquellas comunidades liberales, sin poderlo hacer respecto las comunidades que rechazan los postulados del liberalismo. Por su parte, Libardo Ariza intenta mostrar, a través de un análisis histórico y genealógico, que la construcción de la identidad indígena es un producto social, jurídico y político que responde a ciertas necesidades contingentes. Él hace un recorrido histórico desde la colonia hasta nuestros días y nos deja ver cómo lo que se ha conocido (y actualmente se conoce) como *sujeto* jurídico indígena es una producción discursiva que responde a ciertos intereses muy puntuales.

El presente artículo, entonces, toma prestado de la investigación de Bonilla su trabajo con las sentencias de la Corte Constitucional y, en cierta manera, su crítica a la imposibilidad de esta institución de acercarse adecuadamente a la diferencia cultural. Por otro lado, del trabajo de Ariza toma prestado el análisis del discurso jurídico que nombra y caracteriza al sujeto indígena, así

¹ Como se verá más adelante, la decolonialidad es una postura cuya apuesta fuerte es una relectura de la modernidad, vinculándola con procesos de inferiorización, jerarquización y normalización, no solamente entre personas o lugares, sino de personas.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

como la visión del derecho como productor de subjetividades y realidades. Si de Bonilla se toma su trabajo crítico con las sentencias de la Corte Constitucional, de Ariza se toma su análisis histórico y de discurso que permite explicitar cómo el derecho, en una imbricación con discursos y saberes que le dan forma, constituye realidades. Esto permite hacer una combinación de ambas metodologías, y analizar discursivamente de la Corte Constitucional. En otras palabras, lo que se intenta aquí es usar la técnica del análisis del precedente² para poder analizar el discurso de la Corte Constitucional.

Ahora bien, la diferencia fundamental con estos dos trabajos es el cuerpo teórico que aquí se usa para aproximarse al objeto de estudio. La teoría decolonial permite llevar más lejos la crítica de Daniel Bonilla o, incluso, leer sus cinco criterios para tratar la diversidad cultural en esa misma clave, e intentar mostrarlos como igualmente entrampados en la modernidad/colonialidad. Asimismo, permite tomar las consideraciones de Ariza, principalmente la que se refiere al carácter contingente de la identidad indígena y su construcción por parte del discurso jurídico, y llevarlas al corazón mismo del constitucionalismo colombiano y mostrar las implicaciones del discurso jurídico actual.

Se escogieron estos dos momentos en cuanto ambos representan formas que, en principio, pudieran ser muy diferentes para aproximarse a la diversidad y porque ambos fueron momentos “fundacionales” de la nación colombiana (Ariza, 2009: 19). Este repaso será muy breve por dos razones. Primero, porque ambos periodos ya han sido copiosamente estudiados y, segundo, lo que se trata de hacer es extraer una conclusión que ya ha sido sacada a relucir por autores que no pertenecen al grupo *decolonial* (Ariza, 2009 o Wills, 2000). En otras palabras, lo que se tratará de hacer cuando se analice a La Regeneración será leer desde una perspectiva distinta unas premisas ya muy trabajadas: que en ese periodo de tiempo, los indígenas no eran vistos con el mismo *status* de personas.

En lo que respecta a la forma en que la Corte ha respondido al problema de la diversidad, se describirá un escenario constitucional³ compuesto, de una parte, por la comunidad indígena titular del derecho a tener una jurisdicción de acuerdo a sus usos y costumbres (artículo 246 constitucional) y, por la otra, un sujeto individual perteneciente a la comunidad indígena que alega la violación de algún derecho fundamental como consecuencia de la sanción impuesta por la comunidad en ejercicio de tal jurisdicción. Se debe aclarar que este ejercicio no equivale a una línea jurisprudencial, pues lo que se pretende no es la construcción de una “*teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes*” (López, 2006: 139-140), sino extraer algunos elementos en común de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que son útiles para evaluar la relación con la diversidad étnica. Por lo anterior, es innecesario hacer una reconstrucción narrativa que relacione todos los pronunciamientos judiciales sobre este problema jurídico porque, a efectos del propósito de este trabajo, tanto la construcción completa de una línea jurisprudencial como la pequeña muestra trabajada en este ensayo vendrán a mostrarnos lo mismo: que, tal como están las cosas, lo que se presupone cuando un juez constitucional invalida una decisión de una autoridad indígena es una inferiorización del

² Cuyo expositor más reconocido es Diego López con su libro *El derecho de los jueces*.

³ Un escenario constitucional es “*el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos), en el que la Corte ha especificado, mediante sub-reglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto*” (López, 2006: 148)

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

ser y del *saber* indígena. Así las cosas, lo que se hará en este trabajo será analizar sentencias de un momento temprano de la Constitución⁴, de un momento intermedio⁵ y de un momento reciente⁶ con el fin de evidenciar la forma en que la Corte ha respondido la siguiente pregunta: ¿cuáles son los límites que tienen las autoridades indígenas a la hora de sancionar una falta cometida dentro de su territorio?⁷ La respuesta de esta pregunta, leída desde una postura decolonial, permitirá exponer cómo, actualmente, lo que se supone es una inferiorización del saber indígena, que opera a través del recurso de los derechos fundamentales. Al final del documento se concluirá que para superar las críticas que se plasman en este documento, es necesario pensar las relaciones entre las dos jurisdicciones desde una perspectiva *intercultural* y, necesariamente, *decolonial*.

Se escogió analizar sentencias de la Corte Constitucional en la medida en que ha sido la institución estatal que más detalladamente ha desarrollado un “estatuto indígena”. Por ejemplo, el Congreso no ha desarrollado la ley de coordinación entre las jurisdicciones ordinaria e indígena mandada por el Art. 246 de la Constitución, o la consulta previa, ni ha tramitado exitosamente ningún proyecto de ley que se pudiera pensar como fundamental para la defensa de los derechos de las comunidades indígenas. Por el lado del Gobierno, lo más importante que ha hecho es firmar el Convenio 169 de la OIT (sobre pueblos indígenas y trabajos). Por el contrario, las masacres en contra de estas poblaciones perpetradas por miembros de las Fuerzas Militares (o auspiciados por estos), son tristemente conocidas⁸. Esta elección no debe leerse, entonces, necesariamente como una postura personal dentro del debate de las fuentes del derecho y la obligatoriedad del precedente judicial⁹. Por el contrario, y como se acaba de mencionar, esta elección se debió a una razón un poco más sencilla, y es que ha sido la Corte Constitucional la única institución estatal que se ha encargado, de manera más o menos sistemática, de resolver cuestiones indígenas o de multiculturalismo. Es así que si existiera la ley de coordinación entre jurisdicciones¹⁰, el análisis propuesto también debería recaer sobre ese cuerpo normativo. Así pues, se tomó a la Corte Constitucional como la *mejor cara* estatal frente a la cuestión multicultural.

En relación con lo anterior, es necesario aclarar cómo es que estos dos momentos son comparables. En efecto, se podría objetar que estos dos momentos no son comparables puesto que, mientras que el discurso analizado en La Regeneración es el expresado básicamente en materiales legales, el discurso del régimen multicultural actual es expresado en las sentencias de la Corte Constitucional¹¹. A ello, lo que se responde es que en este documento lo que importa es el lugar que el derecho (sea legislado o jurisprudencial) le asigna al sujeto indígena. Lo que importa aquí no es si las sentencias (o parte de ellas) obligan a jueces posteriores que decidan casos similares o a otras autoridades; lo significativo es que “*nuestra idea sobre lo indígena es en gran medida*

⁴ Estas sentencias son las estudiadas por Daniel Bonilla (2006) y que son las que marcaron precedente y cuyas sub-reglas son reiteradas en las sentencias posteriores. Son las sentencias de tutela 254 de 1994, 349 de 1996 y la Sentencia de Unificación 510 de 1998.

⁵ Las sentencias de tutela número 048 de 2002, 1127 de 2001 y 811 de 2004.

⁶ Estas sentencias son la T-514 de 2009 y la T-617 de 2010.

⁷ Esta pregunta se puede formular prescriptivamente como: ¿qué criterios deben seguir las autoridades indígenas a la hora de sancionar las faltas cometidas en sus territorios, a la luz de la habilitación hecha por el Art. 246 de la Constitución?

⁸ Sólo el ejemplo de la Masacre del Nilo es desgarrador (El Espectador, 2011).

⁹ Sobre este tema en particular, puede leerse a López (2006) o Bernal (2003).

¹⁰ Mandada por el Art. 246 de la Constitución.

¹¹ Aquí volvemos al debate actual sobre si precedente judicial es obligatorio o, si por el contrario, lo obligatorio son las disposiciones constitucionales y legales. Este debate no se resuelve en este documento ni, como ya se anotó, implica una decisión sobre la cuestión.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

*el resultado de la difusión de un tipo de discurso, también jurídico, que se convierte en hegemónico y dominante (...) El derecho afirma la existencia o inexistencia de las personas indígenas, las pronuncia o las guarda para sí” (Ariza, 2009: 16 y 17). Es así que, independientemente de cómo se resuelva el debate sobre la obligatoriedad del precedente, lo que importa destacar acá es cómo la identidad del indígena se construye en una suerte de discursos, de los cuales el jurídico es uno de ellos. En últimas, si ambos momentos pueden ser jurídicamente comparables es, en buena medida, porque en cada uno el derecho construyó al sujeto indígena, lo caracterizó, lo encarnó en una corporeidad específica. Son esos efectos jurídico/discursivos los que expresan, a una mirada atenta decolonial, cuál es el *status* del indígena.*

Ahora bien, y para finalizar este apartado, el objeto principal de este artículo no es un estudio sobre la subjetividad del indígena, aunque se sirva de consideraciones que apelan a este tema. Hacer visible el carácter constructivo/identitario del derecho es sólo el primer paso para poder capturar las implicaciones de esa construcción misma. Una vez el derecho construye la identidad, la ubica en un *lugar* de humanidad, nombra al sujeto *como* humano. Lo que se expondrá es que el *lugar* de ese *otro* que se construye es definido en contraposición con el lugar del que construye. El punto de este artículo no es cómo se ha construido la identidad indígena¹². Este documento lo que hace es evidenciar un *escenario constitucional* como un *escenario de inferiorización* de saberes o como un escenario donde la colonialidad del saber opera.

Marco teórico:

Desde hace algo más de una década se ha venido formando un grupo intelectual que propone problematizar la experiencia de la modernidad desde el punto de vista del subalterno o ser colonizado (Restrepo y Rojas 2010:14). Estas reflexiones se conocen con la denominación de la *decolonialidad* y algunos de sus más importantes expositores son Walter Mignolo, Santiago Castro-Gomez, Katherine Walsh, entre otros. Dentro de este grupo se han construido algunos conceptos que serán centrales en el desarrollo de este artículo: modernidad/colonialidad, matriz colonial de poder, colonialidad y del ser y del saber, diferencia colonial e interculturalidad.

La modernidad es generalmente descrita como un proyecto emancipador que se inicia con la Ilustración o la revolución industria, y en el cual la razón vendría a ser el criterio de acción y de corrección. Gracias a la razón, la humanidad se desataría del misticismo y encontraría las verdades que gobiernan al mundo y, con éstas, la igualdad y la libertad (García, Jaramillo y Restrepo, 2005: 11). El primer paso del movimiento decolonial es relacionar la modernidad y la colonialidad como fenómenos mutuamente constitutivos. Así pues, si se puede hablar de una experiencia moderna es porque necesariamente existe una que *no* lo es. En este punto es necesario resaltar que una cosa es el colonialismo, entendido como un periodo histórico en el cual unas potencias europeas ejercieron un poder político y militar directo sobre sus colonias con fines extractivos y, otra muy distinta (más amplia y más potente), es la colonialidad: aquel patrón de poder que naturaliza y reproduce relaciones jerárquicas entre saberes, autoridades, poblaciones y territorios (Mignolo, 2007:33; Maldonado-Torres, 2007: 131). Aunque con el colonialismo también nació la colonialidad (y la modernidad en Europa), esta última no finalizó con la extinción del dominio político y militar directo desde las metrópolis europeas sobre las colonias americanas y africanas.

¹² Esta cuestión es precisamente la que expone Ariza en su libro *Derecho, saber e identidad indígena*.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

Las relaciones de control se difuminaron y, en la aparente descolonización, pervivieron en la normalización de las jerarquías entre las personas, los territorios y los saberes. Es así que el movimiento decolonial se acerca a la modernidad desde la experiencia de aquellas personas que son inferiorizadas por *no* ser modernas, es decir, inferiores. La normalización y jerarquización se hace en estrecha relación con las ideas de raza¹³ y de racismo, entendido como

Un discurso hegemónico que pone en cuestión la humanidad de todos los que no pertenecen al mismo locus de enunciación (y a la misma geopolítica del conocimiento) de quienes crean los parámetros de clasificación y se otorgan a sí mismos el derecho a clasificar (Mignolo, 2007: 34)

La lógica jerárquica entre el centro occidental y las periferias comienza con la acuñación de la idea de que existen diferencias entre las personas. El “descubrimiento de América” es fundamental porque, como lo dice Todorov (2007), con el descubrimiento de esos “otros” también se descubrió el ser *del que “descubre”*. En ese encuentro, y gracias a la discusión de si los indígenas tienen alma, la mirada de los europeos comienza una senda de distinción y clasificación, en la cual el criterio “corrección”¹⁴ eran ellos mismos. La clasificación de Las Casas (Mignolo, 2007) es bien ilustrativa en este punto. En su discusión con Juan Ginés de Sepúlveda, Bartolomé de las Casas propuso una clasificación de bárbaros en la cual el criterio para definir lo bárbaro era la proximidad con la religión cristiana, la locución latina, la benignidad, entre otros caracteres que eran claramente europeos. Es así que el “criterio de corrección” del ser se definía en términos netamente desde una de las partes. Así pues, la colonialidad es un entramado de discursos que normalizan las jerarquías impuestas en el marco del colonialismo, pero que se han perpetuado una vez este último ha finalizado. La colonialidad mantiene la superioridad europea/occidental a través de la naturalización de ciertas prácticas, saberes y discursos.

