

Peritaje 12

Caso paez

Niega prácticas culturales distintas al derecho liberal

Un joven paez fue sometido a «reclusión reservada» por las autoridades indígenas del *Cabildo* de Belalcázar tras aceptar haber participado en el robo de unas gallinas. Esta sanción tuvo una característica particular por mantenerse en secreto el lugar de aislamiento y paradero del menor. La madre llevó a su hijo ante las autoridades de Talaga, un poblado del departamento del Cauca, aunque él voluntariamente no quería, dado que la víctima del robo no acusaba a los partícipes; pero, ante todo, la madre lo presentaba a las autoridades porque sabía que el joven estaba en peligro inminente de ser asesinado por personas «tradicionales» de la comunidad, que defendían un determinado orden. Ante el riesgo de muerte, la autoridad tradicional de Talaga, conocedora del asunto,¹ solicitó apoyo a la autoridad indígena de Belalcázar y, junto con la madre y en presencia de un obispo que actuó como garante y testigo, definieron que, en primer lugar, el joven habría de ser protegido por el *cabildo*, institución de gobierno y autoridad impuesta en el siglo XVIII; en segundo lugar, se debía informar a la madre sobre las condiciones de su hijo. Pasados tres meses, la madre manifestó a la autoridad el deseo de saber dónde estaba su hijo para verlo, pero esta le negó esa posibilidad, por lo que la madre acudió al personero municipal para que intermediaran en el caso. Cuando la autoridad tradicional con competencia jurisdiccional fue citada por el personero, sustentó mediante escrito:

La madre es conocedora de los motivos que llevaron al Cabildo a hacer una *reclusión reservada*; incluso la madre dio la autorización para trasladar y mantener en secreto el sitio donde se encuentra el retenido, comprendiendo el riesgo que podría correr y ello nos llevó al Cabildo a dar la protección que se requiere en estos casos. Por lo anterior y en defensa del restablecimiento de la armonía que posibilita la convivencia de la comunidad, del *Resguardo* y especialmente de la comunidad de río Simbolá, niego dar información del sitio de retención del menor.²

La negativa fue comunicada por el personero a la madre.

En nombre del menor y contra el cabildo indígena de Belalcázar, la madre decidió:

[...] tutelar el derecho al debido proceso, proteger los derechos consagrados para los capturados en el artículo 377 numeral 5.º del Código de Procedimiento Penal, y ordenar al señor gobernador del Resguardo Centro, que informe constantemente el lugar donde se encuentra el hijo y también acerca del estado actual del proceso que se le sigue.³

El juez del Juzgado Promiscuo Municipal de Paez (Belalcázar, Cauca) admitió la demanda y en sentencia del 18 de octubre de 2000, denegó las peticiones de la actora valorando lo expuesto por la autoridad indígena, que reiteró lo expresado al personero, es decir, los valores de convivencia y equilibrio que animan la cosmovisión del indígena en aras de su mejor comprensión por parte de las

¹ En relación con la entrega expresó no estar segura de que existiese algún documento o acta. Se evidencia así que el derecho paez no siempre es escrito. Algunos cabildos han incorporado los escritos para hacer constancias o definir avances dentro de los procesos que llevan a cabo.

² Respuesta del gobernador Marco Tule Mosquera al personero Jorge William Ordóñez, 23 de septiembre de 2000.

³ Acción de tutela ante juez promiscuo municipal de Paez, 6 de octubre de 2000.

autoridades no indígenas, y el concepto de «justicia resocializadora con arreglo al entorno», y argumentó que no existía vulneración al debido proceso. La madre no apeló, pero la Corte Constitucional, con competencia jurisdiccional para la revisión de todos los fallos de tutela, solicitó, como nuevas pruebas, un peritaje antropológico⁴ y una declaración del gobernador del Cabildo con competencia jurisdiccional y decidió revocar la decisión de primera instancia, por considerar que se había violado el debido proceso.⁵

El caso ejemplifica desacuerdos, en consideración a los derechos a la distintividad y a lo propio del pueblo paez, entre el magistrado ponente, el juez de primera instancia, la autoridad tradicional y la perito antropóloga. Estas diferencias son la base para estudiar un conflicto conocido en la jurisdicción especial y examinado en dos tribunales de la jurisdicción ordinaria, diferencias que develan cómo se vive la interculturalidad y en consecuencia el pluralismo jurídico formal.⁶ Los alegatos y pruebas que enfrentan a sociedades distintas muestran ante todo el modo como se relacionan los jueces interactuantes a partir de sus propias concepciones culturales, lo cual hace ineludible estudiar la dimensión plural de lo jurídico y exhibir los lugares en que esta dimensión se intercepta y se articula con lo político, lo ideológico y lo cultural, fundamentos que permiten cuestionar la autonomía política efectiva del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. La disputa puede resumirse en dos cuestiones:⁷ ¿cómo interpretan el magistrado ponente, el juez local, la autoridad tradicional y la perito la medida de ‘reclusión reservada’ del joven paez?; ¿si restringir esa medida lesiona el reconocimiento constitucional a la diversidad y en consecuencia los valores culturales de la comunidad paez expresadas por las autoridades propias?

Los paeces

En el departamento del Cauca viven los paeces, el pueblo indígena más numeroso del país.⁸ Ellos han mantenido históricamente una gran conciencia de grupo distinto y han resistido con el fin de amparar el derecho étnico a manejar políticamente los que consideran sus asuntos y a transmitir categorías culturales que se viven socialmente y que, tanto a nivel de creencias como de prácticas, les permiten diferenciarse de otros pueblos indígenas, y de mestizos y afrodescendientes que conviven con ellos en su territorio. Los paeces se sienten pertenecer a una sociedad cuyos referentes cognitivos generan en el individuo restricciones para hacer libremente cualquier cosa. Sus prácticas culturales, enmarcadas en creencias sagradas y en la institucionalidad de lo económico, son obligatorias y configuran un sentido de responsabilidad para mantener un orden definido como armonioso y deseable, lo que convierte a los individuos en sujetos de deberes, para que su sociedad pueda seguir teniendo el derecho a ser distinta.

La protección de la vida y el ser honrado son fundamento de gran orgullo; por eso *pesue* —el concepto contrario de honrado— se identifica con el que toma de otros lo que han trabajado, bien sea bajo la institución de la *minga*, en la que rotativamente un grupo apoya con mano de obra a un comunero, o con el *cambio de mano* y fuerza de trabajo individual. Ser trabajador y productivo en el cuidado de animales y en la agricultura implica compartir con huérfanos y viudas y con los que no han sido exitosos en estas faenas. Por eso, de modo institucionalizado, se ofrecen productos agrícolas y las

⁴ Peritaje realizado por la suscrita, Esther Sánchez Botero. El peritaje fue objeto de 3 ampliaciones.

⁵ ST 1127-01. Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁶ En la obra citada, el concepto de ‘pluralismo jurídico formal’ es planteado por André Hoekema como categoría base, para después calificarlo como de tipo igualitario o de tipo unitario.

⁷ La expresión ‘cuestión’ es usada de la misma manera que en la lógica informal, a saber, es la determinación lingüística en forma de pregunta que se desarrolla para identificar una controversia determinada, que sirve para reconocer, por las partes en contienda, sus posturas con respecto a la misma y los argumentos que utilizan para defenderla. García, Ricardo, *Uso de razón. Diccionario de falacias*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, pp. 21-39.

⁸ Sánchez B., Esther, Peritaje antropológico a la Corte Constitucional. Respuestas al magistrado ponente.

primeras crías de los animales como expresión del dar, que permite a su vez recibir en un ciclo que se repite y que mantiene unas condiciones de igualdad generalizada, la cual se considera como un valor propio.

