

## Derecho Aplicable

*Rosember Ariza Santamaría*

### I. Introducción

Este aparte nos debe ayudar a resolver la pregunta: ¿Qué normas resultan aplicables en cada uno de los tres casos objeto de estudio?

Un factor a tener en cuenta frente al derecho aplicable es la gran diferencia y complejidad de los sistemas jurídicos existentes en los países de América latina y, por ende, la gran diversidad de leyes y regulaciones de cada país, así como la interpretación por parte de los tribunales en las controversias que se suscitan por motivo del involucramiento de personas que tienen la condición de indígenas. La pretensión entonces en este acápite no es otra que dar unas pautas generales que permitan dilucidar el derecho aplicable en los tres casos que se ponen en conocimiento de las y los jueces y magistrados en perspectiva intercultural.

Por esto es clave precisar de entrada lo que entendemos por multiculturalismo e interculturalidad como mecanismos de diálogo entre sistemas jurídicos estatales y sistemas jurídicos indígenas.

Se insiste en que lo multicultural es un hecho, el multiculturalismo una intención política y lo intercultural una relación social. Intercultural es el término que da cuenta del conjunto de relaciones sociales entre las culturas o de las derivadas de un multiculturalismo. De lo intercultural se derivan acciones y valores que corresponden a situaciones de contacto. Intercultural es el cúmulo de relaciones sociales que ponen en relación a los hombres a partir del reconocimiento recíproco de las diferencias culturales.

El principio de reconocimiento es importante en términos de interculturalidad, porque el reconocer significa tener principios de acción comunes y principios de identidad en el funcionamiento del sistema judicial. La justicia intercultural es un acto performativo, crea realidad judicial, mantiene la identidad de todos los intervinientes en un proceso, sus lugares en el proceso, y sus competencias.

El respeto no está fundado en la tolerancia, en el sentido de aguantar y respetar lo absurdo, sino de ceñirse a los principios de toda práctica judicial. Es cierto que los sistemas jurídicos son unidades complejas, pero para que la maquinaria funcione adecuadamente, no se necesita que la intervengamos con criterios distintos a los que ella tiene para funcionar por sí misma. El respeto es el que tiene un juez por otro juez respecto de su independencia. Irrespetamos ese acuerdo fundamental con ciertas prácticas, cuando sin procedimiento judicial emitimos juicios de

valor, porque las prácticas judiciales indígenas nos resultaron equívocas a nuestros criterios legales, sin haber coordinado y comprendido el otro sistema judicial.

Por esto compartimos lo planteado por la Corte Constitucional Colombiana cuando exhorta a la sociedad mayoritaria al reconocimiento:

Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia. Sentencia T – 496/96.

Explícita la perspectiva para abordar el presente tema, lo pertinente es señalar los aspectos a abordar en esta aparte del Manual en lo que concierne al derecho aplicable, cabe iniciar por el alcance de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, lo segundo será lo referente a la jurisdicción nacional y su alcance en materia de diversidad y pluralismo jurídico, y lo tercero el reconocimiento material por parte del derecho nacional de los derechos propios o normas de las comunidades indígenas u originarias. Seguidamente revisaremos el bloque de constitucionalidad, elementos de ponderación-interpretación, peritazgo antropológico y todo en clave de resolver los tres casos objeto de estudio..

## II. Derecho aplicable

### 1. Derecho aplicable a partir de las normas internacionales

El derecho a revisar para garantizar el acceso a la justicia indígena en el marco de las normas internacionales está regulado por un conjunto de instrumentos internacionales de carácter general, entre los que se hallan: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Opcionales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer; la Convención

Internacional de los Derechos del Niño, entre otros. En el plano regional Americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, y el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la práctica los instrumentos que son indispensables para el ejercicio jurisdiccional son el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de pueblos indígenas.