Autores como Mignolo (2007: 36), Maldonado Torres (2000) o Anibal Quijano (2000), afirman que la colonialidad (o matriz colonial de poder) opera en cuatro ámbitos: el económico, el político, el social y el epistémico/subjetividad. La naturalización del control económico se refiere a la apropiación de las tierras y los recursos naturales; el político se concreta en todos aquellos recursos que deslegitiman la autoridad en la periferia y la localizan en el centro-occidente; el tercer ámbito denota el control sobre la sexualidad y los roles de género en la periferia, mientras que el cuarto indica las formas “correctas” de conocer y construir conocimiento, así como las formas en las que se existe y en las que no se existe¹⁵. Este artículo se centrará en este último ámbito de la matriz colonial de poder, en la medida en que la hipótesis del mismo es que, a pesar de la Constitución de 1991 y sus derechos étnicos y colectivos, la dominación colonial sigue intacta en tanto que su funcionamiento se desplazó desde la colonialidad del ser a la colonialidad del saber¹⁶.

¹³ Entendido como la posesión de ciertos rasgos físicos, pero que posteriormente se amplía hasta incluir todos aquellos caracteres que diferencian a las personas del *locus de enunciación* Occidental/europeo de todas aquellas personas que se ubican en la periferia. Este concepto, como el de *racismo*, serán detallados en un momento posterior del documento.

¹⁴ Y se dice criterio de *corrección* haciendo explícito que con la misma clasificación se deja entrever que lo que está en juego es la humanidad o el ser humano de forma correcta. En la medida en que la persona sea blanca, cristiana, etc. la persona no es un bárbaro, otro, y se incorpora al *nosotros* moderno.

¹⁵ Maldonado-Torres (2007), por ejemplo hace una crítica sobre la fórmula cartesiana de “pienso, luego existo” en el sentido de hacer visible que esta fórmula deja abierta de no ser o no pensar: “otros no piensan, luego no son” (145).

¹⁶ Ello no significa que pueda existir un límite claro entre un ámbito y otro, como tampoco puede significar que cada uno opera de forma independiente. Por el contrario, están ampliamente relacionados, en cuanto legitiman una forma de control centro-

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

Es necesario visibilizar la especificidad de los conocimientos, y para ello los conceptos de *geopolítica del conocimiento* y *política corporal del conocimiento* resultan de utilidad. Según Mignolo (2007: 34-35): “*La geopolítica del conocimiento (cimientos históricos locales del conocimiento) va de la mano de la política corporal del conocimiento, es decir, la base biográfica individual y colectiva del conocimiento*”. Podemos afirmar, entonces, que la geopolítica del conocimiento, entendida como esos cimientos históricos y locales de un conocimiento, y la política corporal del conocimiento hacen explícito que todo saber tiene un sitio, un *locus*, desde el que se enuncia; todo conocimiento tiene un lugar específico desde donde *nace*, una historia que le da forma, una perspectiva desde el cual es inteligible. Sólo así se entiende cómo ciertos saberes, y sus lugares de enunciación, son inferiorizados: “*La geopolítica del conocimiento muestra cómo ha operado la periferización de unos lugares y la centralización de otros*” (Restrepo y Rojas: 2010: 140). Esto nos conduce a la *diferencia colonial* y a la colonialidad del saber, conceptos que hacen referencia a la desigualdad de poder en cuanto a la “apropiación” del conocimiento. Una vez que un saber se impone (y margina a otros), aquellas personas cuyas raíces históricas no corresponden al saber hegemónico deben adoptarlo sin importar que sus bases biográficas sean ajenas a dicho saber. En otras palabras, alguien tiene que adoptar un saber ajeno (y las raíces que le dan forma) y alguien no: “*La diferencia radica en que un intelectual indígena tiene la obligación de conocer a Kant y a Guaman Poma; en cambio, un intelectual alemán puede pasar por alto a Guaman Poma y solucionar el problema de los derechos para todos y para siempre solo con Kant y Hegel*” (Mignolo, 2007:138)¹⁷.

En esta esfera se asume una postura que normaliza la forma de conocer y se da por sentado una perspectiva de conocimiento. Se asume que los principios mediante los cuales se construye conocimiento son universales, por lo que se admiten distintas interpretaciones sobre el mismo, pero no se admite la discusión de los principios epistémicos. Por lo tanto, la diferencia colonial y la colonialidad del saber apuntan a una misma dirección en cuanto a que:

con la noción de colonialidad del saber se pretende resaltar la dimensión epistémica de la colonialidad del poder; se refiere al efecto de subalternización, folclorización o invisibilización de una multiplicidad de conocimientos que no responden a las modalidades de producción de ‘conocimiento occidental’ asociadas a la ciencia convencional y al discurso experto (...) La colonialidad del saber supondría una especie de arrogancia epistémica por quienes se imaginan modernos y consideran poseedores de los medios más adecuados (o incluso los únicos) de acceso a la verdad (Restrepo y Rojas, 2010: 136-137)

Además de lo anterior, es importante resaltar que la colonialidad también se expresa cuando impone unas formas de *ser* un ser humano (colonialidad del ser). Así como la colonialidad del saber se apropia de una forma de conocer e invisibiliza o folcloriza las que no corresponden a dichos cánones, la colonialidad del ser hace lo propio sobre el carácter de humano de las personas, es decir, pone en cuestión la humanidad de los colonizados o subalternos. De ahí que

periferia. Lo que quiero decir en este punto es que, a pesar de la relación entre las distintas esferas en las que opera la matriz colonial, considero que el escenario constitucional “multicultural” hace más difícil que el Derecho cuestione la humanidad del indígena, pero sí le permite cuestionar su saber e imponer el propio occidental.

¹⁷ La diferencia colonial, no obstante, también se refiere a los otros ámbitos en los que la colonialidad trabaja. Esta diferencia viene a marcar la desigualdad entre occidentales y subalternos en relación con el control del territorio, el control de su autoridad, el género, etc. La diferencia colonial captura esa experiencia de tener que plegarse a los mandatos externos occidentales.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

Maldonado-Torres (2007: 150) indique que: “*La invisibilidad y la deshumanización son las expresiones primarias de la colonialidad del ser*” y más adelante precise que esta forma de colonialidad se refiere

A la violación del sentido de la alteridad humana, hasta el punto donde el alter-ego queda transformado en sub-alter. Tal realidad, que acontece con regularidad en situaciones de guerra, es transformada en un asunto ordinario a través de la idea de raza, que juega un rol crucial en la naturalización de la no-ética de la guerra a través de las prácticas de colonialismo y esclavitud racial

Así, vemos cómo la normalización se reitera en un frente distinto, y en esta ocasión lo que se trivializa es la propia condición de ser humano. Si en la colonialidad del saber lo que se ponía en cuestión era el saber de los grupos colonizados o subalternos, en la colonialidad del ser lo que se pone en duda es su condición humana a través del recurso de las diferencias raciales y la jerarquización racista que se hace en función de ellas.

Con lo anterior, es posible entonces proseguir en la agenda de este documento y mostrar cómo la matriz colonial de poder se mantiene vigente en el régimen “multicultural”, muy a pesar de las fuertes reivindicaciones étnicas que se hacen en el cuerpo constitucional y en las sentencias de la Corte Constitucional. Luego de una breve descripción de la diversidad cultural en Colombia, se tratará de evidenciar la forma en que la matriz colonial se mantiene tan vigente en la actualidad, como lo estuvo en La Regeneración. Ello en cuanto a que, dada la imposibilidad de cuestionar la humanidad del indígena, lo que opera es el cuestionamiento del saber indígena a través de la anulación de las decisiones jurisdiccionales de sus autoridades y la imposición de un Derecho que es ajeno a sus raíces históricas, tanto grupales como individuales. La diferencia colonial sigue, al igual que la Constitución, muy vigente.

1. La Diversidad cultural en Colombia.

Colombia no es un Estado cuya población sea culturalmente homogénea. Según el Censo General de 2005, el 3,43% de la población se identifica con algún grupo étnico¹⁸, mientras que el 10,62% se adscriben como afrocolombianos. Esto implica que más de un millón de personas se consideran, en algún sentido, distintas al resto de los ciudadanos. Enfocándonos en la población indígena, esta diversidad ha generado algunas tensiones, las cuales han sido caracterizadas por Daniel Bonilla de la siguiente forma (Bonilla, 2006: 32 y 140-141): la primera se concreta entre el reconocimiento y amparo constitucional de los distintos principios morales y culturales que puedan sostener los grupos étnicos, por un lado, frente a una declaración de derechos de corte liberal, por el otro; la segunda tensión se origina por el reconocimiento de Colombia como un Estado unitario frente al reconocimiento de autonomía de las comunidades indígenas en su territorio. Estas tensiones han generado numerosos choques entre la sociedad mayoritaria y los grupos indígenas. Por ejemplo, la Corte Constitucional se ha visto obligada a resolver diferencias tan dramáticas como la de los U’wa y la compañía petrolera OXY¹⁹, el conflicto de los Nukak

¹⁸ <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso2005nacional.pdf> Pág. 130

¹⁹ Este litigio se inició cuando el gobierno permitió a la OXY la exploración y extracción de petróleo en territorios tradicionales, los U’wa se opusieron enérgicamente a esta medida y aparte de hacer uso de recursos legales como la tutela en la jurisdicción constitucional y la acción de nulidad en la administrativa, llegaron a plantear la idea de un suicidio colectivo.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

Makus²⁰ o de los gemelos U´wa²¹. Estos ejemplos indican que, en ocasiones, las comunidades indígenas y el resto de la población pueden atender a un mismo problema de maneras antagónicas.

Teniendo en mente esta diversidad, se pretenderá dar un vistazo a cómo la misma era pensada en la Regeneración y en el actual *multicultural* posterior a 1991. Ello nos permitirá hacer, no solamente un contraste entre los imaginarios sobre lo indígena, sino también rastrear continuidades entre la Regeneración y nuestros días.

2. La Regeneración (1880-1930).

La Regeneración empieza aproximadamente en el año 1880 (Henderson 2006: 18 y 262 y 1985: 128) cuando, a raíz de varios factores como la crisis económica derivada principalmente del precio la quina, la devaluación del oro, las guerras civiles, la inestabilidad política producto de crisis y el fracaso de los planes liberales, el país se sumió en un profundo trance que dio por resultado la revisión de los ideales liberales y la instauración de un régimen conservador, centralizado y católico.

Es así que

“La Regeneración supone una revisión de la subjetividad criolla y de sus referentes más próximos: España y los indígenas. En esta evaluación crítica de los componentes de la subjetividad colombiana se reinterpreta la Conquista y se resalta el legado español. Lo indígena es expulsado de la subjetividad criolla; es el componente negativo que propicia la decadencia, la degeneración del ser” (Ariza: 2009: 182).

De lo anterior se debe resaltar que en este periodo el proyecto de Estado-nación se construyó alrededor del rescate del legado español, la centralización de la religión católica y la idea del progreso por medio de la unicidad racial y el *blanqueamiento*²². Como lo dice Maria Ema Wills *“el orden se concibió como únicamente compatible con la homogeneidad y con el respeto a una jerarquía social fundada en rígidas fronteras de clase y en el desprecio por ‘razas inferiores’”* (2000: 390). La diversidad era vista entonces como una desventaja para *progresar*²³ y por ello se consideraba que las relaciones con los indígenas deberían estar orientadas a *civilizarlos* y conquistar sus riquezas.²⁴ Los *indios* eran vistos como estorbos que impedían el uso racional de los recursos que tan ingentemente poseían y

²⁰ Este caso se origina con la práctica de los Nukak Macus, que como grupo nómada, de abandonar en la selva a los miembros de la comunidad que no tengan las fuerzas para continuar o impidan al grupo su normal desenvolvimiento, tales como ancianos o enfermos.

²¹ Los U´was consideran que los gemelos son una expresión del mal, por ende cuando en un parto nacen gemelos esta comunidad decide dejarlos a su suerte en la selva.

²² Traer extranjeros para *mejorar la raza nacional* al convertirla en una sola, luego de varios *cruces* que progresivamente nos alejen de nuestras pesadas e indeseables cargas hereditarias (Gómez: 1970: 47 y 48).

²³ Así pueden entenderse las palabras de Sergio Arboleda cuando dice *“La variedad de razas en una sociedad es un peligro permanente de antagonismos y discordias. Es preciso tratarlas bajo el pie de perfecta igualdad y hacer que esta igualdad sea efectiva, ora promoviendo la educación, instrucción y mejora de las más atrasadas; ora fomentando por medios indirectos la traslación de la raza que superabunde en unas comarcas del país a aquellas en que sea más escasa para refundirlas; y ora, en fin, procurando, por medios suaves, que se establezcan entre las diversas razas vínculos de sangre y de interés”* (Arboleda: 1972: 285).

²⁴ Es por esto que Rafael Uribe Uribe escribía al Presidente de la República, al Presidente del Congreso y a las demás altas autoridades nacionales *“Colombia: casi toda la circunferencia está en el poder del salvaje, que posee también las regiones más fértiles (...) de manera que en la mayor porción del suelo patrio no pueden establecerse familias nacionales o extranjeras sin exponerse a los ataques de los bárbaros (...) de donde se deduce que domesticarlos (...) equivale a verificar la conquista de un territorio casi del tamaño de Europa y con certeza más rico”* (Rafael Uribe Uribe citado por: Vasco: 2002: 130)

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

que usaban tan descuidadamente.²⁵ El discurso de la Regeneración introdujo la idea de que la clave del progreso nacional estaba en *blanquear* y *civilizar* a la población indígena.