Ser paez implica practicar desde bien temprano en la vida ciertas conductas que se vuelven naturales, como la de ser trabajador. Por ello es previsible que si hoy se es ladrón (*pesue*) del trabajo de otros, se adivina una identidad que, a futuro, no favorece a la persona ni al colectivo que a través del sujeto ladrón está siendo transgresor. Ser «manilargo» (ladrón) implica estar catalogado en la clase menos aceptable de los seres humanos ubicados en *yu*, a donde pertenece el cerdo (*cuchi*), que no puede seguir lo que está culturalmente acordado, por ejemplo, respetar un terreno sembrado o una barda para separar espacios delimitados. A un ladrón se le iguala con el cerdo, que no sigue las reglas de cultura y por ello suele aprovecharse de lo trabajado por otros, a menos que se le encierre. Encerrar al cerdo hasta que se acostumbre a no dañar garantiza también que nadie atacará al animal para vengar el daño causado por él. El cerdo comparte el subsuelo (*yu*) con otros elementos que, según sus creencias, pudren o hacen daño a otros, como la sal, los esqueletos de los antepasados malos, la serpiente o el plátano y es un espacio del mundo donde todos están quietos.⁹

Los familiares adultos son los portadores de los valores de la etnicidad y la cultura, centradas en el sistema de parentesco patrilineal y patrilocal, que genera deberes y derechos más allá de la familia nuclear: los varones son considerados el vínculo de unión entre grupos patrilocales, función que el joven ladrón no cumple, por lo que se hacen necesarias acciones correctivas debido al individualismo que ha demostrado, asentado en su propio bienestar y no en el de la comunidad a la que se está obligado como miembro.

Entre los paezes, un joven de 15 años es considerado, pensado y tratado como un sujeto capaz, maduro para diferenciar lo permitido y lo prohibido; debe ofrecer signos de trabajador y honrado, porque a esa edad ya se está ligado a la sociedad mediante la capacidad de ofrecer fuerza de trabajo e intercambio de servicios. El ‘interés superior del menor’ para el pueblo paez, de conformidad con los derechos y deberes de los niños y jóvenes, es que pueda llegar a ser un individuo paez, querido y respetado por todos, como producto del manejo adecuado de las condiciones personales que lo harán más cercano al ideal de miembro adulto de esta colectividad.

Cierta dependencia respecto a la sociedad mayoritaria ha generado en los paezes prácticas nuevas, como un ahorro comunitario preventivo en gallinas y huevos, ya que esta sociedad tiene una economía llamada ‘de centavo’. Estos bienes ahorrados, pensados como de todos, se acopian asumiendo limitaciones económicas; los guardan para sí mismos o para otros que lo requieran y representan liquidez para adquirir, en situaciones especiales, drogas para las enfermedades, sal, petróleo, transporte, etc. Dentro de su sistema simbólico, las gallinas y los huevos están ubicados en *sek*, el plano superior más sagrado, que comparten con el calor, la coca, la circularidad, la araña (símbolo paez de fertilidad), el chocolate, la oveja, la mochila, entre muchos otros elementos de una taxonomía que cognitivamente está conceptualizada y precisada de forma amplia.¹⁰ El robo de gallinas es entonces una malversación del ahorro preventivo, ahorro clasificado como un bien limitado que ha de proteger la vida de los enfermos y la fertilidad de las parturientas, que deben consumir gallinas, de acuerdo con la costumbre. Estas gallinas son, pues, una reserva de la que no puede beneficiarse nadie que no

⁹ Sánchez B., Esther. “Aproximación al estudio cognoscitivo de la alimentación”. Curanderismo. *Memorias del simposio de medicina tradicional. Curanderismo y cultura popular en Colombia hoy*. Serie Memoria de Eventos Científicos. Colciencias, 1989.

¹⁰ Sánchez B. Esther (1989). “Sistemas cognitivos de la alimentación”, *Memorias del Simposio de medicina tradicional, curanderismo y cultura en Colombia*. Serie Memorias Científicas ICFES, Bogotá.

lo requiera y menos cuando no se está contribuyendo a garantizar y fortalecer la existencia de ese fondo.

Respecto del desarrollo de los individuos, los paeces también son eminentemente preventivos y anticipados; conciben que en toda persona existe una parte que ya está moldeada, pero hay otra que hay que formar porque en cada individuo el *pta'nz* (poder de transgredir) es más fuerte que el acatamiento de las normas.¹¹ El *te'wala* (médico tradicional) es el encargado de leer las señas que presenta un individuo o también las de la sociedad misma, que puede dar signos de enfermedad, consecuencia de que un miembro ha transgredido una norma de cultura. Puesto que el pasado es presente y el futuro está presente, la lectura del que hoy ha transgredido permite deducir que está forjando un mal futuro.¹² El que «manda la mano» (*cuse-kansa*, es decir, el ladrón) se iguala e identifica con el que pasa en el tiempo por sí mismo,¹³ y también con el que actúa desligado de los principios y normas y procede sin seguir los patrones identificados con los deberes sociales, por ejemplo trabajar (puesto que puede hacerlo)¹⁴ y no dar (como deber para poder recibir y única opción para contribuir a que todos tengan algo). Estas representaciones de desorden en el presente señalan que el futuro les será —a él y por defecto a todos— desordenado, contrario e irrespetuoso con lo establecido por los mayores. Por esa razón se le trata de manera coercitiva, para que se reintegre a las prácticas del trabajo y la reciprocidad, con el fin de ligarse como sujeto con la comunidad, manifestación de que el todo social está bien.¹⁵

Los paeces tienen unos mínimos y unos máximos comportamientos aceptables, que son los que les garantizan la supervivencia biológica y cultural. Quienes consideran que existir como pueblo tiene valor son más intransigentes y se resisten a valores culturales distintos a los propios, por lo que la presencia de un ladrón justifica su exclusión con respecto al ‘nosotros paez’: por eso se le expulsa, separa o liquida físicamente pues se le considera fuente de un mal social. Aunque este pueblo ha realizado transformaciones y adaptaciones socioculturales, lucha por mantener un ideal de identidad única; resiste con gran fuerza cambios religiosos y legales, que constituyen las más importantes fuentes para la normativización de la vida comunitaria. Pese a ello se registran paeces —como la madre— que no aceptan las prácticas y costumbres propias por tener individualmente nuevas convicciones contrarias a los fundamentos y normas tradicionales para la convivencia, que prohíben ciertas relaciones con personas, animales, cosas y realidades. La transgresión de esas normas, de acuerdo con las convicciones paeces, trae graves consecuencias a sus infractores.¹⁶ Apresar unas gallinas no está prohibido, pero atraparlas para venderlas y obtener dinero para sí mismo sí lo está. Visitar al personero o al juez para saludarlo es concebido como una actitud amistosa, pero es indebido visitarlos para contrariar a la autoridad interna respecto al manejo y salida de un caso.

El derecho propio paez se encuentra inseparablemente ligado a un orden religioso, a la concepción de salud y enfermedad, así como a la armonía y desarmonía del medio. Se encuentra fundido con apropiaciones e imposiciones provenientes de la sociedad mayoritaria y del proceso interno, para crear derecho adecuado a las nuevas necesidades.¹⁷ Pieza magistral de este proceso es el trascendental

¹¹ Gómez, Herinaldy, *De la justicia y el poder indígena*. Popayán, Unicauca, 2000.

¹² Marco Tulio Mosquera Yule, Gobernador del Cabildo de Belalcázar. Expediente de Tutela, p. 14.

¹³ Traducción de Jesús Piñacué, indígena paez, actualmente senador de la República.

¹⁴ Los ancianos, los niños hasta cierta edad y los discapacitados son los únicos que no trabajan.