Es necesario estudiar los respectivos instrumentos internacionales ratificados por los respectivos países, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales e instancias del sistema internacional de justicia buscando la unificación o armonía internacional de las decisiones. Para esto es necesario analizar los sistemas vigentes en dichas jurisdicciones, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de pueblos indígenas, para establecer qué elementos de dichos instrumentos y sentencias se pueden incorporar en la decisión nacional y local.

Hay normas de la jurisdicción internacional que determinan la autoridad nacional competente para conocer y decidir una causa donde los pueblos indígenas estén involucrados. Algunos ordenamientos nacionales tienen plenamente definido el reconocimiento del ejercicio jurisdiccional por parte de los pueblos indígenas como la aplicación de sus normas en sus territorios como vemos a continuación:

En Colombia el Artículo 246 de la Constitución Política de 1991 señala: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

En Perú la Constitución establece en el Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

La Constitución Venezolana por su parte en el artículo 260 señala: “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esa constitución, a la Ley y al orden público. La Ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

En la Constitución Mexicana conforme a la Reforma Constitucional (2001) estableció:

Artículo 2. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre los pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este Artículo, criterios etno-lingüísticos.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes; III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el Pacto Federal y la soberanía de los estados; III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el Pacto Federal y la soberanía de los estados; V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en términos establecidos en esta Constitución; VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la

tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley; VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos; VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

En Argentina la Constitución de 1994 establece: Artículo 75. Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

En Panamá el Código de Procedimiento Penal, Ley 63 de 2008 reconoce esta facultad en el Artículo 49. Competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas. Las Autoridades Tradicionales Indígenas tendrán competencia para conocer las conductas sancionadas de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica. La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales.

Además de lo señalado por las Constituciones y ordenamientos jurídicos, también se puede tomar jurisdicción por el principio de defensa o falta de justicia, o grave dificultad de defensa en juicio, o por denegación de justicia. Empero desde

el derecho consuetudinario internacional se reconoce que los pueblos indígenas tienen potestad para autodeterminarse-libre determinación y ejercer sus usos y costumbres. Así lo establece el Convenio 169 de la OIT. Considerando Quinto.

Preámbulo:

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Art. 8. 2:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Art.9.1:

En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren

La doctrina internacional establece entonces tres reglas para la aplicación del derecho La doctrina internacional establece entonces tres reglas para la aplicación del derecho, a saber:

- Ante carencia de normas sobre jurisdicción internacional en las fuentes de derecho interno se debe aplicar por mayor proximidad analógica las normas de jurisdicción internacional de la materia en cuestión, vigentes en los tratados internacionales.
- Ante carencias de normas específicas de jurisdicción internacional (lagunas) se debe recurrir a las normas nacionales de competencia territorial (jurisprudencia de las altas cortes).
- Los jueces y dispensadores de justicia aplicarán normativa internacional siempre que sea favorable a las partes<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Ver entre otros a: BARRIOS DE ANGELIS, Dante, "El proceso civil, comercial y penal de América Latina", ps. 241/2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989. KLETT, Selva, "La jurisdicción

Implica lo anterior revisar cuál es la jurisdicción más adecuada al fondo del caso. El juez nacional debe fallar como lo haría el juez internacional o ajustarse a las pautas establecidas frente al derecho indígena y entregar el conocimiento a la autoridad indígena respectiva si es el caso. Si se declara aplicable el derecho vigente (derecho estatal) a un caso que es por su naturaleza único e irrepetible, se habrán de tomar en cuenta también las normas del sistema jurídico indígena. No podemos de ninguna manera olvidar el principio del juez natural.

## 2. Derecho aplicable en las normas nacionales

Si tomamos como referente el caso colombiano este ha establecido el alcance y las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que reconoce a las autoridades indígenas en los artículos 246 y 330 de la Constitución. Estas normas establecen en cabeza de las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, derecho propio o ley de origen, así como el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y los Derechos Fundamentales.