Siguiendo esta forma de pensar, durante la última década de 1800 se cristalizaron dos normas que son importantes para dar cuenta del lugar asignado al sujeto indígena dentro de la sociedad: la Constitución de 1886 y la Ley 89 de 1890. La primera porque da cuenta de la centralidad de la religión católica²⁶ y la segunda porque es la herramienta mediante la cual “*se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*”. Esta ley tiene tres efectos importantes sobre los indígenas: primero, estatuye un régimen de excepcionalidad sobre los indígenas al agruparlos en Resguardos bajo la autoridad del Cabildo y abstrayéndolos de la vigencia de la ley nacional al someterlos a un régimen especial estatuido por la iglesia; segundo, los asemeja a menores de edad²⁷ y, tercero, hace una gradación en términos de su nivel de civilización (Ariza, 2009). Puede decirse, entonces, que en este periodo se trató de generar cohesión y unión a través de la uniformidad, siendo necesario que todo lo no-uniforme sea transformado o expulsado del orden social. En términos de Wills: “*el régimen no se basó en el reconocimiento de la diversidad de razas y etnias que poblaban el territorio colombiano, con sus creencias, lenguas y costumbres, sino en el intento consciente de borrar las singularidades*” (2000: 393). Desde esta perspectiva, en La Regeneración los indígenas eran signados con una condición de inferioridad.

Así, es posible ver el funcionamiento de la colonialidad a través de la idea de raza y a través del racismo, en la medida en que la posesión de ciertos rasgos físicos (como el color de piel) se volvió determinante para clasificar a las personas. La cuestión es que, como puede observarse, la clasificación implicaba el cuestionamiento de la humanidad de los indígenas y, de esta manera, la clasificación racial se torna *racista*. Así se visibiliza cómo la colonialidad (el discurso normalizador de jerarquías) se explaya no sólo en el control del territorio, sino también en el control del ser. Los indígenas no sólo eran inferiorizados con el ánimo de controlar sus tierras (dominio territorial), sino que al mismo tiempo eran dominados en su calidad de seres. La raza y el racismo, a través de los discursos de blanqueamiento, normalizaron tanto la explotación territorial como la deshumanización de las poblaciones indígenas. En palabras de Anibal Quijano (2000b):

América se constituyó como el primer espacio/tiempo de un nuevo patrón de poder de vocación mundial y, de ese modo y por eso, como la primera identidad de la modernidad. Dos procesos históricos convergieron y se asociaron en la producción de dicho

²⁵ En la misma misiva Uribe afirmó: “*Evidentemente el hecho de la existencia de estos 300.000 bárbaros dominando la mayor parte del territorio colombiano, donde no puede penetrar la civilización, por el obstáculo que le oponen estos miles de salvajes, muchos de ellos agueridos u que no entienden nuestra lengua (...), es un embarazo para el progreso y un peligro que crecerá en razón directa con la multiplicidad de los indios*” (Ibidem). Otro ejemplo de este discurso es lo pronunciado por el senador Guillermo Valencia en donde dijo “*Es urgente la asimilación de aquellos grupos, su inserción en nuestra vida orgánica. Es menester acabar con aquellas costumbres ancestrales que paralizan en ellos toda iniciativa, que los llevan a borrar en sus hijos hasta las huellas de civilización que penosamente les imprimen en almas y cuerpos. (...), La República se sorprenderá cuando sepa de que es dueña de las mejores tierras del macizo andino, sobre todo en la Cordillera Central. Minas de oro, fuentes saladas, caleras, bosques preciosísimos, mantenidos hoy bajo siete llaves por quienes son incapaces de beneficiarlos y que se abrirán francos a la competencia nacional*” (Valencia: 1924:8-10).

²⁶ Es importante señalar al catolicismo como uno de los elementos esenciales del régimen de la Regeneración ya que como lo plantea María Emma Wills (2000: 396) “*la Constitución de 1886, con su definición de nación católica, inspiró la imposición en el campo cultural de reglas de juego y de dispositivos pertenecientes más al antiguo régimen que a una modernidad democrática*”.

²⁷ El artículo 40 de esta Ley dice “*los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de los menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintiún años; debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obtenido el permiso, la venta se hará en pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial*”

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

espacio/tiempo y se establecieron como los dos ejes fundamentales del nuevo patrón de poder. De una parte, la codificación de las diferencias entre conquistadores y conquistados en la idea de raza, es decir, una supuesta diferente estructura biológica que ubicaba a los unos en situación natural de inferioridad respecto de los otros. Esa idea fue asumida por los conquistadores como el principal elemento constitutivo, fundante, de las relaciones de dominación que la conquista imponía. Sobre esa base, en consecuencia, fue clasificada la población de América, y del mundo después, en dicho nuevo patrón de poder. De otra parte, la articulación de todas las formas históricas de control del trabajo, de sus recursos y de sus productos, en torno del capital y del mercado mundial.

Así pues, y a pesar de que la Regeneración es un fenómeno posterior a la independencia, es claro cómo la colonialidad continuó, una vez el colonialismo fue superado²⁸, mediante el recurso a la idea de *raza* y una clasificación en términos de la misma donde los peores lugares estaban asignados a los indígenas y a las poblaciones negras, mientras que las mejores se aseguraban a los criollos de élites, quienes emulaban a los europeos. Los discursos, especialmente el de Uribe Uribe que se cita arriba, confirman cómo se intrincó la clasificación racial y la necesidad de controlar el territorio indígena, en una relación en la que el *blanco* no solamente se guarda para sí la deshumanización del indígena, sino que también controla los criterios con los que se nombra lo *humano*. Raza y control del trabajo, por lo tanto, dan cuenta de un proceso en el que unilateralmente se deshumaniza al otro y se controla su *ser*. Esta es pues una forma en la que operó la colonialidad del ser, entendida como el control de la humanidad del otro. Igualmente, se muestran las relaciones entre las distintas facetas de la matriz colonial de poder, pues se forma un triángulo cuya punta superior es la idea de raza y racismo, y de ahí se desciende a dos formas de control específicas. En una esquina se concreta el control del territorio y sus riquezas, y en el otro lado el control sobre la humanidad del indígena. En este segundo punto es que pueden leerse los dos primeros artículos de la Ley 89 de 1890:

Artículo 1º. La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas.

Artículo 2º. Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de Resguardos. En tal virtud se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación.

Estos dos artículos dejan ver cómo se establece una clasificación racial que juega con la humanidad indígena. En primer lugar, se distingue entre los salvajes que ya se redujeron a la vida civilizada y aquellos que siguen en plena barbarie; con ello se toma la posesión de ciertos caracteres como pruebas de pertenencia a un grupo o a otro. Esta clasificación además de ser racial, es racista en cuanto deshumaniza a aquellos que no se han civilizado, abstrayéndolos de la vigencia regular de las leyes y sometiénolos a un régimen que los asemeja a menores de edad (Art. 40). Por ello, este trato a los indígenas responde fuertemente a la colonialidad del ser, en la

²⁸ Esta es una muestra de la distinción entre el colonialismo y la colonialidad. Mientras el poder militar formal de la metrópoli terminó con la declaración de Independencia, la matriz que normaliza las jerarquías pervivió a través de distintos discursos.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

medida en que a través de la idea de raza se cuestionó su *ser humano* y se normalizó unas relaciones de despojo y dominación. También se normalizó la idea de la civilidad como criterio de corrección de lo social y, sobre todo, del ser: para que yo pueda *ser*, tengo que estar civilizado. La matriz colonial impone unas formas de ser (subjetividad) y deja intactas las diferencias en cuanto al poder de decisión sobre el propio ser respecta. La diferencia colonial es, pues, evidente.

Este corto repaso contrastará con la fuerte reivindicación de lo étnico en la Constitución de 1991 y en las sentencias de la Corte, en las que se toma al indígena sin cuestionar su humanidad. Para entender mejor de dónde surge este giro es necesario hacer una descripción de los antecedentes de la actual Constitución. Para ello se hará una breve descripción del proceso de movilización indígena, incluida la manera como esta población comenzó a articular su discurso en clave jurídica, y de los factores nacionales e internacionales que facilitaron el surgimiento de un nuevo sujeto indígena²⁹.

3. El camino hacia 1991: movilizaciones y surgimiento del sujeto indígena.

Desde 1970 los indígenas comienzan a movilizarse y a reivindicar sus derechos. En un primer momento se movilaron en torno a exigencias territoriales originadas principalmente por la distribución de tierras que el Gobierno pensaba hacer por medio del INCORA. Para esto, el Gobierno fomentó la asociación de campesinos sin tierra y así nació la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos -ANUC- que, tal como afirma Julieta Lemaitre Ripoll, “*movilizó también a los campesinos indígenas y los movilizó en torno a su doble identidad tanto de campesinos como de indígenas*” (2009: 312). Así, en la primera mitad de la década de los setenta, dentro de la ANUC se fundó el Consejo Regional Indígena del Cauca -CRIC-; que “*participó en la recuperación de unas diez mil hectáreas de tierra, en la erradicación de la terrajería, en la creación de tiendas comunales, cooperativas agrícolas y en los inicios de la educación bilingüe*” (Lemaitre, 2009: 314). Sin embargo, las reivindicaciones del CRIC cambiaron de enfoque luego de que en 1974 se separara del ANUC y, a partir de ese momento, se desligara de las exigencias territoriales de éste último para, en su lugar, hacer énfasis en exigencias identitarias y de recuperación del legado perdido desde la Colonia³⁰. Como lo relata Julieta Lemaitre, dejar de lado las exigencias territoriales obedeció a tres razones: una estrategia indígena para escapar de la brutal represión del Gobierno, que identificó la exigencia de tierras como una exigencia comunista subrepticia; por una transformación del movimiento indígena continental; y a un ambiente internacional más favorable a la construcción de una identidad indígena (Lemaitre, 2009: 317).

Aunque esta estrategia le permitió al CRIC sobrevivir a la guerra del gobierno contra las guerrillas comunistas, muchos indígenas fueron torturados, asesinados y retenidos. Pero este hecho, y la presentación que hizo el Gobierno de Turbay de un Estatuto Indígena que derogaba la Ley 89 de

²⁹ En este punto se hace necesaria una aclaración. La relación entre violencia y derecho ha sido tratada de tres formas (Lemaitre, 2009: 25): El derecho como defensa de los débiles, el derecho como instrumento de legitimación de la violencia, y el derecho como defensa/legitimación. Este trabajo se ubica en esta tercer vía, en la medida en que asume que el derecho impone, inferioriza y margina, pero también puede ser útil en la construcción de una realidad-*otra*. Así pues, que los indígenas hayan recurrido al derecho internacional como forma de articular su nuevo discurso no implica necesariamente una forma más de imposición. Como se indicará en la parte conclusiva de este documento, la postura decolonial no exige desconfiar perpetuamente del derecho, sino que invita a la co-construcción de un mundo-*otro* entre los distintos saberes, y en esta construcción pueden servir categorías tanto del centro como de la periferia.

³⁰ Para una descripción más detallada del proceso de movilización indígena véase Lemaitre (2009) o Vasco (2002)

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

1890 y los resguardos que ella sostenía³¹, le dio la oportunidad al movimiento indígena de articular su discurso en clave jurídica. Los indígenas aprovecharon los abusos de las Fuerzas Militares para hacer reclamos sobre la base de los Derechos Humanos, del mismo modo que la derogación de la Ley 89 generó indignación, la cual se expresó mediante argumentos jurídicos. Al finalizar los ochentas, los indígenas habían entendido la importancia de la movilización y las agrupaciones indígenas se multiplicaron. Es así que en los noventas ya existía la Autoridades Indígenas del Sur de Colombia -AISO-, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca -ACIN- y la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-.

4. Contexto de la Constituyente.

El modo de pensar iniciado en *La Regeneración*, marcado por la exacerbación del catolicismo y el centralismo³², fue cuestionado en las décadas de los ochenta y los noventa. Estos cuestionamientos, unidos a otros fenómenos más recientes como el conflicto armado con los grupos guerrilleros, paramilitares y los barones de la droga³³, y la desideologización del debate político nacido del Frente Nacional³⁴ produjeron una fractura irreparable en el modo en que estaba construido el sistema político nacional, por lo que se hizo evidente la necesidad de un cambio radical. En los años noventa este descontento popular³⁵ era generalizado y la desmovilización de grupos guerrilleros como el M-19 y el EPL desembocó en la realización de una Asamblea Nacional Constituyente que tenía por objetivo refundar el sistema político nacional mediante la expedición de una nueva Constitución³⁶.

En el marco de esta Asamblea, las propuestas hechas por los representantes indígenas recogían reivindicaciones territoriales, sociales y económicas que fueron aprobadas en primera vuelta sin mayores contratiempos. Sin embargo, cuando llegaba el fin del periodo de discusión y redacción del nuevo texto constitucional, por cuenta del Gobierno estas propuestas fueron negadas en segunda vuelta, bajo el argumento de que aprobarlas significaría la desmembración del país (Vasco: 2002). Por este motivo, se comenzó en las últimas horas una negociación desde cero directamente con el Gobierno, y en menos de dos días se plasmó lo que ahora podemos leer en el texto constitucional referente a los pueblos indígenas. Las propuestas de los dos representantes indígenas estuvieron encaminadas a expandir la democracia y al reconocimiento de derechos, a

³¹ Cabe señalar que aunque los Resguardos fueron instituidos como dispositivo de concentración y control, los indígenas se apropiaron de esta institución como mecanismo de supervivencia y lugar donde se *mantiene* la diferencia. Desaparecer los resguardos hubiera sido como dejar a los indígenas en el 'limbo'.