¹⁵ Sánchez B., Esther. (2001) Ob. cit. Al portador de la ruptura de un orden se le debe señalar y separar de la comunidad, para que entre en otro presente que garantice un futuro distinto para todos.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Caso del cepo y el fuele introducidos en la Colonia por los españoles.

cambio registrado al eliminar la pena de muerte¹⁸ como castigo a los brujos y a los ladrones, que no solo ha originado otros castigos sino enfatizando la competencia jurisdiccional de las autoridades, lo cual busca eliminar la justicia por mano propia y el respeto a los mínimos jurídicos.¹⁹ Sin embargo, las autoridades tienen claro que estas modificaciones, formalizadas hace poco tiempo, para ser realmente eficaces requieren cambios en los indígenas más tradicionales, que conservan la idea de que hay que eliminar a los brujos y a los ladrones.

Las autoridades vinculadas directamente con este caso, conocedoras del peligro que entraña la tradición sin restricciones, aplican la ‘reclusión reservada’ para evitar que den muerte al muchacho, a sabiendas de que el conducto regular es informar a una asamblea de la comunidad para que defina la sanción para el sujeto particular. Esta modificación representa un cambio autonómico interno en el procedimiento para la protección de un derecho de mayor jerarquía. Se podría deducir que el aislamiento al que está siendo sometido el joven no es una manifestación nueva en este derecho propio; más bien es una medida discrecional de la autoridad, que la aplica en condiciones especiales y que, por su misma naturaleza, la comunidad desconoce. Este aislamiento solo se utiliza como medida de protección para aquellos que, siendo responsables por transgresiones muy graves, pueden ser eliminados físicamente.

El problema

Teniendo en cuenta que el artículo 7.º de la Constitución reconoce la diversidad cultural; que el artículo 246 establece la jurisdicción especial indígena como medio para garantizar el derecho a la diversidad cultural; que ya está establecido por la Corte Constitucional que los límites al ejercicio de tal derecho no pueden ser todas las normas legales ni constitucionales, para no convertir la diversidad —el derecho a la diferencia— en algo puramente retórico; que se ha establecido que solo se puede vulnerar el principio de maximización de la autonomía en aras de preservar un valor de superior jerarquía (la vida, la prohibición de la tortura y la esclavitud, y la legalidad de los procedimientos); que existe el principio de que a mayor conservación de los usos y costumbres, mayor autonomía; y que se ha establecido que hay que ponderar, para cada caso, los principios en colisión y la condición de legalidad, que en estos casos requieren un mínimo de previsibilidad, nos preguntamos: ¿tienen las autoridades indígenas la facultad de retener reservadamente a un miembro de su comunidad?²⁰

Comprender dentro de un contexto multicultural (y por ende de pluralismo jurídico) las acciones de una autoridad indígena, y el grado de coherencia y legalidad desde sus referentes demanda información cultural sobre los aspectos que se manifiestan en el caso. Para ello se requiere un traductor que ilustre e interprete las actuaciones de los personajes relacionados con el caso y pertenecientes a esta cultura. Abierto a esta prueba judicial antropológica, el magistrado la toma muy en cuenta como referente, pero lo hace justamente para estructurar argumentos en contrario, expresados en forma belicosa y ofensiva en el fallo. Además del peritaje antropológico, el magistrado ordena otras pruebas, como la de que el juez promiscuo de Belalcázar entrevistara a la autoridad indígena y al muchacho ladrón. Éste debía establecer si la autoridad indígena podía ceder al encuentro de la madre y su hijo, y determinar si el muchacho desea ver a su mamá. Finalmente, el magistrado construye argumentos de autoridad con base en reconocidos teóricos del derecho occidental, con el

¹⁸ Esta es una creencia muy extendida que atribuye capacidades a ciertos hombres para hacer daño. Representa una creencia que es «mundo real» para aquellos que han sido socializados con estas ideas, tanto como el poder que tiene el demonio de conducir a los humanos al pecado, creencias que hacen parte de un “mundo real” en determinadas sociedades.

¹⁹ Sánchez B., Esther. Audioteca para la difusión de mínimos jurídicos en comunidades indígenas. Proyecto para la construcción de entendimiento intercultural, Parcomún-Embajada de Holanda, Bogotá, 2000.

²⁰ El problema jurídico no corresponde al acápite de la sentencia que lleva este subtítulo. El que aquí se presenta es el que a mi juicio está en el trasfondo del caso.

objeto de enjuiciar como inferiores los valores culturales del pueblo paez expuestos por la autoridad indígena, la perito y el juez de primera instancia.

Para empezar, el magistrado rechaza del peritaje la afirmación de que el derecho del sujeto individual pueda ser relegado al derecho del sujeto colectivo, que él denomina «intereses en conflicto», lo cual lo lleva a expresar con mucha ironía:

Entre los paezes campea el principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés particular, máxime si se considera lo expuesto por el perito: la cultura paez da reconocimiento a los derechos de los padres sobre sus hijos, pero controla como colectivo, mediante sus autoridades, las actitudes que manifiestan una fuga del núcleo de deberes frente al todo social. No concederle a la madre el derecho de ver a su hijo, como satisfactor de una necesidad emocional, se ve justificado por el deber de la autoridad de evitar ciertos desajustes culturales, es decir, la búsqueda del propio bienestar y no el de la comunidad al que está obligado todo individuo como miembro de este pueblo.

El magistrado cataloga estas aseveraciones como:

[...] ideas del colectivismo radical u organicista, donde el bien del ente colectivo prevalece sobre la autonomía individual y es el extremo al que claramente propenden las filosofías que se identifican con los grupos, negando el valor de las individualidades. Para estas doctrinas el grupo posee intereses y voluntad propios y específicos, como corresponde a un ser autónomo. El grupo como tal es una realidad cuasi personal y con algún tipo de vida propia. Sus decisiones, por tanto, no se legitiman por corresponderse con los intereses o las voluntades que los individuos perciban como propias, sino por encarnar verdaderamente el interés y la voluntad conforme al grupo que representan [...] Puede ocurrir que éstos no acierten a captarlo, debido a algún tipo de defecto moral o cognitivo [...] La relación que se da entre los miembros del grupo y sus regentes tiende a explicarse en términos de empatía, mesianismo, tradición sagrada, cabeza-cuerpo, pastor-rebaño, élite-masa, etc., y que en términos similares, *mutatis mutandis*, piensan muchos intelectuales románticos de hoy cuando reivindican los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Esta arremetida, que califica y clasifica de «posición originada en un defecto moral o cognitivo, propio de intelectuales románticos», es frágil y tendenciosa y se asienta en el desconocimiento de la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y los desarrollos jurisprudenciales que vienen generando una posición contraria, además de su comprobación empírica. El sujeto colectivo de derecho es reconocido en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, y tiene derecho a la vida y a la integridad, por lo que se le protege de los impactos que a nivel individual los sujetos miembros puedan generar de modo negativo.