Dado el grado de indeterminación de los derechos emanantes de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos:

- A mayor cohesión y autocontrol por parte del grupo y con el fin de asegurar la conservación de los usos y costumbres del grupo, se reconoce una mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constituyen los mínimos jurídicos para la convivencia y bajo ningún supuesto podrán denegarse.
- Las normas de orden público del derecho nacional priman sobre las normas de las comunidades indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena. No por la sola existencia de una ley contraria a las costumbres estas pueden ser desconocidas.
- Los usos y costumbres indígenas priman sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional.

---

internacional”, en “Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur”, dirig. Por Angel Landoni Sosa, Montevideo, FCU, marzo de 1997, p. 110.

Los casos decididos por la Corte Constitucional colombiana sobre cuestiones multiculturales ofrecen tres interpretaciones de la tensión entre diversidad y unidad cultural que existe al interior de la Constitución.

Las primeras dos señalan que los derechos individuales y el marco conceptual liberal en el que están situados deberían ser respetados por todas las culturas que habitan el país.

La diferencia entre estas perspectivas es solo de grado. Mientras que la primera no acepta ninguna excepción a la regla de que los valores básicos del liberalismo deben ser reconocidos por todas las culturas, la segunda indica que los derechos individuales pueden ser restringidos si hay evidencia de que este es el único medio disponible para evitar la desaparición de una cultura. Estos dos puntos de vista argumentan que al dar prioridad a las tradiciones morales y políticas de la mayoría se resuelve justamente el conflicto entre la cultura dominante y las minorías culturales. La única diferencia cultural que la Constitución reconoce y acomoda es entonces aquella producida por las varias interpretaciones del canon liberal. Como consecuencia, el Estado puede legítimamente invertir sus recursos en la transformación de cualquier tradición que se encuentre fuera de los límites del liberalismo (Bonilla, 2005: 3-6)

La tercera interpretación de la tensión constitucional indica que la autonomía jurídica y política de las minorías nacionales que habitan el país debe ser maximizada. Los únicos límites a esta autonomía, argumenta la Corte Constitucional Colombiana, deben ser los valores que gozan de un acuerdo intercultural: vida (prohibición de la pena de muerte), integridad corporal (prohibición de la tortura) y libertad (prohibición de la esclavitud).

La Corte Colombiana agrega a esta lista el debido proceso y la legalidad de los crímenes y de las penas, argumentando que se trata de un mandato expreso de la Constitución (artículo 246). Esta lectura de la carta política abre un espacio interesante para la acomodación de la diferencia cultural. Reconoce el carácter proyectivo de los valores morales y políticos favorecidos por la mayoría, así como la necesidad de acomodar a las minorías culturales sin que se les exija que se transformen en variaciones de la cultura hegemónica.

En general la mayoría de las constituciones de Latinoamérica establecen como límites que las costumbres e instituciones propias no sean incompatibles con:

- Los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y los derechos humanos.
- En materia penal que los métodos de control interno sean compatibles con:
- El sistema jurídico nacional, y
- Con los derechos humanos reconocidos internacionalmente



Estos elementos pueden tomarse en cuenta a la hora de revisar el conflicto alrededor de la práctica y el proselitismo religioso evangélico, por un sector del pueblo indígena, dentro de su territorio, es decir el caso referente a la oposición de principios constitucionales. Donde además podemos tomar en cuenta la Sentencia T-342/94 que plantea como ante la amenaza concreta de violación de los derechos fundamentales de la comunidad indígena “Nukak-Maku” a la libertad, libre desarrollo de la personalidad y libertades de conciencia y de cultos, y principalmente de sus derechos culturales que, como etnia con características singulares, tienen el carácter de fundamentales en cuanto constituyen el soporte de su cohesión como grupo social.

La Corte establece de manera precisa la protección Constitucional a la diversidad étnica y cultural como sigue: El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado. El reconocimiento de la referida diversidad obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y es consustancial, se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas. Por consiguiente, cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que impliquen violación o amenaza de la diversidad étnica y cultural de la comunidad “Nukak-Maku”, puede configurar la transgresión o amenaza de vulneración de otros derechos que son fundamentales, como la igualdad, la libertad, la autonomía para el desarrollo de la personalidad, la salud y la educación.