³² Por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de 1886 decía "*En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de reafirmar la unidad nacional, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la religión católica y apostólica y romana es la de la Nación (...)*"

³³ En efecto, fue tal el nivel de violencia que los ciudadanos sintieron que estaban siendo afectados en los derechos y libertades más básicas, fenómenos tales como la bomba en el avión de Avianca HK-1803, en el Departamento Administrativo de Seguridad, el asesinato del Rodrigo Lara y el de Fidel Cano, los fracasados acuerdos con las guerrillas, los constantes ataques paramilitares contra la población civil y el asesinato sistemático de los miembros de la Unión Patriótica, entre otros, dieron la sensación de la profunda desestabilización del Estado y de su falta de capacidad para defender los derechos y libertades de los ciudadanos (Bonilla: 2006: 115).

³⁴ El Frente Nacional fue el acuerdo entre los partidos Conservador y Liberal para poner fin al enfrentamiento violento en que estaban enfrascados, y que consistió básicamente en alternarse en la Presidencia, esto fue suficiente para que el debate político se anulara y lo político se limitara al reparto de cargos burocráticos. Recuérdese que el Presidente antes de la Constitución de 1991 era el que designaba, entre otros, a los alcaldes y gobernadores.

³⁵ En 1998, 42% de los colombianos creía que la calidad de las instituciones gubernamentales era mala, el 40.9% pensaba lo mismo del Congreso y el 52% sobre los partidos políticos (Ronald Archer, 1995 citado por Bonilla, 2006)

³⁶ El trabajo de la Asamblea Nacional Constituyente se centró en cuatro aspectos fundamentales: poner fin a la violencia, fortalecer la democracia, ampliar la declaración de derechos y redefinir la estructura básica del Estado. (BONILLA, 2001)

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

acabar con el centralismo característico de la Constitución de 1886 y generar un ambiente de tolerancia y reconciliación con la sociedad mayor (Bonilla: 2006: 125).

Esto quiere decir que las reivindicaciones indígenas esenciales estaban ligadas a la autodeterminación y al reconocimiento de su identidad, ambas cosas entendidas como derechos colectivos, también se vinculaban en términos de reordenamiento territorial, y a reclamar para sí unas instituciones y órdenes jurídicos que por ser diferentes deben ser externas al orden institucional del Estado nacional. En síntesis, las reivindicaciones giraron en torno a derechos colectivos, a propiedad territorial y a una jurisdicción especial indígena (Sánchez, 2001:29).

El comienzo del problema...

Es claro que muchas de las reivindicaciones de los representantes indígenas fueron tenidas en cuenta a la hora de redactar la Constitución: se reconoce autonomía política, administrativa y judicial a los pueblos indígenas, a la vez que se los reconoce como ciudadanos con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro colombiano, y se les asegura representación en el Congreso.

No es, entonces, desacertado afirmar que

La historia de las regulaciones interétnicas puede dividirse en dos grandes bloques: antes y después de la Constitución de 1991. En el primero los indígenas eran prácticamente invisibles, la legislación que se ocupaba de ellos era marginal y se interesaba en aspectos puntuales de la relación entre sociedad mayor, Estado y las comunidades indígenas (...) en contraste con la expedición de 1991 los indígenas adquirieron un protagonismo inusitado. La consagración del carácter poli étnico y multicultural de la nación colombiana constituyó el punto de ruptura en las relaciones interétnicas, pues por primera vez en la historia una Constitución reconoció a los indígenas como parte de Colombia, al tiempo que se les otorgaba una serie de derechos con el fin de garantizar su existencia como sujetos colectivos culturalmente distintos al resto de la humanidad (Sánchez: 2001: 10 y 11)

Los indígenas no son incapaces o salvajes que haya que civilizar, ni tampoco son individuos a los que hay que extraerles sus riquezas; en la actualidad son sujetos a los que se les reconocen las mismas prerrogativas que tienen cualquier otro ciudadano³⁷. Ahí radica la importancia de la Constitución de 1991 en lo que a las relaciones con las poblaciones indígenas y de la diversidad cultural respecta.

No obstante, retomando los planteamientos de Daniel Bonilla, se puede decir que existe una tensión inevitable entre unidad e igualdad, y autonomía y diversidad, en la medida en que estos novedosos reconocimientos ganados por los pueblos indígenas se deben ejercer dentro de un esquema jurídico que tradicionalmente se ha pensado desde el monismo jurídico. Así, la idea de un mayor grado de autonomía política, administrativa y, sobre todo, autonomía jurídica se enfrenta fuertemente con “la idea de que debe existir, y de hecho existe, uno y sólo un sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado por cada Estado-nación [que] determina la manera como llenamos de

³⁷ Cabe recordar el texto del primer inciso del artículo 13 constitucional que dice “Todas las personas nacen libres ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

contenido categorías claves para entender nuestra comunidad política (...)" (Ariza y Bonilla, 2007: 21). Como lo podrían indicar los casos relatados al principio de este artículo, estas son las complejidades que encierra el reconocimiento de diversidad cultural, y estas tensiones se ven reflejadas perfectamente en el escenario constitucional que se estudia en este documento. Cuando un miembro de la comunidad indígena acude a la acción de tutela para invalidar una sanción impuesta por la autoridad propia se expresa una tensión entre dos formas de ver el mundo: una guiada por la idea de derechos constitucionales y otra que se guía por *otros* principios. El asunto es que, tal como están las cosas, una de ellas debe prevalecer y en ese enfrentamiento es donde intentaremos observar el funcionamiento de la colonialidad del saber.

Habiendo enunciado el cambio que introdujo la Constitución de 1991 respecto a la historia indígena, así como el origen de las tensiones presentes en el reconocimiento de Colombia como país multicultural, se puede ahora analizar el momento actual de la diversidad y el modo en que las tensiones descritas se han resuelto. Esto nos permitirá reflexionar y abrir un debate en torno al reconocimiento de la diversidad. Dado que la ley que debe desarrollar la coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria ordenada por el artículo 246 constitucional no ha sido promulgada por el poder legislativo, la Corte Constitucional se ha visto en la obligación de ir *armando en el camino* esta coordinación a medida en que se van resolviendo los casos (Sánchez: 2001 57-59 y 74-75). Por lo tanto, para analizar y reflexionar sobre el funcionamiento concreto de la *coordinación jurisdiccional* vigente en Colombia es obligatorio analizar y describir las sentencias que sobre el particular haya emitido la Corte Constitucional colombiana.

En lo que sigue de este documento se hará un relato de algunas de las sentencias de la Corte que se han encargado de dirimir directamente la tensión surgida entre los derechos fundamentales de los miembros como ciudadanos colombianos frente al derecho a la autonomía jurisdiccional que gozan las comunidades indígenas y que se deriva del mencionado artículo 246. Por cada sentencia analizada se hará una breve descripción de los hechos que dieron origen al problema jurídico planteado, se enunciará la *ratio decidendi*³⁸ y, a partir de esta descripción, se plantearán algunas reflexiones sobre el modo en que se está acomodando la diferencia desde la Corte Constitucional. Finalmente se harán algunas críticas que tienen por objeto abrir una discusión o posibilidad de pensar otras formas de acomodar esta diferencia.

Es pertinente aclarar que, junto a la *ratio decidendi* de la sentencia, también se incluyen algunos enunciados prescriptivos que, a pesar de no estar esencialmente unidos a la decisión alcanzada, sí dan cuenta de la posición que asume la Corte y del modo en que ésta piensa la diferencia cultural. Por lo tanto, esto no significa que no se tenga conciencia de la división que la teoría del análisis del precedente, enunciada principalmente por Diego López (2006), hace entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Ello se hace así en la medida en que permite evaluar de una mejor forma cómo ha funcionado la imposición de un saber y la marginalización de otro.

La primera sentencia con la que la Corte se enfrentó a este problema fue la T-254 de 1994. Esta sentencia se originó cuando un indígena interpuso acción de tutela en contra de la directiva del cabildo de la Comunidad Indígena del Tambo, porque esta lo expulsó como sanción a diversos

³⁸ La enunciación de la *ratio* se hará sólo en las sentencias que resuelven el problema de investigación, respecto a las sentencias que resuelven interrogantes de competencia y participación en el Sistema General de Participación solamente se hará una enunciación de las sub-reglas que éstas contienen y la descripción del *estado del arte* que se hace en ellas.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

hurtos cometidos por él y en contra del patrimonio del cabildo. Adicionalmente, en esa decisión también se impuso la expulsión de la familia del accionante junto con la privación de todos los bienes que al momento eran propiedad de estos. Las violaciones alegadas fueron: a) que el hecho no se investigó de manera apropiada y b) que con la sanción del Cabildo se le impone a él y su familia una situación de extrema precariedad económica, además del hecho de que la sanción colectiva está prohibida. Con esto el cabildo le estaría vulnerando, supuestamente, el derecho fundamental al debido proceso, al trabajo, a la honra y buen nombre, a la vida y estaba desconociendo la prohibición constitucional de imponer la pena del destierro, la prisión perpetua y la confiscación.

La Corte, luego de decir que “*a mayor conservación de las costumbres originales mayor es el grado de autonomía que se le debe dar a ese grupo indígena*”³⁹, enuncia que los derechos fundamentales de los integrantes de la comunidad y las leyes de orden público⁴⁰ son límites que la autoridad tradicional no se puede saltar⁴¹. Asimismo enunció que toda sanción que prive al sancionado de sus tierras o propiedades, sin una retribución por esa privación, equivale a la pena constitucionalmente proscrita de la confiscación; por lo tanto, la comunidad se extralimitó al privar al sancionado de sus posesiones. También se propasó cuando aplicó una sanción a la familia del actor en tanto que las penas constitucionalmente válidas son aquellas que sólo recaen sobre el sujeto infractor.⁴² Respecto al debido proceso, indicó que las comunidades indígenas no lo vulneran cuando aplican un proceso imparcial, legal, público, presidido por un juez competente que aplica las normas preexistentes, la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad, ya que estos factores son el *núcleo esencial* del debido proceso.⁴³ La Corte termina diciendo que la comunidad se extralimitó en dos de las sanciones impuestas, en razón a que los derechos fundamentales individuales y las leyes de orden público son límites infranqueables a la facultad de sancionar de las comunidades indígenas. Particularmente, la comunidad se extralimitó al castigar a personas que no cometieron el delito, lo cual significa violar el principio de derecho penal de acto y la individualidad de la pena y, por otro lado, al privar de las posesiones que el sancionado tenía en el resguardo, lo cual equivale a una confiscación.⁴⁴

³⁹ En esta sentencia la Corte dijo “*La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones*”

⁴⁰ Estas normas son las expedidas por el Congreso o el Ejecutivo y que su cumplimiento es obligatorio, ningún ciudadano puede optar entre cumplirlas o no. Su incumplimiento genera una sanción.

⁴¹ Dijo la Corte “*el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente(...). La jurisdicción especial y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas deben ejercerse según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores*”

⁴² Dijo la Corte: “*la pena trascendió a la persona del infractor y terminó por cobijar a los miembros de su familia, evidenciándose como desproporcionada y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos*”

⁴³ “*Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso*”

⁴⁴ El primer inciso del Art. 34 de la Constitución contiene esta prohibición al enunciar “*Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.*”

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

De esta sentencia se puede concluir que la Corte Constitucional limita la jurisdicción indígena desde varios frentes al imponer: a) el deber de respetar todos los derechos fundamentales, especialmente la vida, la integridad, la libertad (entendida como ausencia de esclavitud), b) una manera determinada de proceso: el que es imparcial, público, con presunción de inocencia, etc., c) la noción de individuo como ser independiente a la sociedad a la que pertenece, y d) ubicarla bajo el ámbito de acción de los tratados internacionales.

No es extraño que Daniel Bonilla clasifique esta sentencia como representante del *liberalismo puro*, por en dos razones: primero, porque de una u otra manera termina por imponer y defender la idea liberal del sujeto como ser libre, racional e igual (Bonilla:2006:162) y, segundo, porque el liberalismo afirma que los sujetos tienen un espacio inexpugnable por la comunidad y la organización estatal⁴⁵, creando de este modo el espacio público y el privado, donde en el primero gobierna la justicia y en el segundo lo moral.⁴⁶ La Corte, en esta sentencia, se compromete tajantemente con la tesis de que los derechos fundamentales son las “cartas de triunfo”⁴⁷ con que cuenta el individuo para hacer frente a las injerencias de la comunidad.

Este *liberalismo puro* deja entrever fácilmente la forma en que se superioriza el saber occidental, por dos razones. La primera consiste en la cosificación que hace de los grupos indígenas mediante la regla de “a mayor conservación, mayor autonomía” puesto que con ella lo que se está configurando es una diversidad cultural medida en términos de *pureza* en donde quien la determina es el juez constitucional. Sobre este punto es ilustrativo el respeto que la Corte asigna sólo a los grupos más “conservados” cuando dice que es “*indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República*”. El otro punto que permite ver cómo el derecho sirve como recurso de inferiorización es la absoluta supeditación de las decisiones indígenas, y su diversidad misma en cuanto grupo, a los derechos constitucionales fundamentales: “*el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional (...)*”. En esta vía, la Corte toma a la Constitución Política como un límite, no sólo a las decisiones jurisdiccionales de las comunidades, sino a los códigos axiológicos y morales de todas las comunidades en general. Es así que la Corte toma el discurso de los derechos fundamentales como universalmente válido (así como el filósofo alemán de Mignolo toma a Kant y Hegel), marginando unos saberes en ganancia de otros. La Corte, aquí, borra totalmente las bases individuales y colectivas del conocimiento, haciendo totalmente irrelevante a “*los códigos de valores propios de las diversas comunidades*” y ubicando en su lugar al “*sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales*”. Si la idea del *progreso* y los recursos descuidadamente poseídos por los indígenas fueron las herramientas con las que se deshumanizó a los indígenas en La Regeneración; en esta sentencia la folclorización es llevada a término mediante la idea de los derechos constitucionales.