Un segundo aspecto de la discrepancia parte de la personalización e identificación del magistrado con los sentimientos de dolor que entraña para la madre y su hijo el no poder ver, frente a la identidad de la autoridad indígena que mantiene los lineamientos que la norma paez señala y que, a juicio del perito, son los que no permiten la barbarie, es decir, actuar en consideración con lo que los sentimientos determinan y en detrimento de la norma que protege al todo social. Desconoce el magistrado la argumentación del perito para ponderar el impacto de reprimir el derecho a la distintividad que encierra la reclusión reservada y los negativos efectos que trae, para el sistema jurídico y cultural integral, el supeditar deseos sin salvaguardar los principios. Pero el magistrado, con argumentos que parten de su propia visión cultural y sentimientos humanos, concluye que si no

es así —como él cree que debe ser y como de hecho impone que sea— los efectos serán catastróficos sobre las personas involucradas y sobre la sociedad paez:

Con arreglo a las características vistas sobre la cultura paez, el aislamiento del joven debe redundar tanto en bien suyo como en el de la propia comunidad indígena; entramado que permite reconocer también cómo a términos de la literatura citadina, el joven infractor habrá de rehabilitarse y resocializarse en la senda de una reconciliación del individuo con el todo social, para lo cual, dentro de dicha cultura el derecho de la madre a ver a su hijo debe cederle el paso al interés general de la comunidad en tanto prevención y corrección de desajustes culturales, resultando patente para la Sala que entre los paezes los valores culturales están por encima de los valores afectivos²¹ [...] Esta necesidad amorosa, que conmueve a la madre y al hijo, pone en la balanza de la justicia indígena el derecho de ella a ver su hijo y los valores de cultura superior, vinculados a la honradez y a la integración social, parangón que debe desarrollarse a través de una solución que salvaguarde tanto los fines correctivos y de armonización social del pueblo paez, 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. Por consiguiente, la Sala estima que una solución equitativa para el caso de autos debe conducir a que bajo el respeto y acatamiento que merece el proceso de armonización del joven, él y su mamá puedan encontrarse personalmente [...] La madre tiene derecho a ver a su hijo porque los valores afectivos contribuyen categóricamente al mantenimiento y cohesión de dicha cultura y una solución equitativa es que sí puedan verse, bajo las medidas que defina la autoridad. 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.²²

Finalmente, una tercera divergencia se presenta con relación al debido proceso. El magistrado ordena al juez promiscuo de Paez-Belalcázar realizar un interrogatorio a la autoridad indígena a fin de establecer: *a)* si la autoridad indígena es competente para actuar jurisdiccionalmente; *b)* si la intervención de la autoridad indígena es regular, es decir si se ajusta a las convenciones institucionales; y, *c)* si procede retener *reservadamente* a un joven paez.

La autoridad indígena aclara:

- a) En atención al principio de unidad, colaboración y coordinación deseo aclararle que en situaciones de conflicto con magnitudes que, además de afectar la comunidad, tengan repercusión en otras comunidades, ancestral y actualmente recurrimos periódicamente a la ayuda mutua entre cabildos a fin de recuperar y sanar las rupturas que han ocasionado el desequilibrio y el desorden social y de convivencia.

La respuesta es: sí es autoridad competente.

- b) Con relación a la legalidad de no presentar el caso a la comunidad para que ella determine el castigo, el juez constitucional preguntó:

²¹ ST-1127 de 2001.

²² *Ibid.*

¿Por qué no siguió el procedimiento de poner en consideración de la comunidad el caso, toda vez que la sanción no se había utilizado anteriormente, siendo la primera vez que se usa y en consecuencia no forma parte de las tradiciones de la comunidad indígena?

Por ser tan grave el caso y dada la obligación primordial de proteger la vida del joven, la autoridad indígena tradicional que lo recibió en Tálaga por ser un habitante de su localidad, solicitó formalmente apoyo a la autoridad de Belalcázar lo cual manifiesta una costumbre entre autoridades y una estrategia de protección al bandido, ya que ninguna de las dos comunidades podía conocer el caso e intervenir: en Tálaga los comuneros no lo veían y en Belalcázar nadie conocía de la situación.

La actuación de una autoridad para acudir a otro cabildo, y la de éste, de acoger la petición para actuar en el caso, manifiestan la institucionalidad de una ruta jurídica que define el modo particular en que cada caso se trata bajo el principio expuesto de ayuda mutua entre autoridades, principio normativo que hace parte de los procedimientos internos. Es claro que estas autoridades conocen a la perfección que el pueblo paez es una unidad de sentido cultural, aunque esté dividida en resguardos y cabildos. También, que este pueblo tiene como sociedad iguales propósitos y administrar justicia dentro de un sistema complejo que manifiesta apertura y flexibilidad para tomar formas variadas, toda vez que se trata de proteger ese orden social.

Después de conocer los hechos y para proteger la vida del joven ladrón reincidente, las autoridades indígenas colaboran, para darle así salida óptima al caso, recreando un modo particular de proceso y de sanción. Lo que se manifiesta es una adaptación y una salida a la nueva realidad que involucra hoy proteger el derecho a la vida de un ladrón. No hubo entonces abuso de autoridad por cuanto se buscó encontrar esa salida entre las dos autoridades indígenas, con la presencia y consentimiento del obispo y de la madre, en función de proteger al muchacho transgresor y por las circunstancias de peligro que ser ladrón conlleva en esta sociedad.

Efectivamente, el procedimiento habitual según el cual las autoridades ponen en consideración de la comunidad los casos, para escuchar a la comunidad y definir las sanciones, hace parte de la información antropológica que permitió al magistrado leer la práctica de la reclusión reservada como contraria al deber ser, o debido proceso, pero bajo las categorías occidentales:

Así, pues, el debido proceso, sin perjuicio de la autonomía reconocida constitucionalmente a favor de la jurisdicción indígena, comporta unas restricciones mínimas ligadas a la previsibilidad que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción. Previsibilidad que, al amparo de la racionalidad, la objetividad y la proporcionalidad no puede desatender los valores de cultura superior que precisamente aseguran y protegen la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo humano que invariablemente se forma a partir de los individuos como seres sociales que son.²³

El magistrado supone la existencia en todas las sociedades de un sistema de derecho que tiene, a la manera del positivo estatal, normas y procedimientos definidos que ofrecen linealmente y de manera silogística las mismas respuestas para todos los casos específicos. El hecho de que se tratara de un procedimiento desconocido, o no usual para muchos (como efectivamente la perito comprobó en terreno y por lo tanto estableció para el caso) no justifica los argumentos expuestos para descalificar. La validez o no del procedimiento no puede sustentarse con la idea de una figura clonada del derecho, que se repite y aplica de modo idéntico y universal; tampoco por la distancia entre la formalidad de la norma y la realización práctica de la misma. Se trata de un procedimiento que debe ser secreto y que por ello mismo las comunidades no conocen. Lo importante es estar al tanto de si éste infringe

²³ Dos veces en la sentencia menciona el concepto de cultura superior.

otros principios o si, por el contrario, potencializa aquellos más apreciados en esta sociedad, como son disponer de buenos paees en las comunidades, no importa si en su pasado cometieron un delito, particularmente tratándose de jóvenes en formación.

Se presenta un cambio histórico mediante este caso, porque responde a la nueva condición de nación, en la que la interculturalidad manifiesta cambios en las diferentes sociedades, que, de modo enmarañado, conviven insertas en interrelaciones que acarrearán situaciones no previstas. Acatar el derecho a la vida como mínimo jurídico, en contraposición a la eliminación física de un ladrón prevista como sanción tradicional, es la base que permite a las dos autoridades indígenas con competencia jurisdiccional esta salida que, por ser secreta, algunos pueden juzgar como indebida. La entrevista con un senador paez ratificó que: “Es muy raro este caso, porque si es muy grave la falta, la comunidad debe ser citada y ella determinar la sanción”. La diferencia establecida frente a “casos graves” es que las autoridades indígenas, el obispo y la madre sabían que personas de la comunidad deseaban matarlo y esto no lo podían ni querían permitir las autoridades, por lo que, para prevenir su asesinato, lo guardan en secreto. Si bien este tratamiento se usa pocas veces, sí está previsto. El mismo senador expresó: «Sólo he oído que es para casos gravísimos».²⁴