En cuanto a la libertad de cultos en esta sentencia la Corte establece: La libertad reconocida por la Carta Política de profesar y difundir una religión, que comporta el deber correlativo de no pretender, a través de la fuerza o de otros medios censurables e ilegítimos, homogeneizar religiosa ni culturalmente los diferentes estamentos sociales, significa para la comunidad indígena “Nukak-Maku” el derecho de poder conocer y practicar cualquier otra clase de pensamiento o culto religioso, lo cual es posible, sin que ello conduzca inevitablemente a una situación de conflicto entre su cultura y la de los extraños.

La Sentencia SU-510/98 del Resguardo Indígena Ika o Arhuaco, la Corte considera que la militancia o el proselitismo de otras religiones, dentro de territorio

Arhuaco, independientemente de que se realice por miembros de la comunidad o por terceros, pertenece a un género de conductas que por atentar contra el núcleo de las creencias de la comunidad, pueden ser objeto de serias limitaciones por parte de las autoridades internas y corrobora lo anterior la Sentencia T-1022/01, donde la Corte refiere el siguiente análisis:

Las sociedades y las culturas se han ido formando y conformando paulatinamente a través de la historia. La naturaleza humana va trazando las líneas de una nueva estructura, en un proceso vital que congrega un cúmulo de costumbres, tradiciones, sentimientos, actitudes, característicos de una determinada colectividad. Esta realidad no es extraña a las comunidades indígenas, quienes desde la conquista y colonización europea del continente americano sufrieron la implantación, generalmente violenta, de estructuras políticas, religiosas, económicas y sociales con el fin -hoy por hoy bastante discutible- de “civilizar” a estos pueblos. De lo que sí no cabe duda es del peyorativo proceso de aculturación que desde antiguo han padecido los pueblos indígenas. En este orden de cosas la comunidad Yanacona prohió la religión católica -tema en el cual los extremos procesales demuestran consenso-, sin que ello haya interferido o afectado negativamente su identidad de pueblo indígena, ya que al respecto conserva un conjunto de costumbres y tradiciones, con los sentimientos inherentes que se transmiten a través de la tradición.

Es menester que las y los jueces tengan en cuenta si en su respectivo país opera el fuero personal o el territorial a fin de aplicar dicho fuero. En el caso Colombiano la Corte Constitucional determinó los elementos que constituyen la noción de fuero indígena; por una parte, el elemento personal, con el que se pretende señalar que “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y, por otra, el elemento territorial, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar “las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. Sin embargo, cuando un indígena realiza una acción reprochable afectando a quien “no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo”, el juez penal puede “enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”; por tanto, éste deberá tener en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales son los competentes para conocer del caso; sin embargo, éstos deberán “determinar si el sujeto agresor entendía, al momento

de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero”. En segundo lugar, si la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos, el juez penal deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar “si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”.

### 3. Reconocimiento material del derecho propio

El concepto de sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, hace referencia a una noción que da centralidad al reconocimiento. Lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas y la potestad que ellos mismos les confieren a algunas personas de su comunidad para impartir justicia.

Dicho de otro modo ese concepto es relativo de manera directa al hecho de que los indígenas tienen sus propias filosofías jurídicas, sus privativos órdenes normativos, sus adecuadas instituciones y sus pertinentes jueces; y, que en tal orden, dichas instituciones y jueces son diferentes, competentes, independientes y autónomos en sus procedimientos y decisiones.

Con el reconocimiento de la jurisdicción lo que se acepta es la existencia real y jurídica de la autonomía diferencial de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas respecto del sistema jurídico nacional que lo reconoce, con base en las siguientes características propias: un sistema cultural, una trayectoria histórica, una formación jurídica y una configuración política; vale decir, son sistemas jurídicos que dependen de sus propios sentidos de espiritualidad, resistencia, justicia y autonomía.