⁴⁵ En este sentido la Corte Constitucional recurre a dos razonamientos principalmente: por un lado impone la idea de derechos fundamentales como ese espacio inviolable por el poder de la comunidad y, por el otro, sitúa al sujeto en situación de indefensión frente a su comunidad, de manera que puede pedir respeto de esos derechos fundamentales vía tutela

⁴⁶ Para una reflexión más profunda al respecto, véase Dworkin (1996) o Bonilla (2006)

⁴⁷ Dworkin (1996)

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

La segunda sentencia que marcó un precedente en la jurisprudencia sobre el tema fue la T-349 de 1996. El actor es juzgado por homicidio por el Cabildo Mayor Único de Risaralda, el cual lo condenó a 8 años de prisión; posteriormente, dicha pena es aumentada a 20 años por la Asamblea General de la Comunidad. Ambos juzgamientos se llevaron a cabo sin la presencia del actor pero, como lo dicen las reglas de la comunidad, con la presencia de su familia. El actor alega que con su ausencia se le vulneró su derecho al debido proceso.

En esta oportunidad la Corte respondió que la autoridad indígena propasó los límites impuestos constitucionalmente a su facultad jurisdiccional, en tanto se había castigado al sujeto con una sanción que no era la que generalmente se usaba para castigar ese tipo de faltas. Según se pudo determinar, esta falta se sancionaba con tres años de prisión y un castigo físico con cepo. En esta sentencia, la Corte enunció que los límites que debían obedecer las autoridades indígenas debían ser mínimos, pues sólo con la maximización de su autonomía se podía asegurar su supervivencia material como grupo culturalmente diverso⁴⁸. Estos límites *mínimos* son los que protegen principios constitucionales de “mayor peso”, que defienden derechos que son acordados de manera “intercultural” y que, por ende, se relacionan con “los bienes más preciados del hombre”. Concretamente, la Corte sostuvo que cuando se resuelven problemas de carácter interno, estos límites son la prohibición de la esclavitud, tortura y de pena de muerte, en tanto son estos los bienes sobre los cuales se ha logrado un “*consenso intercultural*”⁴⁹ y porque ellos están presentes en todos los tratados de Derechos Humanos. Adicionalmente, para determinar si una decisión indígena es constitucional, es menester determinar si esta se alcanzó respetando el debido proceso interpretado en *clave cultural*⁵⁰. Finalmente, la Corte Constitucional enunció que las penas impuestas por la autoridad tradicional deben ser proporcionales y *útiles*⁵¹. Es evidente que esta sentencia representó un significativo giro jurisprudencial en lo que respecta a los límites de la facultad sancionatoria aborígen, en tanto excluye del juicio todos los derechos fundamentales, para dejar los ya enunciados.

La forma en que la colonialidad del saber opera en esta sentencia es igual de poderosa, pero más sutil. El primer punto es el “acuerdo intercultural” sobre los “bienes más preciados del hombre”, pues la Corte asume como *naturales* varias cosas: 1) la posibilidad de lograr un “acuerdo intercultural”, 2) que la prueba de ese acuerdo sea los tratados internacionales y 3) que todos los participantes que tienen algo por decir en ese acuerdo se expresen en tal escenario. En ese

⁴⁸ Frente a esta regla que es conocida como la maximización de la autonomía la Corte dijo: “*La maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía*” a menos que “*se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna), y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas*”

⁴⁹ El máximo tribunal constitucional colombiano se expresó de la siguiente manera: “*este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura (porque), únicamente (del), respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural*” (subrayado fuera del original).

⁵⁰ El debido proceso en clave cultural se refiere a la obligación concreta de sancionar un hecho nocivo con las sanciones que tradicionalmente ha aplicado esta comunidad a este hecho nocivo. Por ejemplo: “*Aunque el fenómeno de la tipicidad no se da aquí tal como lo entendemos nosotros, pues no existe una ley escrita y estricta, si se verifica una interiorización de la prohibición*” o “*es claro que la que la comunidad tradicionalmente ha asignado al delito cometido por el actor es de tres años de trabajo forzado y cepo. El requisito de la legalidad debe estudiarse, entonces, atendiendo a este parámetro, por lo menos en lo que se refiere al tipo de pena, ya que la duración de la sanción sí puede ser objeto de modificaciones, según las costumbres de la comunidad*”.

⁵¹ Respecto a la pena del cepo la Corte enunció que esta era constitucional porque “*no se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad (...) se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado*”. Corchetes fuera del original.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

sentido, la Corte naturaliza una forma típica y una dinámica muy precisa de llegar a acuerdos en un plano totalmente artificioso: el de los Estados negociando a través de sus jefes de estado. Por otro lado, cuando la Corte indica “*El requisito de la legalidad debe estudiarse, entonces, atendiendo a este parámetro [el tipo de castigo], por lo menos en lo que se refiere al tipo de pena, ya que la duración de la sanción si puede ser objeto de modificaciones*”, lo que está normalizando su rol como institución que valida los cambios sancionatorios en las comunidades. Lo que subyace a esta operación es, asimismo, la normalización de los saberes que les da forma. Si se afirma que las comunidades pueden variar la duración de la sanción, pero no el tipo de sanción, lo que se está valorando como superior es la *previsibilidad* de la misma, obliterando así otros valores que puedan ser más importantes para la comunidad. En otras palabras, cuando la corte impide que las comunidades cambien el tipo de sanción porque ello afectaría la previsibilidad de la actuación, lo que está haciendo es centralizando la previsibilidad en desmedro de otras consideraciones que la misma comunidad pueda considerar como más valiosas desde sus bases biográficas de conocimiento, así como desde su historia colectiva. Esta obliteración se puede observar cuando la Corte indica que la duración de la sanción “*si puede ser objeto de modificaciones*”, pues las razones para poder modificar un punto y no el otro, necesariamente tienen que ver con los saberes y objetivos que sirven estas instituciones (el tipo de sanción y su duración).

La tercera sentencia importante para esta investigación fue la SU-510 del año 1998. Este caso se originó porque la comunidad indígena Arahuaca impuso sanciones y restricciones a los miembros de su comunidad que pertenecían o se convertían al pentecostalismo, argumentando que esta religión erosionaba la supervivencia del grupo arahuaco en la medida en que introducían conductas y modos de pensar que se alejaban radicalmente de las prácticas y dogmas vernáculos. Las autoridades indígenas también impidieron el ingreso de los misioneros, lo cual, según ellos, vulneraba el derecho a la libre locomoción.

Esta sentencia se ubicó en el punto medio de sus predecesoras en tanto no defendió una postura radicalmente liberal como la primera sentencia, pero le agregó unos límites adicionales a los enunciados en la segunda sentencia sobre la potestad indígena para sancionar. La Corte indicó que las autoridades de la comunidad indígena cuentan con la facultad para limitar los derechos individuales de sus integrantes solamente cuando es el único mecanismo para evitar la desintegración o desvanecimiento de la colectividad como grupo culturalmente diverso⁵². Sin embargo, pese a que cuentan con esta competencia excepcional, algunas de las medidas tomadas en el caso concreto sobrevenían inconstitucionales en tanto se estaba sancionando el fuero interno del indígena: se lo estaba castigando por lo que creía y no por lo que en efecto hacía⁵³. Finalmente, se reconoció a las comunidades la facultad de impedir o prohibir el ingreso de extraños a su comunidad⁵⁴, en tanto la comunidad estaba en su legítimo derecho de decidir la

⁵² “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”.

⁵³ “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”.

⁵⁴ “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”.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

intensidad o grado de las relaciones con la cultura blanca, siendo incorrecto que un juez constitucional les imponga una relación con la sociedad mayoritaria.

La exigencia de castigar lo que se hace y no lo que se piensa o lo que se cree se puede derivar del ideal liberal de la separación entre lo público y lo privado deja entrever la naturalización de dos escenarios que son artificiales. Que el individuo sea un ser dual que tiene una frontera clara entre lo que le exige la comunidad y lo que puede resolver según sus propias consideraciones de justicia no es algo que pueda ser fácilmente universal, mucho menos cuando se trata de comunidades con una historia, lenguaje, y cosmovisión distinta⁵⁵; así que cuando la Corte afirma que ello debe ser considerado como una limitación a la facultad sancionatoria de la comunidad indígena, lo que se oculta es, nuevamente, una obligación acerca de cómo entender a la realidad: se trivializa la forma indígena o se la toma como incorrecta, para en su lugar estatuir el paradigma del atomismo.

En la sentencia T-1127 de 2001 la señora Edilma Pardo, quien es miembro de una comunidad indígena, interpone acción de tutela en nombre de su hijo menor Albeiro Castro Pardo contra el Cabildo Indígena de Belalcázar (Centro-Cauca), bajo el argumento de que al infante se le viola a su hijo el Debido Proceso al impedirle toda comunicación con su madre y el resto de la comunidad, en razón a la investigación que le sigue el cabildo por el supuesto robo de algunas gallinas. La actora aduce que desconoce su situación, paradero y estado del proceso, todo lo cual configura la violación de dicho derecho fundamental. Por medio de la acción pretende que el juez constitucional le ordene al gobernador del Cabildo que la mantenga informada sobre la situación y estado del proceso y de su hijo, y le permita tener contacto con él.

La Corte Constitucional resuelve que la actora debe tener contacto con su hijo, sobre todo si se tiene en cuenta que las autoridades del cabildo no están renuentes a ello; también afirma que no tutelarle el derecho a la actora le generaría sentimientos de inconformidad respecto a sus mismas autoridades, lo que afectaría la supervivencia del grupo étnico⁵⁶. El argumento que la Corporación usa para fundar su decisión se basa en el hecho de que la facultad que tienen los padres de saber sobre el estado de la investigación adelantada contra su hijo hace parte del debido proceso, especialmente si se tiene en mente la esencialidad de la familia como núcleo de la sociedad (Art. 42 de la Constitución).

En esta sentencia no se está imponiendo un nuevo límite sobre la jurisdicción indígena, como podría parecer a simple vista, sino que, aunque la Corte no lo diga expresamente, se le está dando uso a la ponderación enunciada en la sentencia del 96, al tiempo en que se está usando una de las reglas enunciadas en el año 98. La Corte resolvió el problema usando el juicio de la ponderación de la sentencia T-349 del 96 y en éste consideró que tiene más peso la familia como núcleo central de la sociedad que la autonomía jurisdiccional de las autoridades nativas. Además, también se utiliza la regla de la Sentencia de Unificación del 98, en tanto la Corte resuelve el problema teniendo en mente la facultad excepcional de que goza la comunidad para limitar derechos individuales de sus integrantes. En este caso sin embargo, no se presenta la cláusula

⁵⁵ En este punto quisiera dejar indicado que no estoy exotizando al indígena como otro incomprendible en nuestros términos o como algo que se nos hace ininteligible. Lo que trato es llamar la atención sobre algunas cuestiones que se nos hacen obvias a nuestros ojos, pero que por ello no dejan de ser construcciones sociales que responden a una historia en particular y mediada por ciertos hechos que fueron contingentes.

⁵⁶ La Corte dice respecto a la sanción que *“debe desarrollarse a través de una solución que salvaguarde tanto los fines correctivos y de armonización social del pueblo Paéz, como los valores afectivos que nutren el núcleo familiar, toda vez que ello contribuye categóricamente al mantenimiento de la unidad y cohesión de dicha cultura”*.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

habilitante, esta es, que el indígena esté en peligro de exterminio si no hace uso de esta limitación del derecho fundamental individual.

A diferencia de lo que sucede en las demás sentencias, en esta lo que ocurre es una desnaturalización. Uno de los argumentos de la Corte para ordenar el acceso de la madre al menor es que con ello se evitarían sentimientos de rencor de su parte en contra de la comunidad. Así pues, se presenta la animadversión del sujeto sancionado en contra de la autoridad que lo sanciona como algo exótico o excepcional. La Corte no responde si el mismo argumento se podría usar en un proceso penal en el cual lo que se debate es si un sujeto va a prisión en condiciones de hacinamiento. Es así que este pasaje desafortunado explicita una posición, al menos, paternalista⁵⁷.

En el año 2002, la Corte Constitucional se volvió a enfrentar al problema relativo a los límites o potestades sancionatorias de la comunidad indígena en la sentencia 048 de ese año. Los hechos a consisten en que el accionante debe irse a vivir a la ciudad de Bogotá por razones de salud y protección, ya que estaba siendo objeto de amenazas. En su ausencia, el Cabildo Indígena Los Ángeles-Las Vegas del municipio de Natagaima expidió una regulación con la cual se expulsaba del resguardo a todo aquel que faltase a las reuniones de la comunidad. Luego de haber sido advertido y amonestado por ello, se le inicia un juzgamiento al actor por dichas ausencias y se hacen esfuerzos fútiles para notificarlo. Finalmente se le expulsa de la comunidad sin una mayoría clara y sin investigar los hechos. Además de la expulsión, se le niega el derecho a una porción de tierra en el cabildo por no ser miembro de ésta. En el tratamiento de los anteriores hechos nace el siguiente problema jurídico: ¿Se le violaron al actor sus derechos a debido proceso y al no-destierro en tanto que el Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas del municipio de Natagaima lo juzgó sin que estuviese presente?