Obsérvese cómo el caso se manifiesta contrario a una regla jurisprudencial según la cual, a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.²⁵ De haber dejado las autoridades eliminar al joven ladrón se estarían preservando las normas y los procedimientos, el uso y la costumbre propia, y con éstas fortaleciendo la autonomía; pero asumir el derecho a la vida de un ladrón como manifestación de un cambio cultural introducido por imposición histórica es una adaptación creativa y constitucional de los nuevos referentes cognitivos compartidos por el pueblo, en el contexto de la interculturalidad que, para el magistrado, deberían ser más que admirables y respetables porque coinciden con los principios que él porta y defiende. Si se hace control de constitucionalidad y se ponen en la balanza el derecho a la vida y la justificación para realizar cambios en el procedimiento habitual, contundentemente se eliminaría cualquier duda.

c) A la pregunta de ¿verse madre e hijo atenta contra la cultura?, el gobernador manifiesta:

Ya no atenta. En el punto en el que está el joven ya no implica peligro [...] El proceso que se le ha seguido al menor ha llegado al punto de una primera audiencia pública. Por lo tanto, aunque los riesgos de su seguridad siguen, la situación de peligro ha disminuido. Por lo tanto, esta autoridad que represento no ve ningún inconveniente en proporcionar las entrevistas con sus familiares en el sitio en donde se encuentra retenido.

Aunque hay una concesión al poder supremo de la Corte, de forma responsable y con conocimiento profundo de su sociedad, la autoridad indígena admite que a pesar de que los riesgos continúan para el muchacho, acepta también que han disminuido. Presentar al muchacho a la comunidad o a la madre antes del procedimiento de reclusión reservada hubiera sido exponerlo, en ese momento, a la muerte. Presentarlo ante la comunidad después de que la autoridad puede demostrar que se registran cambios es garantizar la vida que hoy es su deber proteger. La forma como la autoridad indígena responde al juez siempre conserva su dignidad, aunque se puede notar que ha incorporado el mensaje amenazante del magistrado; exalta la autoridad que representa y no ve indecoroso autorizar las entrevistas con sus familiares, enfatizando, eso sí, acerca del sitio; cambia el énfasis de otras argumentaciones que sostuvo tanto frente al personero como al juez porque, por un lado, cede en su posición, con base en el conocimiento integral que la autoridad indígena tiene para leer en el muchacho ciertas *señales* que

²⁴ Senador Jesús Piñacué. Entrevista personal.

²⁵ ST-254 de 1994.

le permiten comprobar la existencia de un cambio registrado durante el tiempo que estuvo bajo su cuidado.

La autoridad indígena es, ante todo, un *The-wala*, un guía, un sanador, un médico tradicional, que fundamenta sus trabajos y consejos en determinados criterios tras observar e interpretar el empaldecimiento, la falta de fuerza, la infertilidad, la gordura y, por supuesto, la persona transgresora, porque representa una violación a ese orden que define unas formas específicas de relación.²⁶ También queda claro que la autoridad cambió bajo presión y deja constancia expresa de que «aunque los riesgos de seguridad siguen, la situación de peligro ha disminuido».

La necesidad de parte del magistrado de demostrar que la autoridad indígena al fin coincide con él será sustento incuestionable para el fallo. Desde luego se trata de una maniobra argumentativa que se denomina de «empatía aparente» ya que la respuesta positiva de la autoridad para que se vean madre e hijo le permite exaltar su propio razonamiento:²⁷

«Pues bien, obsérvese cómo el Gobernador del Resguardo de Belalcázar dijo no tener reparo alguno frente al reencuentro que madre e hijo pretenden».

El magistrado desconoce a la antropóloga perito, con la cual manifiesta discordia, proporcional al énfasis de ésta en mostrar la diferencia cultural en procura de hacer respetar la autonomía de la autoridad y, con ésta, la del pueblo paez:

¿Cabría entonces alguna duda razonable en relación con la viabilidad cultural del pedimento de la actora? Claro que no. Máxime si se considera que la expresada aquiescencia surge directamente de la autorizada voz del Gobernador. Por donde, ¿a guisa de qué se habría de poner en entredicho la posibilidad humanística del anhelado reencuentro?²⁸

Este argumento lo utiliza para descalificar a la antropóloga:²⁹

No obstante la raigambre cultural que entraña la declaración del Gobernador del Resguardo de Belalcázar, la Sala observa que en autos obra a contrapelo el pronunciamiento final de la antropóloga [...] Hay un contrasentido³⁰ cultural que acusa el concepto de la antropóloga y que no deja el menor resquicio de duda, pues a decir verdad, su disertación no podría desvirtuar en modo alguno la concluyente actitud del Gobernador del Resguardo de Belalcázar,³¹ esto es, su ejercicio cultural como mentalidad flexible y cercana [...] Siendo concluyente también la prueba que obra en autos en el sentido de que el joven quiere ver a su madre, al igual que la declaración aquiescente del Gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar, todo lo cual concuerda con el principio de unicidad familiar que los paezes cultivan en aras de la integración social. Por lo tanto, en justicia no sería dable soslayar el anhelo que anima a madre e hijo en cuanto a la posibilidad de

²⁶ Sánchez B., Esther. (1984). «Reflexiones en torno a la presencia de los evangélicos entre los paezes», Inédito.

²⁷ Gunnarsson, Brito-Louise. «Análisis aplicado del discurso». En: Van Dijk, Teun. (2000). Ob. cit., p. 433.

²⁸ Nótese que se afirma: «la posibilidad humanística del anhelado reencuentro» y no el derecho a este encuentro. Para el magistrado es importante que sea la autoridad indígena quien ofrezca la salida, porque es la que él desea que se dé.

²⁹ ST-1127 de 2001.

³⁰ Ver sinónimos de ‘contrasentido’ no incluidos en el texto: error, confusión, sinrazón.

³¹ Frente a esta posición, también nos distanciamos del magistrado, pues el gobernador, intervenido por la Corte a través del juez local, modifica su posición, la cual, como punto de partida, no fue «flexible y cercana a los valores afectivos que informan la condición humana, y que sin perjuicio de la colectividad le da paso al legítimo querer individual». Se nota claramente que, para el magistrado, los valores político-culturales no pueden desdibujar los valores afectivos de los individuos de su comunidad.

reencontrarse, y de ser dable, permanecer juntos. Evidente es entonces que la comunicación a que tienen derecho según sus criterios la demandante y su hijo es material y espiritual, por lo que resulta obvio que, a más de las respectivas entrevistas personales, a ella se la debe mantener informada tanto sobre el lugar y condiciones de existencia de su hijo, como sobre el estado actual del proceso que se le sigue.³²

¿Control de constitucionalidad?