Podemos considerar en el caso del baño de ají una práctica de derecho propio a pesar de no estar conforme con el ordenamiento nacional, estos elementos que siguen contribuyen a dilucidar este común interrogante.

Se debe partir del Bloque Intercultural Jurídico (BIJ) entendido como un conjunto de normas legislativas<sup>8</sup> que permite una doble entrada para determinar la

---

8 Para Rodríguez (2005) “las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios... (citando a Zagrebelsky (1995:23) confirma)... ‘Por ello, distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley’... (termina aclarando apoyado nuevamente en Zagrebelsky (1995:110) en la nota a pie de página)... Esta aparente simplificación, se atenúa cuando supone que las Constituciones a su vez contienen no sólo principios sino también reglas” (Rodríguez, 2005:10).

competencia de la Jurisdicción Especial Indígena: el autorreconocimiento de los indígenas, y en segundo lugar la potestad de los pueblos de impartir justicia, con ello se brinda una integralidad básica para no quebrar el ordenamiento: respeto y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y respeto y protección de los derechos individuales de las personas indígenas. Con ello la gente indígena puede acceder a la jurisdicción con tranquilidad con el fin de obtener pronta, específica y cumplida justicia.

El fundamento se halla en la necesidad de los pueblos indígenas de que ese derecho no sea vulnerado, y del sistema de que no se paralice el servicio de justicia, por lo que la protección de la jurisdicción indígena protege el interés general de la estabilidad del sistema jurídico, para no generar incertidumbres que desdibujen los mecanismos institucionales legítimos de administración de justicia. Por ser la seguridad jurídica uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza, no puede quebrantarse ese principio, pues ella asegura la existencia de la sociedad pluriétnica y la paz interior intercultural.

El BIJ contempla los tratados internacionales, la Constitución vigente, la legislación nacional e indígena y por supuesto la ley de origen.

#### 4. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia

A continuación presentamos el denominado Bloque de constitucionalidad que es aplicado en la mayoría de países de la región, los Estados incorporan en su constitución respectiva el ordenamiento internacional de derechos humanos dándole el estatus de normas constitucionales.

En el caso de la Constitución colombiana establece que el Estado reconoce los principios del derecho internacional aceptados por el país (Art. 9º), así como la necesidad de interpretar las normas de derechos humanos “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Art. 93), de no entender las normas de derechos y garantías de la Constitución y los Convenios internacionales como “la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (Art. 94); la prohibición de negar las reglas del Derecho internacional Humanitario en caso de declararse el estado de excepción (Art. 214); la incorporación dentro de la legislación interna colombiana de todos los Convenios internacionales del trabajo (de la OIT, Organización Internacional del Trabajo) firmados y ratificados por Colombia (Art. 53), y el hecho de que los límites previstos por la Constitución de 1991 “sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República” (Art. 102, N° 2), es lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad.

Para el caso de los Pueblos Indígenas, podremos ver tres fuentes normativas principales para interpretar lo que significa la Jurisdicción Especial Indígena (dos internacionales y una constitucional), según el siguiente cuadro:

## Bloque de constitucionalidad\*

### Normas internacionales

#### Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991)

Artículo 8  
Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

#### Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.  
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

### Norma constitucional

#### Constitución Política de Colombia

Artículo 246  
Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

\* Las normas que se incluyen en el bloque de constitucionalidad no son todas las existentes en el caso de Colombia, solo se incluyen estas pocas a manera de ejemplo.

### III. Elementos de ponderación e interpretación

Las culturas no se relacionan en abstracto, y cuando se relacionan no son las personas portadoras de cultura las que determinan el hecho intercultural, aunque sin ellas no se podría manifestar explícitamente. Lo que se relacionan no son indígenas con no indígenas, sino tradiciones espirituales con filosóficas, leyes con costumbres, palabras con conceptos, problemas con soluciones, y necesidades con satisfacciones. La preposición “entre” es denotativa de una relación entre significaciones, sentidos, costumbres, tradiciones, y modos de vida. En suma, relación de significaciones que son distintas entre sí, suscitadas por una misma cosa o situación en contacto.