En el desarrollo de la resolución del problema jurídico la Corte reitera las reglas de las sentencias T-254/94 y de la SU-510/98 como pasa a evidenciarse: de la primera providencia enuncia que entre más conservadas estén las tradiciones de la comunidad específica, mayor debe ser su autonomía y, por ende, menor la intervención del juez constitucional⁵⁸; mientras que de la segunda extrae que la protección de los derechos fundamentales legitima una intervención moderada y sopesada del juez constitucional en asuntos propios de la comunidad; esta actitud precavida del juez se yergue para proteger la autonomía de la comunidad, y al mismo tiempo, la protección de los derechos fundamentales de sus integrantes. En el mismo sentido, la Corte se vuelve a servir de la SU-510/98 para afirmar que los derechos fundamentales a la vida, la prohibición de la tortura, de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo son más importantes que los derechos a la diversidad cultural y étnica, por lo tanto, aquellos

⁵⁷ "Claro es que una decisión en contrario pondría en entredicho la validez de una medida indigenista que merced a la rigidez del apartamiento en el tiempo, lejos de contribuir a la cohesión del núcleo familiar y al reconocimiento de la autoridad indígena, provocaría en la actora inevitables sentimientos de inconformidad contra la forma en que se administra justicia por parte del Gobernador del Resguardo, así como desoladores quebrantos de su sentido de unidad y pertenencia filial".

⁵⁸ "A mayor grado de conservación cultural mayor es el vínculo de los individuos con las decisiones colectivas, y mayor es la autonomía que requieren sus autoridades para tomar decisiones, las que, a su vez, no pueden quebrantar los derechos individuales fundamentales, en cuanto éstos conforman (...) el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares"

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

derechos deben ser privilegiados sobre los segundos⁵⁹. También reitera la regla de *a mayor conservación, mayor autonomía*, al tiempo en que está echando mano de la regla que impone el respeto a esos *bienes más preciados del hombre* para concluir que, en tanto fueron vulnerados, la decisión no es ajustada a la Constitución. Sin embargo, lo adicional en esta sentencia es la exigencia de la presunción de inocencia y el derecho de defensa o contradicción, como integrantes del debido proceso en clave cultural, los cuales no estaban presentes sino en la sentencia del 94.

El diferencial de poder de esta sentencia se observa cuando la Corte indica que:

“El juez constitucional y los jueces ordinarios, (...) con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia”

En el capítulo introductorio se ejemplificó el diferencial de poder y la colonialidad del saber con la necesidad del indígena de conocer su historia y su saber y, además, sobre Kant y Hegel. En este punto se intenta ir más lejos y resaltar la imposibilidad de la comunidad indígena de valorar la corrección del juez constitucional, en contra de la posibilidad de este mismo de evaluar la de las autoridades indígenas. Si bien está claro que lo que está en medio de este asunto es una organización jerarquizada y vertical de la administración de justicia⁶⁰, lo que no es claro es que esa misma jerarquización se pueda aplicar de manera transparente o sin problemas cuando lo que está en juego es una forma distinta de ver el mundo. En otras palabras, las autoridades indígenas están en la misma posición que un juez municipal o de circuito en cuanto a la relación jerarquizada con la Corte Constitucional, con la diferencia, no menor, de que las autoridades indígenas pueden responder a otras visiones, otros saberes y otras formas de ver el mundo, que pueden ser totalmente opuestas a las naturalizadas en la Corte Constitucional. Lo que se pone en juego, una vez se hace explícito este punto, es que la diferencia aquí no es sobre la correcta interpretación de una prueba o de una disposición jurídica, sino la correcta interpretación del mundo o la justicia.

La siguiente sentencia es la T-811 de 2004, y sus hechos se resumen en que un miembro de la comunidad interpuso acción de tutela contra la Asamblea General de Cabildo y el Cabildo Indígena de Quizgó porque, según él, le violaron el derecho al debido proceso al imponerle una sanción de cuatro años de prisión y tres de trabajo comunitario por la muerte de Gilberto Pechene, pese a que: 1) él no fue quien materialmente dio muerte a Pechené, sino que todo ocurrió como producto de un altercado iniciado por el actor y otro miembro de la comunidad; 2)

⁵⁹ La Corte dijo sobre este punto: “(...) los derechos fundamentales materializan principios constitucionales que prevalecen sobre el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (...) los integrantes de los grupos indígenas, individualmente considerados, gozan de todos los derechos que se reconocen a los asociados, los que deben ser respetados por las autoridades indígenas, por la comunidad étnica a la que pertenecen y por la sociedad en general, porque el artículo 13 constitucional proscribida toda forma de discriminación por razones de raza, origen, lengua o religión (...) un límite claro del fuerte vínculo que liga a las comunidades indígenas con sus integrantes, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo”.

⁶⁰ Y es justificable así que la Corte Suprema de Justicia pueda invalidar una decisión de un Tribunal Superior, pero no viceversa.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

anteriormente ya había una sentencia proferida por el Cabildo del Resguardo Indígena de Quizgó, por lo que considera se le juzgó dos veces por el mismo hecho 3) no se le dio la oportunidad de defenderse y 4) la acción que efectivamente realizó, la de iniciar una riña, no es un delito ni en el Código Penal Colombiano ni en los usos y costumbres de su pueblo indígena.

En este escenario, la Corte Constitucional dictaminó que la sanción impuesta por la comunidad es inconstitucional en razón a que el actor fue condenado por la muerte del señor Pechené pese a él realmente no fue el autor material del hecho. La Corte llega a esta conclusión luego de afirmar que *“De la información que obra en el expediente es indudable que a Ramón Libardo Pillimué se le impuso una pena por un acto que no cometió (...) no fue el accionante el causante de la muerte que se le imputa; dicho resultado no hizo parte de la exteriorización de su conducta, de lo efectivamente realizado por él”*. Lo que puede evidenciarse es que el *derecho penal indígena*, si es que algo así existe en el imaginario de la comunidad, debe ser un derecho penal de acto.

En este sentido puede afirmarse que pese a que se sigue usando el mismo modo de decisión (la ponderación), cada sentencia se aleja más de ese *centro* que fue la SU-510 del 98. En cada ocasión la diversidad cultural tiene menos peso frente los derechos de corte liberal y cada vez el debido proceso *cultural* se vuelve menos cultural. En este caso, el saber que se impone es, además del de la previsibilidad, la dicotomía público/privado, la idea de familia como núcleo esencial o unos bienes del hombre “más preciados” que se resaltaron en las sentencia pasadas, el derecho penal de acto; es decir, en esta sentencia el saber que ocupa el centro, desplazando y folclorizando el saber indígena, es el de un derecho penal que debe sancionar sólo las acciones verificables cometidas exclusivamente por el acusado, implantando así un cuerpo de saberes que puede ser ininteligible a las bases históricas de las comunidades. Nuevamente, las autoridades indígenas deben conocer de esta teoría, sin que los jueces constitucionales tengan que pensar en las concepciones indígenas. Alguien tiene que cambiar los esquemas de pensar y alguien no.

La última sentencia a analizar, la T-903 de 2009, resuelve un litigio entre Indira Mendiola y el Cabildo de la Organización Indígena Kankuama. La acción de tutela se debió a la forma incorrecta que, a juicio de la demandante, el Cabildo resolvió un problema de propiedad entre ella y la señora Mercedes Daza. La peticionaria afirma que ella obtuvo un bien inmueble “por una donación o dación en pago” a cambio de 50 cabezas de ganado⁶¹. Al momento de ocuparlo, un tercero estaba haciendo uso del bien, por lo cual adelantó un trámite policivo ante el Inspector de Policía del corregimiento. En ese momento, la señora Mercedes Daza (compañera del padre de la accionante) y sus hijos le reclaman a las autoridades del resguardo reclamando la propiedad. Las autoridades tradicionales del resguardo decidieron, luego de verificar que el bien perteneció al padre de la accionante, darle a cada una de las mujeres el 50% del bien. La demandante apeló tal decisión, pero las autoridades se negaron a seguir el trámite de dicho recurso. Finalmente, escribió un derecho de petición al Cabildo Gobernador, quien le respondió que no tenía competencia para pronunciarse frente a las decisiones unánimes del Consejo de Mayores. La actora indica que, como retaliación a la no aceptación de la decisión, el Consejo de Mayores decidió no reintegrarla al cargo de Coordinadora de Mujeres luego de terminar su

⁶¹ Según la demandante, el documento “fue autenticado ante el Inspector de Policía del Corregimiento de Atánquez el documento privado constituyéndose éste en la escritura que me acredita como única propietaria de este bien”.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

licencia de maternidad. Ella afirma que se han vulnerado los derechos fundamentales de la propiedad, el debido proceso, el derecho de petición y estabilidad laboral reforzada.

En esta sentencia, luego de recalcar la importancia de la Constitución en lo que respecta a la historia de exclusión y discriminación en contra de los indígenas, la Corte reitera las reglas de “maximización de la autonomía y minimización de las restricciones”⁶², así como la de “a mayor conservación, mayor autonomía”⁶³. Finalmente, la Corte acota los límites a la jurisdicción indígena estableciendo que “el núcleo duro de los derechos humanos” es algo innegociable, entendiendo por “núcleo duro” el derecho a la vida, integridad personal, prohibición de tortura, servidumbre y esclavitud. Asimismo, la corte afirma que “*Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía*”. Esto significa que el juez de tutela tiene que hacer dos ejercicios secuenciales: verificar que no se lesione ese núcleo duro y, si ello no sucede, hacer un ejercicio de ponderación entre “los demás derechos fundamentales” y los derechos étnicos. Se llama la atención que el primer paso no es ponderativo, pues ese núcleo duro no es transigible. Finalmente, se reitera la lectura *cultural* del debido proceso y la integridad personal. La Corte indicó que ninguno de los derechos fue vulnerado, en especial el del debido proceso en cuanto el fallo dictado por la comunidad, pese a que fue en *equidad* y no en derecho, estuvo enmarcado dentro de los usos y costumbres de la comunidad y que ambas partes del litigio eran miembros de la misma. Sobre el derecho de petición, la Corte indicó que había sido respondido de fondo, lo cual cumplía con el objeto de protección de tal derecho. Finalmente, en cuanto a la estabilidad laboral, indicó que, aun cuando en el proceso de tutela se confirmó que la desvinculación de la accionante de la coordinación de mujeres tuvo un fin sancionatorio, no se puede ordenar el reintegro en cuanto afectaría los derechos de terceros no involucrados en el proceso (ya había alguien desempeñando tal labor), además del hecho de que dicho cargo no es remunerado (aunque si tiene funciones importantes en la comunidad).

Aunque la Corte no invalidó la decisión tradicional, sí realizó un *obiter* que es indicativo:

Como es obvio, el principio de maximización de la autonomía, y el interés por lograr que los conflictos originados dentro de una comunidad indígena se solucionen al interior de esta (criterio sentado con especial fuerza en las sentencias T-1234 de 2008 y T-514 de 2009), no corresponde a esta Sala entrar a cuestionar el papel de la equidad dentro del derecho propio, salvo que la parte afectada expresara su inconformidad con su utilización, en el sentido de ser sorprendida por un mecanismo ajeno a la tradición cultural de la comunidad, minando la previsibilidad de la decisión.

Esta consideración no tiene el alcance de establecer un requisito argumentativo formal en cabeza del o la peticionaria en un caso determinado. Simplemente, significa que la decisión

⁶² Dice la sentencia “De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad”.

⁶³ Aquí la Corte formula que algunas reflexiones sobre la necesidad de “mayor traducción” y “mayor cautela” con comunidades con mayor grado de conservación, indicando que esta regla no es prescriptiva, sino descriptiva; esto es, lo que el juez debe hacer es, en vez de un juicio de valor, una constatación sobre qué tan *similar* a la cultura mayoritaria es la comunidad indígena.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

de una autoridad indígena previamente constituida y competente, se presume ajustada a derecho, en virtud del respeto por la autonomía de las comunidades étnicas, salvo que los afectados la cuestionen en sede de tutela, pues no corresponde a las autoridades jurisdiccionales nacionales (incluida esta Corte) desconocer oficiosamente esas decisiones.

Si bien la Corte fue cautelosa con las consideraciones de su sentencia, es importante llamar la atención sobre el rol que se guarda para sí el juez constitucional/occidental. Su papel es el de verificar si las decisiones de las autoridades son *correctas*, confirmando qué tanta previsibilidad tuvo la decisión y el rol de la figura de la equidad. Aunque la Corte trata de matizar el punto de la imprevisibilidad y la equidad, el mensaje es quedó claro: el juez de tutela debe verificar si la autoridad falló arbitrariamente cuando hizo uso inadecuadamente de la fuente del derecho auxiliar de la *equidad*⁶⁴. Lo que dice la frase “*significa que la decisión de una autoridad indígena previamente constituida y competente (...) se presume ajustada a derecho salvo que los afectados la cuestionen en sede de tutela*” puede ser traducido en “el juez constitucional verifica que la competencia y constitución de una autoridad indígena sea *correcta*, para presumir que su decisión es *correcta*, salvo que alguien acuda al juez de tutela aduciendo que es *incorrecta*”. En otras palabras, si hay una decisión que se presume ajustada a derecho es porque existe una decisión que no lo es y, en últimas, el que se guarda para sí la tarea de clasificar como válida o inválida la decisión indígena es el juez constitucional.

5. ¿Y tanto cuento para qué?...

De este recuento jurisprudencial se puede indicar que la Corte claramente reconoce la tensión entre los derechos liberales y los de diversidad étnica, así como entre la unidad de la nación y el pluralismo. En esas tensiones, la Corte ha optado por indicar que la autonomía de las comunidades indígenas es un *derecho* a determinar sus autoridades y procedimientos, sus costumbres y formas de ver el mundo; dejando a salvo la unidad de la nación y estableciendo el método de la ponderación⁶⁵ como herramienta de decisión.