Lejos de un control de constitucionalidad sobre el proceso llevado a cabo por la autoridad, la decisión del magistrado desconoce la diversidad en sus límites y alcances. Una práctica que busca ser garantista del derecho a la vida de un joven indígena resulta desvirtuada para privilegiar, en cambio, la relación «fundamental» madre-hijo, medida que desconoce totalmente la cosmovisión del pueblo paez, su derecho y jurisdicción, y la herramienta para lograr una interpretación intercultural, es decir, las bases de un espacio entre sociedades distintas con heterogéneas concepciones de cultura explícitas en el mundo afectivo, y las concepciones de derecho, ya que el magistrado no abandona sus *habitus* jurídicos, pues no se adentra en otra cultura jurídica para construir conjuntamente un escenario de entendimiento intercultural. El magistrado no acepta la prueba judicial antropológica que plantea que sí existen concepciones diferentes de mundo, en las cuales el sujeto individual no es el centro de la sociedad. Como lo afirma Arnaud, el derecho moderno liberal, fundado sobre la abstracción, el subjetivismo, el universalismo, la unidad de la razón, la axiomatización y la seguridad jurídica, entra en crisis en la práctica jurídica contemporánea y obliga a la aparición de culturas y contraculturas jurídicas (como la jurisdicción especial indígena), que se desarrollan en el escenario del descentramiento del sujeto, el relativismo cultural, la pluralidad de las racionalidades, las lógicas fragmentadas, la complejidad y el riesgo.³³

Contrarían al magistrado las peculiaridades de método que la antropología le ofrece, porque ésta tiene en cuenta el contexto en que se aplicará la decisión y por ello explica lo que hace la gente y por qué lo hace, respecto al robo de gallinas, a los significados propios de la mayoría de edad, a los deberes de un joven hombre, a los derechos colectivos, a la familia, que constituyen categorías cognitivas muy específicas que sirven para generar argumentos coherentes con el contexto lingüístico y sociocultural propio de la comunidad paez. El magistrado rechaza también el argumento que demuestra que un sujeto colectivo que establece a sus miembros como sujetos de deberes, con una capacidad de elección racional limitada, no constituye por ello una sociedad inferior y mucho menos esclavizante, como afirma este miembro de la Corte. La teoría del individualismo liberal supone un modelo interpretativo hipotético universal que no se adecúa al contexto de producción en el que se aplicará la decisión. Esta metodología ha sido criticada por la Corte Constitucional colombiana en dos sentencias: la C-511 de 2001 y la C-995, también de 2001, así como en el salvamento de voto de la sentencia C-1294 de 2001 en los que se adapta la teoría del «derecho vivo» que supone que un operador jurídico no debería tomar decisiones sin estudiar el contexto discursivo en el que se le va a aplicar, porque de lo contrario se olvidarían las particularidades propias que adopta el derecho en manos de sus usuarios. Lo paradójico para el caso es que tres actores externos expresan y dan elementos para entender esa otra sociedad, los cuales deberían configurar un nuevo referente en la mentalidad del magistrado, que, por desdicha, no logra esa posición.

La conclusión esbozada en la sentencia desconoce las tesis de carácter tópico-retórico. La lectura tópico-retórica, paradójicamente, parte de una concepción del derecho plural y abierto que, a pesar de ser contrapuesto, no deja de ser al mismo tiempo dialógico y horizontal. Unas de las características más sobresalientes del discurso jurídico de Pasárgada —dice de Sousa Santos— reside en que las

³² ST-1127 de 2001.

³³ Arnaud, André-Jean. (2000). «De la globalización al posmodernismo en derecho». En: *Entre modernidad y globalización: siete lecciones de historia y filosofía del derecho y del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

decisiones no resultan de la aplicación unívoca de normas y leyes generales a casos concretos. Son antes el producto de la aplicación gradual, provisoria y siempre reversible de *topoi*,³⁴ cuya carga normativa extremadamente vaga se va especificando en la medida en que se implica, por la vía argumentativa, con la facticidad concreta de la situación en análisis. Un discurso jurídico dominado por el uso de los *topoi* es necesariamente un discurso abierto y permeable a las influencias de los discursos afines. Así, el discurso jurídico está investido de una tonalidad ético-social que impide, en todo momento, la autonomización o insularización de su dimensión jurídica. En otras palabras, la estructura tópico-retórica del discurso se transforma en un antídoto eficaz del legalismo.³⁵

Según Rodolfo Stavenhagen,³⁶ mientras el derecho occidental busca castigar al culpable, el derecho indígena busca la reconciliación para llegar a compromisos entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo. Así, en lo jurídico occidental se distingue claramente ‘lo jurídico’ de lo que no lo es; en el derecho indígena, ‘lo jurídico’ está imbricado en el resto de la estructura social y cultural.

Queda en evidencia cómo se pasa por alto el derecho a la diferencia por doble partida: en primer término, imponiendo el derecho positivo, que configura como fuente del derecho tan solo al Estado y desconoce otros sistemas de derecho, otros principios y otros procedimientos; y, en segundo lugar, por los prejuicios y el etnocentrismo que caracterizan las relaciones interétnicas de los grupos mayoritarios de poder frente a los minoritarios. Es un hecho que el magistrado tiene más poder y que utiliza su «diferencia» —en lengua y en el uso del derecho estatal— como una justificación para decidir sobre las disposiciones tomadas en el marco del derecho propio. De esta forma, olvida y subordina las categorías culturales paezes, para fallar una providencia dominante que termina por relegar a las autoridades indígenas.³⁷ Al mismo tiempo, el magistrado pone en evidencia, por la manera como habla y como se refiere al ‘nosotros’ o al ‘ellos’, que, en efecto, el discurso es una de las principales vías por las que los prejuicios étnicos se reproducen en la sociedad.

El impacto sobre el pueblo paez al sacar el caso a otra jurisdicción

La madre proporciona a la sociedad mayoritaria una oportunidad para el rechazo y cuestionamiento al sistema étnico tradicional, al poner en duda la autoridad de los argumentos que de manera tradicional le fueron presentados. Su cuestionamiento sirve de dispositivo desintegrador de la comunidad al ahondar diferencias entre quienes luchan bajo formas tradicionales por reivindicar su derecho propio, y aquellos que se apoyan en el sistema externo legal (como la jurisdicción ordinaria o la guerrilla —esta última también hace justicia, pero ilegal—). La madre busca logros individuales,

³⁴ De Sousa Santos prefiere usar la expresión griega en vez de sus posibles equivalentes, tales como «tópico», «lugar común», «punto de vista», que poseen una compleja evolución semántica. En su forma original, sostiene de Sousa, los *topoi* se caracterizan por su fuerza persuasiva y no por su contenido de verdad. Ellos remiten a opiniones o percepciones comúnmente aceptadas, a lo que ya es conocido. En el dominio de la retórica jurídica, recuerda, la vocación problemática de los *topoi* es notoria. Tanto T. Viehweg como Esser sostienen que muchos de los principios generales del derecho que la dogmática contemporánea consagra fueron en la jurisprudencia romana clásica simples *topoi* de la retórica forense: *Nemo plus iuris...*, *Nemini casum sed culpam imputari*, etc. Tammelo piensa otro tanto del principio de legalidad o ‘rule of law’ (*La theorie de l’argumentation*, Lovaina, 1963, pp. 335 y ss).

³⁵ Cfr.: De Sousa Santos, B., *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1988, pp. 7 y ss., en Cárcova, Carlos María. Ob. cit., 1998, p. 95.

³⁶ Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, D. *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario en América Latina*, México: IIDH, III, 1990.

³⁷ Comparativamente, esta sentencia de tutela y todo lo que ella implica no reflejan la visión dominante de la historia de la Corte Constitucional, que, como se verá en el transcurso de este trabajo, ha optado por una política de valoración y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. La sentencia expresa, usando términos clasificatorios del pluralismo jurídico, lo que André Hoekema (2000) define como pluralismo jurídico de tipo unitario.

que, dentro de su sistema, no encuentran eco y se presentan como afines a los valores de la cultura mayoritaria. Por eso ella acude a la Personería y a la jurisdicción ordinaria, todo lo cual constituye una expresión real del desligarse del todo social y del modo como se cruzan en personas concretas los valores de otras sociedades, que no fortalecen la etnicidad y la cultura del pueblo involucrado. Este panorama no implica, por supuesto, que el derecho propio no permita disensos e incluso cambios; de hecho, ha sufrido efectivamente transformaciones y es dinámico. Sin embargo las disidencias de cualquier tipo reflejan tensiones que se enmarcan en pujas de poder puesto que los opositores del pensamiento, que se enfrentan a lo establecido como propio, pueden contribuir a una modificación en el balance de poder entre los grupos; o contrariamente, oponerse directamente a lo propio utilizando para ello, entre otras posibilidades, la estrategia de poner en manos externas la decisión de los conflictos, con lo cual favorece, en muchos casos, el cambio y el debilitamiento del sistema.