Según la Corte Constitucional Colombiana:

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad... En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. (Sentencia T-496/96)

La misma Corte señaló que

Aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución -directa o indirecta-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. (Sentencia T496/ 96)

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte Constitucional, que en sentencia hito T 496

de 1996<sup>9</sup> estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Resulta evidente, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos. (el subrayado es de la Corte)

El marco constitucional colombiano permite entender la importancia colectiva e individual de la protección cultural, espiritual e identitaria de las personas y de los pueblos indígenas. En cierta medida la Corte ha previsto la interculturalidad como se menciona a continuación:

La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política. (Sentencia T 496/ 96)

En la interpretación jurídica sobre el principio de diversidad étnica y cultural, respecto de la solución constitucional a conflictos con otros principios de igual jerarquía, se desarrolló la idea de diálogo intercultural, como un mínimo de con-

---

9 Se entiende por Sentencias Hito aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las SU no son, a priori, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea. El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador.

Para ampliar la información sobre las distintas sentencias de la Corte Colombiana revisar el texto del profesor Olano: [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/documents/13Olanoult.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf)

vivencia entre las distintas culturas. Mínimo que debe ser tenido en cuenta en la administración de justicia.

Cabe recordar que al ser relacional, la interculturalidad no busca ni la secesión judicial ni la subsunción de la jurisdicción indígena en cualquier otra ni viceversa; por el contrario busca que se puedan conectar —eso sí— preservando la identidad judicial y construyendo la cooperación, para que los sistemas jurídicos se desarrollen manteniendo celosamente sus respectivas independencias y armonías internas.

## 1. Ejemplo de ponderación

En sentencia constitucional de unificación, de referencia SU- 510 de 1998, se planteó un problema jurídico entre derechos individuales y derechos colectivos, en donde se encontraban en conflicto el derecho de libertad de cultos con el derecho colectivo a la integridad e identidad cultural, y donde la Corte se planteó el siguiente problema jurídico: ¿las autoridades tradicionales de una comunidad indígena pueden limitar el ejercicio de libertad de cultos de miembros pertenecientes a ella, en aras de preservar la integridad e identidad de su cultura?

### LOS EVANGÉLICOS

La Corte Constitucional al respecto determinó que:

En el presente caso quedó demostrado que los dogmas y prácticas religiosas de los indígenas (...) contradicen elementos centrales de la cosmovisión (...) Adicionalmente, se probó que tal contradicción compromete seriamente (1) la organización político - religiosa de la comunidad; (2) la obediencia y respeto a las autoridades tradicionales y (3) el acatamiento de normas tradicionales (...). En este sentido puede afirmarse que el ejercicio de la libertad religiosa (...) amenaza gravemente el derecho fundamental a la integridad cultural de la población". Prosiguió la Corporación diciendo que "en el caso presente, la actuación de las autoridades indígenas se relaciona directamente con el corazón de las creencias que conforman la cosmovisión (...) y en virtud de las cuales adquieren y reproducen constantemente su identidad como pueblo diferenciado. Esperar de las autoridades indígenas un comportamiento diverso, sería obligarlos a renunciar a sus creencias más firmes y arraigadas, puesto que en ellas descansa su identidad y, por consiguiente, sus rasgos distintivos etnoculturales.

La Corte terminó amparando y privilegiando los derechos fundamentales a la integridad cultural de la comunidad indígena sobre la libertad de cultos, como



consecuencia de que estas autoridades están embestidas y facultades para proponer los límites que ellos consideren convenientes con el fin de preservar su legado cultural.