La Corte ha sido constante en la reiteración de la regla de *maximización de la autonomía aborigen y la minimización de las restricciones*, que operan sólo en aquellos eventos en que se vulneren esos bienes sobre los cuales existe “un acuerdo intercultural”, los cuales son los enunciados en la sentencia del 96. La novedad se encuentra en la reinterpretación que se hace de la regla de “*a mayor conservación de las costumbres, mayor grado de autonomía*” ya que, según esta última sentencia, esta regla no es una descripción normativa sino una herramienta descriptiva; es decir, esta regla no está destinada a otorgar mayor o menor autonomía dependiendo del grado de *pureza* del grupo indígena, sino que se refiere al grado de “traducción” y cautela requerida por el juez constitucional al momento de intervenir en asuntos internos de la comunidad. Como se vio, el sentido original de esta regla era totalmente distinto, ya que establecía una relación directa entre

⁶⁴ Se usa un lenguaje supremamente jurídico/occidental a propósito.

⁶⁵ La ponderación hace referencia a un modo de decisión que elige entre dos principios que están en conflicto asignándole a cada uno de ellos un peso concreto en virtud de las características fácticas del caso, esto quiere decir que el valor derrotado en un caso no significa que sea de menor importancia frente al que resultó victorioso. Esto sólo significa que en *ese* caso concreto tiene mayor relevancia constitucional el principio ganador, siendo posible que en otros casos el principio derrotado logre preeminencia frente al principio ganador. Este modo de decisión distinto a la *subsunción* en tanto éste resuelve un conflicto entre dos reglas. En la subsunción la regla ganadora se considera ganadora de manera permanente y no sólo respecto a ese caso.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

el grado de preservación de los usos y tradiciones ancestrales y el subsecuente grado de autonomía que se reconocía.

Otro notorio giro jurisprudencial fue el que se hizo respecto al principio de la legalidad como elemento esencial del debido proceso. La legalidad y el debido proceso se cumplen con la mera existencia de una *previsibilidad* en las actuaciones sancionatorias de las autoridades indígenas desde un marco *institucional* que regule la vida social; lo anterior teniendo en cuenta la continua reconstrucción que las comunidades hacen de sus usos y costumbres como un presupuesto para evitar la exigencia de *petrificación* de las tradiciones nativas. La legalidad se asegura con la existencia de una institucionalidad en la comunidad que asegure una previsibilidad en las decisiones; y no, como se afirmó en el 94, con unos requisitos de taxatividad, retroactividad, etc.

Un punto bastante importante es el modo en que el juez constitucional ha de ponderar los derechos enfrentados en el caso concreto y ha de limitar la capacidad de sancionar de la comunidad tradicional. En esta sentencia se reiteran los derechos fundamentales como límite a la capacidad sancionatoria de las comunidades, y se los enfrenta, en una ponderación, a los derechos a la diversidad cultural y la autonomía indígena, en donde estos últimos *entran ganando*. En síntesis, los límites que deben obedecer las autoridades indígenas son dos y se aplican de manera subsiguiente, y no simultánea, de la siguiente manera: el primer paso es verificar si se está respetando el derecho a la vida, la integridad, el debido proceso y la prohibición a la esclavitud. Esta verificación no es un juicio de ponderación en la medida en que el juez no confronta estos derechos con otros, sino que establece si se están respetando o no. Si es así, entonces se hace uso del siguiente paso: ponderar los derechos enfrentados, en donde los derechos a la diversidad étnica entran con mayor peso *prima facie*; lo cual significa que el demandante tiene la carga de la prueba.

Puede decirse que mientras que en la sentencia T-254/94 la Corte resolvió el problema mediante un ejercicio de subsunción, en la medida en que en esta sentencia sólo se requería la verificación de la existencia de cualquier derecho fundamental o la existencia de una ley imperativa para anular la diversidad cultural; actualmente, los problemas relativos a la autonomía jurisdiccional de las autoridades se resuelven con de otra forma (con la ponderación), en tanto son dos principios de la misma jerarquía los que están en conflicto. Lo más notable es que los derechos a la autonomía indígena se tienen en cuenta con una presunción de *victoria*.

Como conclusión de este relato jurisprudencial puede decirse que el modo en que se ha resuelto la tensión entre derechos individuales y el derecho a la autonomía ha variado notablemente: desde una sentencia fuertemente liberal (en términos de Daniel Bonilla) a una posición en que el papel del juez constitucional se ve en alguna medida más reducido. Claramente esto demuestra una política más deferente con las comunidades indígenas, en la que no se las reconoce como incapaces o salvajes ni tampoco se les imponen *todos* los valores liberales. Todo ello se dirige a mostrar un nuevo status del indígena dentro del ordenamiento y dentro de la nación. La pregunta que queda por hacer es si tanta dicha será cierta.

Conclusiones. La Regeneración: tan pasada y tan presente

Actualmente, el indígena ya no es un incapaz o un estorbo para el progreso nacional. Por el contrario, desde la Constitución misma se afirma que esta diversidad es digna de protección. Sin embargo, falta reflexionar sobre lo que se esconde tras el hecho de que desde la Corte Constitucional se impongan unos límites a la jurisdicción indígena. Queda pendiente preguntarse si este acto no es una nueva forma de tensión, de violencia (siguiendo las palabras de Julieta Lemaitre⁶⁶) o de colonialidad del poder, que se manifiesta cuando los indígenas deben adoptar unas formas de justicia específicas y externas a sus memorias y a su pasado. Lo importante no es tanto el hecho de juzgar de una o de otra manera. La reflexión que se propone aquí consiste en explicitar que cada forma de juzgar tiene una ubicación geo-histórica específica y preguntarse si *nuestra* forma de juzgar tiene supuestos geo-históricos que son, o pueden ser, ajenos a la memoria y al pasado común de los pueblos indígenas. De acuerdo a los conceptos de geopolítica del conocimiento y política corporal del conocimiento, el andamiaje conceptual y moral que subyace a todos estos límites no es universal, sino que responde a un saber localizado temporal y geográficamente. Es un saber parcial y específico, en tanto tiene una historia grupal y biográfica. A medida que se imponen unos conocimientos sobre otros, se van marginalizando los saberes y las memorias de esos pueblos que se ven compelidos a adoptar los nuevos patrones epistémicos; lo que significa que con la captura de la memoria común y colectiva del lugar periférico se están descalificando los saberes y estas memorias desplazadas, es así que “*Las geopolíticas del conocimiento que las invisibilizan y localizan en lugares desiguales en las escalas de valoración, al igual que a los sujetos que las producen*” (Restrepo y Rojas, 2010: 174).

En el apartado introductorio de este escrito se incluyó una cita en la que Mignolo se refería a la diferencia colonial epistémica materializada en la posibilidad del intelectual alemán de resolver las cuestiones de todas las personas haciendo referencia a Kant y a Hegel (excluyendo a Guaman Poma), y la correspondiente *obligación* del intelectual indígena de obliterar su saber sobre Guaman Poma, reemplazándolo con Kant y Hegel. La diferencia colonial operaba en el sentido de la inferiorización del saber indígena respecto el saber occidental. Hablar desde Kant o Hegel tiene más sentido y corrección que hablar desde Guaman Poma, y creo que esa diferencia es replicable en el escenario constitucional analizado. Para *descubrir* cuáles son esos “bienes más preciados del hombre” sólo basta, por decir sólo algunos autores, conocer sobre Dworkin, Kymlicka, Kelsen, y toda la teoría positivista y del nuevo constitucionalismo que se ha desarrollado desde los años 50, en Europa y Estados Unidos. Aunque la Corte recurre a los peritajes antropológicos para determinar cómo se juzgan las faltas en las comunidades indígenas, luego de esa descripción viene una imposición. Luego de determinar cómo es que juzga la comunidad indígena del caso, se verifica si *lo hizo bien* o si se respetaron “los bienes más preciados del hombre” o si se impuso una sanción que era *previsible*, independientemente si esa comunidad considera que existen tales bienes más preciados (o si son los mismos que consideramos *nosotros*) o si consideran que la previsibilidad es algo valioso. La diferencia colonial está oculta en el hecho de que la Corte se reserva para sí la cualidad de la *racionalidad*. Si la Corte puede invalidar o validar las decisiones de

⁶⁶ Para esta autora (2009: 302) uno de los límites del multiculturalismo en Colombia es que “*el multiculturalismo de cierta forma imagina la violencia como anormal (...) No cree que la violencia pueda radicarse en sí mismo*” y en este sentido problematiza sobre la incidencia de la violencia en la formación de la subjetividad indígena, otra violencia, la que acá se propone, podría ser la configurada al momento de imposición de modos de juzgar y sancionar.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

las comunidades indígenas es porque se presupone la superioridad epistémica de la Corte sobre la autoridad indígena. Que la Corte Constitucional o la Corte Suprema de Justicia invaliden una decisión de un Tribunal Superior se puede justificar en que todos los actores responden a una misma lógica o perspectiva del conocimiento y, en ese sentido, puedan existir distintas interpretaciones desde el mismo marco; en este escenario, el asunto se revuelve mediante un argumento de autoridad. Pero en el escenario que se analiza en este documento sucede algo totalmente distinto, porque no todos los participantes responden a la misma lógica de conocimiento. Desde la decolonialidad, el argumento de autoridad es imposible de justificar sin reconocer que existe una diferencia colonial: una jerarquía entre los saberes y unas obligaciones desiguales para los actores. El argumento de autoridad funciona sólo en la medida en que se esconda la jerarquía entre los saberes. Una vez se hace evidente que los conocimientos responden a una base histórica, tanto individual como colectiva, que le da forma, la justificación del argumento de autoridad se va volviendo difícil de sostener. A medida en que se hace explícito que “los bienes más preciados del hombre” o el debido proceso “en clave cultural” tienen sentido sólo desde uno de los lados de la contienda, se vuelve más difícil de justificar el argumento de autoridad sin recurrir a una posición colonial que se reserve una superioridad epistémica en el sentido de poder encontrar una respuesta correcta, aun cuando sea correcta para sólo uno de los participantes.

¿No se está entonces continuando, en algún sentido, con la matriz colonial en el marco multicultural?, ¿no hay un diferencial de poder en la desigualdad en las comunidades indígenas respecto los jueces constitucionales, quienes no tienen la necesidad de pensar en lógicas distintas a las propias? Si la lógica colonial se expresaba en La Regeneración a través de la colonialidad del ser y de la connatural inferiorización del ser indígena mediante el recurso de su *raza*, la colonialidad se expresa, actualmente, a través de la colonialidad del saber a través de la inferiorización del saber indígena y su imposibilidad de fallar sus casos de forma correcta, y a través de la construcción y aplicación de los derechos fundamentales. Mientras que las autoridades indígenas tienen que pensar en sus propias costumbres y en las reglas de la Corte Constitucional, la Corte Constitucional sólo tiene que pensar en las suyas propias. Mientras que la lógica de la Corte puede escoger si sigue a Kymlicka o a Taylor, las comunidades indígenas no tienen esa opción. Mientras que la Corte decide cuáles son “los bienes más preciados del hombre”, las comunidades indígenas sólo pueden seguir tal elección. Si el yo trascendental en el que se escondía la geopolítica del conocimiento era Dios, actualmente esa función es cumplida por el yo trascendente del Derecho y los Derechos Humanos. Así, los Derechos son la nueva expresión de la diferencia colonial.

En este sentido, se pueden encontrar continuidades entre la Regeneración y la Constitución multicultural en la forma de relacionarse con el sujeto indígena. A primera vista el lenguaje respetuoso y garantista del texto constitucional vigente y el de las sentencias que han resuelto el problema jurídico de este documento contrastan fuertemente con el lenguaje despectivo y deshumanizador con que el derecho trataba al indígena. En el primer caso el derecho construye un sujeto con derechos, mientras que en el segundo se construye a un ser que, además de estar a medio camino entre lo animal y lo humano, es problemático en cuanto a su relación con la identidad nacional. Sin embargo, el recuento jurisprudencial mostró que hay algo oculto en la forma en que la Corte ha resuelto el problema de los límites jurisdiccionales de las autoridades

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

indígenas, pues hay muchas presuposiciones necesarias para que esas decisiones tengan sentido. Si en La Regeneración lo que se suponía era que lo blanco era superior a lo indígena, actualmente se presupone que existen unos “bienes materiales más preciados del hombre” que, *a veces*, las autoridades indígenas no *reconocen* en el caso que resuelve. Si en La Regeneración se suponía que los indígenas eran irracionales porque no permitían el uso adecuado de los recursos naturales, actualmente se presupone que, *a veces*, los indígenas no entienden que existen unos, y sólo unos, *derechos fundamentales*. En general, si en La Regeneración se asumía que los indígenas eran *menos humanos* (colonialidad del ser), actualmente se asume que *no conocen correctamente* (colonialidad del saber).

En estas circunstancias es difícil sostener que la relación del indígena frente al hombre *blanco* sea horizontal, o que hayan cambiado radicalmente los términos de la conversación desde La Regeneración hasta la Constitución multicultural. Claramente la Constitución y los procesos de movilización que le antecedieron introdujeron algunos cambios y tuvieron algunos logros. Por ejemplo, con la nueva Constitución, la deshumanización directa del indígena es políticamente incorrecta e inconstitucional. Pero este no es el fin de la historia, porque así como la colonialidad no terminó con el fin del colonialismo, la colonialidad tampoco acaba con la finalización de la colonialidad del ser. En este caso, lo que se sostiene es que con la nueva Constitución se cerró un frente, pero se abrió otro igual de poderoso. Con la Constitución de 1991 se hizo inviable la colonialidad del ser y la deshumanización del indígena se constituyó en un proceso bastante costoso, por lo que el funcionamiento de la matriz colonial se desplazó a la colonialidad del saber. En la medida en que el cuestionamiento del *ser* de la persona indígena se hizo tan difícil, la normalización de las jerarquías entre personas se desplazó al cuestionamiento de su capacidad de saber, particularmente en su capacidad de *saber decidir cuestiones jurídicas*.