La demandante encuentra sintonía en el magistrado, quien, en primer lugar, no realiza una ponderación jurídica del impacto de la solicitud de la madre sobre el derecho propio que él ha de proteger y que hace parte vital del derecho a la distintividad, sin la cual se atenta, nada menos, que contra el derecho a la vida. Por el contrario, el magistrado la exalta como un buen miembro de su comunidad y la presenta en armonía con los valores que él cree son universales y que no se ha tomado el trabajo de examinar si precisamente allí, entre los paeces, existen.

Lo que la actora pretende reivindicar primeramente no es el desacato a la Autoridad Indígena, sino su derecho a encontrarse con su hijo, a compartir con él algunos espacios, a que se rompa la incomunicación en que los tienen sumidos en virtud de una medida que ella no acaba de entender [...].

Nos preguntamos: ¿cómo puede el magistrado concluir que lo que ella reclama no es el desacato a la autoridad, cuando ella les impone —a sus propias autoridades— otras autoridades para que las cuestionen? También manifiesta desconocimiento el magistrado cuando expresa que ella exige y pretende lograr «su derecho a encontrarse con su hijo» cuando en esa sociedad concreta ese «su derecho» no está codificado, no existe. El derecho paez es utilizado ante todo como mecanismo de regulación de la vida social y en ocasiones de resolución de conflictos, más que como mecanismo de demanda y exigencia de derechos individuales. Tampoco descubre el magistrado que «la incomunicación a que los tiene sumidos» no es resultado de un proceso que haya surgido de la autoridad, sino del joven y la madre, que empezaron a desprenderse (desligarse de los patrones de la comunidad) de los códigos de diálogo cultural que les permiten intercomunicarse entre ellos y con el resto de su sociedad.

El magistrado enfatizó:

Ese derecho, a la luz del debido proceso, merece la mayor protección, bajo el entendido de que las funciones jurisdiccionales propias de las Autoridades Indígenas deben operar en armonía con la Constitución y la ley, esto es, respetando el debido proceso, que aún bajo el imperio de la tradición demanda la salvaguarda de la integridad del núcleo familiar, de cuya célula de los grupos humanos.

Este texto se aparta completamente de las líneas jurisprudenciales que muestran que no puede considerarse debido proceso entre los paeces exactamente lo mismo que es debido proceso para el derecho positivo:

Debe advertirse también que la demandante es una persona perteneciente al grupo indígena paez, quien por conocer los principios y costumbres de convivencia del grupo expresa su

sentimiento como valor de cercanía para con su hijo, afecto que se aviene nítidamente a los valores colectivos que alientan el proceso de armonización.

Esta reflexión parte de un supuesto, porque, como lo manifiesta la autoridad tradicional, la situación es totalmente opuesta: la actitud sentimental de la madre se presenta en contravía de los valores colectivos que alientan el proceso de armonización. El magistrado no aceptó el concepto de armonización que tienen los paeces, que no prioriza la avenencia entre personas sino la posibilidad de recomponer un desequilibrio.

Si se controla el contexto también se controla parte de las estructuras del discurso. De esta manera, el magistrado interviene en la definición de la naturaleza de la situación para imponer su visión. Él define quiénes pueden verse, a quiénes pueden y/o deben hablar, y bajo qué rol. De este modo, con su poder, está delimitando los objetivos y las metas generales de este suceso, poniendo en manos de la autoridad indígena la obligatoriedad de realizarlo; además, fija también el tiempo y el espacio dentro de su orden sociocultural, que es distinto al de la autoridad indígena. Con este ejercicio del poder persuasivo,³⁸ está limitando las opciones de principio y de acción de los otros, que no pueden obrar como desearían por su propia voluntad. Este simple análisis muestra una forma básica del vínculo poder-discurso, en la que el ejercicio de este tipo de poder necesita ciertos elementos: discurso, acción y cognición o intención, propósito y motivación. El control realizado es sutil: no explicita lo que realmente quiere, pero su efecto es que producirá nuevas intenciones de individuos de la comunidad y conducirá a sucesos como si no hubiese ninguna coacción y éstos fueran consistentes con los propios deseos e intereses de esos individuos.

El magistrado logra que todos los implicados tengan las creencias ajustadas a sus necesidades, para así controlar indirectamente sus acciones, de modo que ellas respondan a los mejores intereses de la justicia hegemónica. Este tipo de poder hace que las personas actúen como si ello fuera natural y normal, o como si existiese consenso. Da cuenta de que no son necesarias las órdenes o las solicitudes, ni siquiera las sugerencias; no utiliza mensajes claros y directos, porque la forma escogida es sutil y emocional.

La pregunta pertinente, después de todos estos análisis, es: ¿cómo hizo el magistrado ponente para lograr que la autoridad indígena modificara su posición inicial? La respuesta es: mediante un interrogatorio debidamente preparado para cuestionar el principio del otro, en función de lograr el objetivo deseado; implícitamente el magistrado comunica que no existe alternativa distinta que cambiar de posición: si usted no hace esto, entonces nosotros podemos actuar contra usted, y cambiar su posición ahora es mejor que tener que acatar luego nuestra orden. Es así como obtener ese logro, por parte del magistrado, limita las opciones de acción de la autoridad, y, de ese modo, la autonomía de un pueblo y el ejercicio de su derecho propio. Por otra parte, en general, solo se ejerce un poder sobre otros si se parte de la convicción de que los otros no actuarán —como desearíamos— por su propia voluntad. En el expediente es posible descubrir la personalidad fuerte y determinada del gobernador que se expresó al juez de Paez-Belalcázar diciendo:

Me opongo totalmente a lo solicitado por la accionante porque, como lo expliqué [...] la situación obedece a una solicitud propia de la evaluación que él mismo [el ladrón] hizo del caso que afronta, la cual le implicaba riesgo para su vida, hecho que no sólo nos da la razón, sino que nos coloca en la situación de mostrar que el derecho indígena se basa primero en la defensa de la vida.

³⁸ Van Dijk, Teun A., Ob. cit., p. 42.

El magistrado sabe que, si a través del discurso puede lograr que las personas tengan las creencias apropiadas y ajustadas, entonces controla indirectamente sus acciones de modo que respondan a los mejores intereses, es decir, se los habrá manipulado exitosamente mediante el texto escrito o el habla. En este caso habrá hegemonía de poder social y cultural.

Los actores como usuarios de los diferentes juegos de lenguaje dentro de contextos culturales diferenciados

Si entendemos un juego del lenguaje como «un sistema abierto de palabras y expresiones lingüísticas integradas con las acciones a las cuales se encuentran ligadas como sistema, éste está constituido por un conjunto de actividades sujetas a reglas»,³⁹ entonces cada uno de los intervinientes en el caso pertenece a una sociedad con juegos de lenguaje distintos. Es más, los actores con competencia jurisdiccional están inmersos en diferentes juegos de lenguaje del campo jurídico, que adoptan las formas de paradigmas científicos y de concepciones de derecho.