#### IV. Peritaje antropológico

Los indígenas son procesados con base en valores vehiculados en un orden, un idioma, y un procedimiento diferente al propio. Así, la impartición de “justicia”, pierde su sentido. El peritaje antropológico intenta aportar un poco de comprensión al caso indígena que se está enjuiciando, al explicar la acción “delictiva” desde la visión interior de la cultura jurídica indígena. Sin embargo, el perito es un apoyo al juzgador, quien es el facultado para armar el caso según la lógica del derecho estatal. De esta manera, por ejemplo, de nada servirá mostrarle que en una comunidad indígena las acciones que se cometan en estado de ebriedad de una persona no serán consideradas como delictuosas, o que es una obligación erradicar cualquier elemento (animal, vegetal, humano) que altere el equilibrio social. (Sánchez: 2005:31).

El peritaje cultural representa una herramienta de suma utilidad para el defensor cuando la conducta de su defendido puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, ya que permite poner la luz sobre los hechos y las valoraciones que se hacen de aquellos desde la perspectiva cultural que es la suya.

El peritaje jurídico-antropológico sirve al defensor de herramienta para mostrar que la conducta del sujeto indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual pertenece, es decir, que permite efectuar un salto cualitativo en la argumentación de defensa del indígena procesado, así de combatir la culpabilidad, se pasa a combatir la anti-juridicidad de la conducta litigiosa. La argumentación jurídica ya no se centra en las condiciones propias del individuo procesado, sino en la conducta en sí misma. La estrategia de defensa se centra entonces sobre las causas de justificación para la exclusión del delito (Lechenal, 2008: 192).

En esta perspectiva, el peritaje jurídico-antropológico se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas al “objetivar” lo jurídico, inmerso en las relaciones sociales de estas. Del mismo modo, se constituye como un instrumento de traducción de un lenguaje al otro, o de una lógica cultural a otra, del lenguaje del sentido común y oral de la comunidad y de su lógica cultural propia al lenguaje especializado del juez y a la lógica jurídica del derecho positivo.

Los periciales examinan diversos tipos de conducta que pueden considerarse como racionales o irracionales, siempre reviste especial interés la relación entre

diferentes estructuras ya sean económicas, religiosas o políticas. Esto implica una visión holística, un trabajo de campo sobre el terreno, un análisis comparativo y una manera particular de elaborar conceptos generales a partir de datos empíricos<sup>10</sup>.

Lo que el operador judicial que revisa el concepto pericial no puede hacer es considerar su palabra como la última y única. Puede con la autoridad del pueblo respectivo considerar una solución conjunta. Esta coordinación inter jurisdiccional permite una armonización entre sistemas jurídicos paralelos donde uno no subordina al otro.

Lo que está en tela de juicio es la creencia dominante en un sistema jurídico que genera reglas de conducta —expresión de valores culturales— generales, que son la base de enjuiciamiento a personas cuyos valores culturales son diferentes, ajenos a los “generales”. En este sentido, el apoyo que brinda el peritaje antropológico será limitado mientras no se reconozca la (co)existencia formal de la jurisdicción estatal y la jurisdicción consuetudinaria indígena.

La antropóloga Esther Sánchez afirma que para desarrollar los entendidos o dispositivos particulares, concebidos para comprender, estructurar y proyectar la información procedente de los diferentes casos individuales o colectivos, que guían la realización de las pruebas judiciales antropológicas, se requieren cuatro ejes:

- La primera cuestión a plantear es la posibilidad de valorar en el marco de una nación los derechos y las justicias indígenas tienen que ver con “no ver que no vemos”.
- Desde la perspectiva de la cibernética, los sistemas autorregulados son sistemas cerrados desde el punto de vista de la información.
- Tercer aspecto ¿Conocimiento empírico y/o conocimiento en construcción?
- Los “indios” han sido conocidos como seres cuya identidad ontológica está definida por nacimiento o por portar determinadas características. Pero no son pensados y tratados como seres en devenir cuya identidad no es el mantenimiento de algo inmanente y estático, sino que son invención permanente de identidad en relación tanto al propio mundo como al externo.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en una sociedad multicultural, implica entonces la captación interpretativa del sentido, y el conocimiento profundo de las señales que cada sociedad emite como construcción diferente

---

<sup>10</sup> Para ampliar la información en el tema de peritaje antropológico ver: LECHENAL, Cecile. (2008) Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, En: Hacia sistemas Jurídicos Plurales, Konrad Adenauer, Bogotá.

entre otros aspectos de la vida armónica, del límite para evaluar el peso de las acciones dañinas sobre su universo natural, animal y personal.