Es por esto que la cita con que se empieza este ensayo es tan importante, así como lo es el ejemplo de Mignolo con Kant y Guaman Poma. La cita nos permite mostrar que si Dios fue el recurso con que se inferiorizó a los indígenas en cuanto poseedores de alma, actualmente ese recurso se secularizó y ahora trabaja por medio del derecho de los derechos fundamentales, no negándose los por no ser humanos, sino en un argumento más sofisticado que los reconoce como humanos, pero desvalora los saberes jurídicos que los indígenas despliegan. La Constitución misma les da la prerrogativa de decidir sus propios asuntos, pero los limita cuando les exige *que lo hagan correctamente*, lo que no sería problemático si los criterios de corrección fueran construidos entre ambas partes. El ejemplo de Guaman Poma nos deja ver cómo hay personas que tienen que adoptar esquemas mentales ajenos y otras personas no tienen tal obligación; no porque un saber sea superior al otro, sino porque no pertenecen al *locus* de enunciación *correcto*. Es así que actualmente el indígena enfrenta serios problemas en la tarea de alcanzar una relación horizontal con sus homólogos *blancos*. El derecho, en últimas, sigue construyendo relaciones verticales entre blancos e indígenas, el derecho sigue naturalizando jerarquías en las que los indígenas llevan las de perder. La Constitución multicultural sólo cambió los términos del debate, pero no las posiciones de quienes intervienen en él.

Lo que vuelve complejo el asunto es que quizás la Corte no ha podido actuar de otra manera. No sólo porque es obligación de los jueces resolver los litigios que se les presenta y sobre los cuales tienen competencia, sino porque, en el caso de la Corte Constitucional, los litigios se originan

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

por la propia acción de los sujetos que afirman el quebrantamiento de sus derechos constitucionales fundamentales. No sería entonces razonable pensar o exigir que los indígenas no puedan o deban pensar en función de derechos fundamentales por la simple razón de ser indígenas. Esa concepción sería ciertamente un esencialismo que equivale a tratar a los indígenas en términos de “pureza”, como lo hace la Corte en la sentencia T-254/94, o negarse a la idea de que los grupos humanos están en permanente cambio. Las sociedades indígenas, como todos los grupos humanos, tejen relaciones con otros grupos, adquieren nuevas tradiciones para olvidar otras y en el mismo sentido recuperan tradiciones perdidas para olvidar otras más nuevas. Los indígenas, o al menos algunos, usan y piensan en función de sus derechos fundamentales, los usan, los instrumentalizan y, como ya se dijo, es un hecho que estos derechos entran en choque con los reconocimientos de autonomía y diversidad cultural formulados en la nueva Constitución. Pensar entonces que la Corte debe negar la resolución de estas tutelas es igualmente irrazonable y extremista. El problema no es entonces si la Corte Constitucional se pronuncia o no, sino los insumos con los que lo hace. El juez no es un robot sin alma o creencias⁶⁷, sino una persona con conocimientos y valores anclados geo-temporalmente; por esto, pensar que su conocimiento es universalmente válido es erróneo e inadecuado. Entonces, dado que ambos extremos son impropios, es necesario encontrar un justo medio, pero ¿cómo hacerlo?

Un primer paso es distinguir el multiculturalismo de la interculturalidad:

¿Cuál es la diferencia? ‘multicultural’ significa que los principios hegemónicos del conocimiento, la educación, las nociones de Estado y gobierno, la economía política, la moralidad, entre otras cuestiones están controlados por el Estado, y bajo el control estatal, las personas tienen la ‘libertad’ de seguir adelante con su ‘cultura’ siempre y cuando no pongan en riesgo ‘los principios epistémicos’ que sustentan la política, la economía y la ética estatal” (Mignolo, 2007: 139).

Esto en correspondencia con lo dicho por Katherine Walsh (2002: 2) sobre que “la multi o pluriculturalidad parte de la pluralidad étnico-cultural y el derecho a la diferencia y opera principalmente por el reconocimiento y la inclusión dentro de lo establecido”. Es así que el multiculturalismo reconoce una diversidad dentro del Estado, pero sin visibilizar la diferencia colonial entre las personas; es decir, sin dar cuenta de que, en términos de la colonialidad del saber, unas personas conocen y piensan mejor que otras. El multiculturalismo es limitado por no tender puentes horizontales entre las comunidades, y la idea de los derechos culturales y las acciones afirmativas no hacen nada en tal sentido: que las comunidades indígenas tengan una circunscripción especial en el Congreso de la República (Art. 171 constitucional), que sus lenguas sean oficiales en el territorio que habitan y que allí la enseñanza sea bilingüe (Art. 10) o que tengan algunos cupos especiales para entrar a las universidades oficiales no cuentan para este fin. En últimas, la diferencia epistémica se repite en estos tres ejemplos: los congresistas *blancos* no tienen que adoptar una forma de pensar ajena a su historia de vida individual y colectiva, los *blancos* no tienen que aprender las lenguas nativas, ni el concepto de *universidad* es ajeno a su historia de vida. Estos tres ejemplos muestran la diferencia colonial cuando el indígena tiene que apropiarse de unas lógicas externas a su política corporal de conocimiento y la geopolítica del conocimiento, mientras que el *blanco* no. El multiculturalismo

⁶⁷ Para analizar el tema de las creencias del juez a la hora de decidir véase Dworkin (2007) o Kennedy (1999).

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

deja intacta tal diferencia con la ficción de que el reconocimiento de la diversidad, y los consecuentes derechos que se derivan de la misma, es suficiente para incluir a los indígenas o afrodescendientes.

Por ello, es necesario adentrarnos en la interculturalidad jurídica, esto es, adelantar un proyecto no sólo político/jurídico sino también epistémico que confronte las relaciones de poder que han invisibilizado, inferiorizado y naturalizado a grupos históricamente subalternizados mediante el reconocimiento de la no-unicidad ni universalidad de los conocimientos⁶⁸, esto es comenzar a ver los “otros” conocimientos en pie de igualdad, sin despreciarlos o verlos como menos válidos u objetivos porque no están acorde al método y a la memoria común del mundo occidental: “*es buscar un enriquecimiento y posible convergencia intercultural jurídica, que también permite incorporar de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, a la vez, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad se pueden empezar a entretrejer*” (Walsh: 2002: 5).

Interculturalidad implica entender que las lógicas, los mundos, son muchas; que han sido ubicadas en posiciones diferentes a lo largo de *la historia*. Significa reconocer que hay saberes que han ganado con el discurso de la modernidad, como hay saberes que han sido borrados o folclorizados por el mismo. Una vez se hace visible tal ubicación desigual, la interculturalidad obliga a reconstruir la relación entre los saberes desde posiciones paritarias:

Interculturalidad no quiere decir que la misma lógica se exprese en dos lenguas distintas, sino que dos lógicas distintas dialogan en pro del bien común (...) ‘Interculturalidad’, en sentido amplio, se refiere a los pueblos indígenas y su reclamo radical por los ‘derechos epistémicos’, que no son lo mismo que los ‘derechos culturales’ (...) No se trata de exigir un mero reconocimiento (como el en el caso del ‘multiculturalismo’ en Estados Unidos) en una nación donde ellos, y el quechua en tanto lengua y civilización, no tienen lugar, justamente porque la ubicación marginal define los límites de la identidad moderna (Mignolo, 2007: 139 y 141)

En este sentido, la interculturalidad jurídica entraña la necesidad de construir un proyecto que tenga en mente el papel de la cultura y de los conocimientos en la construcción y aplicación del ordenamiento jurídico, siendo conscientes de la riqueza y pertinencia de este proceso dialógico con sectores que han sido inferiorizados⁶⁹. Se trata de comenzar a crear nuevos conceptos y teorías para describir, interpretar y valorar la realidad, conocimiento que se construya desde las múltiples perspectivas que están en juego, sin despreciar o sospechar de las categorías occidentales, en la medida que aporten a la construcción de una igualdad real y al reconocimiento de los sujetos que componen la nación⁷⁰. En esta construcción hay que reconocer las posibilidades y nociones emancipadoras que pueden ofrecer todos los modelos que participen de ella, sin perder de vista que ningún saber es objetivo o universal, que siempre está atravesado por el contexto de surgimiento. La interculturalidad es “*poner en diálogo otros conocimientos subalternizados,*

⁶⁸ “*Requiere aceptar que el conocimiento no es uno y universal para quien quiera ingresar en él y que tampoco es uno el campo jurídico*” (Walsh, 2002: 2)

⁶⁹ Para ahondar sobre esta idea, véase Rojas y Restrepo: 173: 2010

⁷⁰ “*Nociones como las de sujeto, derechos, libertad, justicia, etc., están fuertemente ancladas al pensamiento moderno eurocentrado, y no por ello pierden su validez*” (Ibidem: 180)

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

fortaleciéndolos y creando posibilidades para construir formas de pensar desde posicionalidades subjetivas y situadas, que permitan dar la vuelta a la subalternización histórica” (Ibidem: 176).

Puede que ello sea una utopía o algo irrealizable en el corto plazo. Aun peor, poner en cuestión la utilidad de la *constitución multicultural* puede invisibilizar los logros y las emancipaciones que ella pudo haber traído⁷¹, y encarnar cierta arrogancia frente a la posible emancipación experimentada por los indígenas gracias a la Constitución del 91⁷². Igualmente, poner el debate en estos términos puede afectar a todos esos grupos de indígenas que usan el derecho estratégicamente, tal como lo hicieron los grupos de indígenas en la antesala de la expedición de la Constitución. Puede que todo esto sea cierto. No obstante, creo que no poner el debate en estos términos puede, asimismo, invisibilizar el camino que falta por recorrer o las estrategias que faltan por tomar para una completa decolonización, no sólo de los territorios, sino también de los lugares y las personas. Poner el debate en estos términos hace explícitas situaciones de injusticia a la que se ven expuestas todos los grupos que son inferiorizados. Indígenas, afrodescendientes, homosexuales, mujeres, personas con discapacidad pueden encontrar en este debate formas ocultas de opresión, y formas ocultas de emancipación. Creo que este es el primer paso para que todas estas poblaciones puedan decir “No, gracias, pero no; mi opción es decolonial” (Mignolo, 2007: 217)

Referencias:

- ARBOLEDA S. (1972), *La República en la América Española*. Banco Popular, Bogotá.
- ARIZA, L. J. (2009), *Derecho, saber e identidad indígena*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- ARIZA L.J. Y BONILLA D. (2007) *Pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico* en Merry, Sally Engle; Griffiths, John; Tamanha, Brian Z, *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá
- BOLÍVAR S. (1999), *Escritos políticos*, Editorial Porrúa, Méjico D.F.
- BONILLA D. (2006), *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- DWORKIN R. (2007), *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid.
- FERRAJOLI L. (2002), *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid.
- GARCÍA M, JARAMILLO I.C., RESTREPO E. (Comps.). (2005), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en Estados Unidos*, Universidad de los Andes, Bogotá, D.C.
- GARCÍA M. (1993), *La eficacia simbólica del derecho*, Universidad de los Andes, Bogotá.
- GEERTZ C. (1970), *Conocimiento local*, Editorial Paidós, Barcelona.
- GÓMEZ L., Interrogantes sobre el progreso de Colombia, Editorial Revista Colombiana, Bogotá.
- GROS C. (2000), *De la nación mestiza a la nación plural*, en *Museo, memoria y nación*, Ministerio de Cultura, Bogotá.
- HENDERSON J. (2006) *La modernización en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia, Medellín.

⁷¹ Como lo dije anteriormente, la no deshumanización del indígena es un logro que la Constitución de 1991 vino a apuntalar.

⁷² En este punto, debo agradecer a los comentarios del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Jerónimo Botero, quien con sus comentarios me hizo considerar preguntas no pensadas, pero también respuestas encubiertas en una falsa obviedad.

¿La Regeneración en la Corte Constitucional?

- HENDERSON J. (1985), *Las ideas de Laureano Gómez*, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá.
- HOEKEMA A. (2002), Hacia un pluralismo jurídico de tipo formal igualitario. *El otro derecho*, número 26-27, Bogotá.
- KENNEDY D. (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Bogotá.
- KYMLICKA W. (1996), *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona.
- LEMAITRE J. (2009), *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá.
- LÓPEZ D. (2006), *El derecho de los jueces*, Legis Editores, Bogotá.
- MALDONADO-TORRES, N. (2007), Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. En Castro-Gómez S. y Grosfoguel R. (Eds.), *El giro decolonial*, Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá D.C.
- MIGNOLO W. (2007), *La idea de América Latina*, Editorial Gedisa S.A., Barcelona.
- QUIJANO A. (2000), Colonialidad del poder y clasificación social, *Journal of World-Systems Research*, VI, 2, 342-386.
- QUIJANO, A. (2000b) Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En libro: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Edgardo Lander (comp.) Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires.
- QUINTÍN LAME M. (2004), *Los pensamientos del indio que se educó dentro de las selvas colombianas*, Editorial Universidad del Cauca, Popayán.
- RESTREPO E. y ROJAS A. (2010), *La inflexión decolonial*, Universidad del Cauca, Popayán.
- SÁNCHEZ B. E. (2001), *El reto del multiculturalismo jurídico* en GARCÍA VILLEGAS Mauricio y SANTOS Boaventura de Sousa (editores), *El caleidoscopio de de las justicias en Colombia*, Tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- SANTOS Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos, Bogotá.
- TODOROV T. (2007), *La conquista de América: el problema del otro*, Siglo XXI Editores, México.
- VASCO L. G. (2002), *Entre selva y páramo*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá.
- WALSH K. (2002), *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar: <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/WALSH%20CATHERINE.pdf>
- WILLS M. E. (2000), *De la nación católica a la nación multicultural: rupturas y desafíos en Museo, memoria y nación*, Ministerio de Cultura, Bogotá.