Debe entonces el juez u operador judicial echar mano del peritaje en los tres casos o solo es necesario cuando se presentan dudas razonable por parte del operador, esta consideración implica que no siempre es obligatorio el peritaje, pero por las características de los temas abordados en los tres casos de entrada podríamos reconocer la pertinencia del peritaje para todo caso como regla general. Entendiendo que las propias autoridades indígenas también pueden dar cuenta de su propio ordenamiento jurídico y no siempre a través de un profesional autorizado.

## V. Literatura recomendada

- ARIZA, Rosembert (2010) El derecho Profano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- CHIVI VARGAS, I. M (2009) Los Desafíos de la Justicia Comunitaria (y Bases para una “Ley de Deslinde Jurisdiccional”), La Paz, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009; El valor de la jurisdicción indígena originario campesina en Bolivia, en Aporte DPLF (Fundación para el Debido Proceso Legal
- GAVIRIA, Carlos. (2002). Sentencias: Herejías constitucionales. Fondo de Cultura Económica. Bogotá.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Pensamiento Jurídico – Revista de teoría del derecho y análisis jurídico No. 12 “Justicia Comunitaria” Parte I. Santafe de Bogotá: Unibiblos, 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (1994) Sentencia T-254. Magistrado ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz
- (1996) Sentencia C-139. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
  - (2003) Sentencia T-522 Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández
  - (2003) Sentencia T-552 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil
  - (2005) Sentencia C-059 Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández
  - (1996) Sentencia T-496 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
  - (2004) Sentencia T-1238. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil
  - (1996) Sentencia T-349. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
  - (1997) Sentencia T-523. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
  - (2003) Sentencia C-127. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.
  - (1998) Sentencia SU-510. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz
  - (1995) Sentencia C-536 Magistrado ponente Vladimiro Naranjo
  - (2001) Sentencia C-1195 Magistrados ponentes Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy
  - (2004) Sentencia C-103 Magistrado ponente Manuel José Cepeda
  - (2001) Sentencia T-1022 Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería
  - (2002) Sentencia T-239 Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra
  - (2006) Sentencia SU-154

## VI. Bibliografía Consultada

- ARIZA, Rosembert. (2007) Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia En: Justicia Consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente. Quito. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung,
- BONILLA; Daniel (2005) Los Derechos Fundamentales y la diferencia Cultural. Análisis del caso colombiano Universidad de los Andes. Bogotá
- GÓMEZ, Herinaldy (2000) De la coordinación entre el sistema judicial y la jurisdicción indígena En: De la justicia y el poder indígena. Serie Estudios Sociales. Editorial Universidad del Cauca.
- GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio (2008) Presidente Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. “Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. Avances del caso Colombiano” Intervención realizada en el Encuentro Regional Andino de Interculturalidad y Acceso a la Justicia (Santa Cruz, Bolivia) Noviembre 17 de 2008.
- ITURRALDE, Diego (2009) Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena y la modernización del estado. En: Los derechos colectivos: Hacia una efectiva comprensión y protección. Libro 16 Ministerio de justicia y derechos humanos, Ecuador.
- LECHENAL, Cecile. (2008) Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, En: Hacia sistemas Jurídicos Plurales, Konrand Adenauer, Bogotá
- SANCHEZ BOTERO. Esther. (2004) Justicia y pueblos indígenas de Colombia: La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural, 2ª ed., Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- SANCHEZ BOTERO. Esther. (2005) Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los Sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas.
- ZAMBRANO, Carlos. (2005) Módulo de capacitación intercultural para la sensibilización de la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena. Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Organización Nacional Indígena de Colombia y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. Sin publicar.