El poder que se manifiesta por parte de la Corte Constitucional frente al caso, y por ende a la sociedad paez, es el poder social mayoritario, definido por una relación específica para ejercer control sobre los grupos e instituciones que sean étnica y culturalmente diferenciados de la sociedad mayoritaria. Un grupo tiene poder sobre otro solo si puede aplicar un tipo de control a las acciones de los miembros del otro grupo, para que éste actúe como lo desea el grupo externo que pertenece a una sociedad distinta. El respeto y acatamiento a las decisiones de otros, que pueden ser contrarias a las que se tomarían desde el poder mayoritario, se encuentran registrados a pesar de la capacidad de control, y esa diferencia se define entonces como valorable y con la función de buscar equiparar el poder global. El magistrado, contrariamente, planeó y realizó acciones conducentes a que las autoridades paezes actuarán de modo diferente a lo previsto y realizado por ellas, porque no encontró valorables los procedimientos distintos aplicados para enfrentar el caso. La intervención incidió en el cambio de las intenciones, propósitos y acciones de las autoridades tradicionales y de otros miembros del grupo que inicialmente estuvieron presentes, ya que se viró en otra dirección y se logró alterar las características del discurso inicial paez, generado en un contexto específico. Esta es entonces una imposición fundada en la desigualdad y en el dominio. En ella se enfatizó que las manifestaciones paezes distintas son inferiores, porque no corresponden a la «cultura superior», y que, además, por ser inaceptables, los paezes deben asumir otra mirada sobre los hechos y otro procedimiento jurídico que sí sean considerados como adecuados.

Contrapoderes y resistencias en el discurso

Aunque el peritaje antropológico estableció, por un lado, las líneas de pensamiento determinadas por los paezes, que orientan o no la realización de acciones previstas en el marco de su cultura, y los procedimientos para sancionar las acciones antijurídicas, este marco tampoco resultó valioso para el magistrado, que no dio importancia a la «racionalidad, la objetividad y la proporcionalidad de la cultura paez», que se sustenta en otros supuestos y/o principios. La sentencia desecha esos referentes, lo cual es contrario al ordenamiento constitucional colombiano, que establece el pluralismo jurídico legal y la inexistencia de una «cultura superior». Cuando el magistrado expresa que «no sería dable soslayar el anhelo que anima a madre e hijo en cuanto a la posibilidad de reencontrarse, y de ser dable, permanecer juntos», posibilidad nítida tan solo dentro de la justicia mayoritaria pero no de la justicia paez, nos preguntamos: ¿por qué razones no puede la autoridad indígena desatender los valores de la «cultura superior» en un Estado que reconoce la diversidad? Es sorprendente, después de las palabras de apertura y aprobación a la autoridad, que a renglón seguido se introduzcan contenidos de grueso

³⁹ Peña, Jairo I., Ob. cit., 1994, p. 24.

calibre, tales como los de «cultura superior». Así, sale a flote la idea muy interiorizada de desigualdad que tiene el magistrado en relación con las dos sociedades, y por ende respecto a las autoridades indígenas en su calidad de jueces; también se evidencia la manera como el magistrado habla de su sociedad y de la de los paeces, haciendo énfasis, mediante el discurso, en los prejuicios étnicos que se mantienen y que, de este modo, se continúan reproduciendo en la sociedad.⁴⁰

El debate argumentativo entre lo expuesto por la perito antropóloga y el magistrado manifiesta cómo el peritaje sí logró inscribirse en relaciones de puja y de poder a partir de conocimientos en disputa, de discernimientos enfrentados, producto de visiones diferenciadas, que buscaron irradiar sobre el caso criterios distintos. El peritaje convertido en debate mostró los campos determinantes de la cultura paez para advertir la situación del joven ladrón y también para comprender las medidas asumidas por la autoridad indígena tradicional en uso de sus facultades jurisdiccionales. El peritaje es una herramienta práctica para un proyecto intercultural, que, según autores como Catherine Walsh, marca una diferencia clara frente al multiculturalismo, que encuentra sus orígenes en la cultura occidental y posee en muchos casos una función de tipo descriptivo. Este multiculturalismo se refiere a la multiplicidad de culturas que existen en una sociedad, sin que necesariamente se establezca una relación entre ellas. Los fundamentos conceptuales del multiculturalismo se encuentran en las bases del Estado liberal, la noción de derecho individual y la supuesta igualdad. En este contexto, la tolerancia para con el otro es considerada como central, y como un valor y aptitud suficientes para asegurar que la sociedad funcione, lo que, según Walsh, oculta las desigualdades sociales, y deja intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica. Esta concepción olvida la dimensión relacional y establece la diferencia como separación. La interculturalidad, por el contrario, busca centrarse en relaciones culturales complejas, con presencia de negociaciones e intercambios culturales de vía múltiple; por ello trata de desarrollar interacciones equitativas entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se parte, en la interculturalidad, de una interacción que afronte el conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y de poder. No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro o la diferencia; tampoco de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles; más bien, de impulsar activamente procesos de intercambio que permitan construir espacios de encuentro entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas.⁴¹

Al poder manifiesto de la Corte dentro del caso, se asoma el contrapoder de la perito antropóloga, que sabe de la persistencia de un bagaje histórico que registra frecuentes violaciones a las culturas diferentes, fundado sobre las bases racistas y etnocéntricas de un tipo de discurso público que presenta versiones negativas de los indígenas, las cuales han logrado influir en las mentes de los nacionales. El contrapoder se basa en cambio en el conocimiento general del marco de derechos constitucionales y legales, como también del desarrollo de la jurisprudencia aplicable al caso, pero ante todo en el conocimiento particular de la cultura paez y específicamente de las manifestaciones del derecho propio.

La dificultad profesional del perito no es solamente contraponer un conocimiento del que debe ocuparse en la investigación de una realidad cultural, lo cual se refleja en el peritaje y que es retomado en la sentencia, sino que éticamente busca deslegitimar el ejercicio espurio del poder de dominación, de modo que éste no se ejerza en detrimento de los intereses de quienes han ostentado menos poder, los cuales, bajo el Estado social de derecho, tienen la oportunidad de equilibrarse. Estos intereses simbólicos debaten el reconocimiento de la autonomía de un pueblo distinto, cuyo sistema de derecho

⁴⁰ Van Dijk, Teun A., Stella Ting-Toomey, Geneva Smitherman y Denise Troutman. «Discurso, filiación étnica, cultura y racismo». En: Van Dijk, Teun A., Ob. cit., p. 213.

⁴¹ Walsh, Catherine. «La problemática de la interculturalidad y el campo educativo». Ponencia presentada en el congreso de la OEI: «Multiculturalismo, identidad y educación», 16 de abril de 2002, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

propio, también distinto, ha de contribuir a configurar el pluralismo jurídico legal de tipo igualitario.⁴²

En este sentido, el magistrado intenta encontrar, en el derecho propio paez, prácticas de justicia constituidas a partir de su concepción del derecho occidental aplicado en Colombia. El magistrado busca caracterizar la justicia paez como un sistema normativo que permanece inmutable, a pesar de la transformación de las prácticas de justicia y cultura que se dan con el paso del tiempo. Este tipo de posiciones espera encontrar y recopilar un conjunto de normas que se refieren a las atribuciones de las autoridades tradicionales respecto a relaciones como el matrimonio, la familia, la herencia, la descendencia, la organización de la justicia, y al establecimiento de procedimientos, delitos y sanciones, entre otras. Esta postura tiene la intención de afianzar esas otras justicias como conjuntos normativos dados y claramente establecidos, que ojalá reciban forma escrita, con lo cual pierden el carácter oral que las dota de flexibilidad y dinamismo. Este paradigma pone todo su énfasis en las estructuras e instituciones sociales, y olvida los procesos sociales y culturales; particulariza en el análisis de estructuras sociales como «la familia» definida en los términos de la sociedad occidental, pero deja de lado los procesos sociales y culturales de ésta como institución paez diferenciada. La argumentación de esta concepción de derecho obedece únicamente al desarrollo de una teoría legal que toma su carácter como derivación del paradigma normativo/formalista, el cual relaciona la existencia de formas válidas de derecho en una sociedad con las representaciones de control social ejercidas a través de procedimientos institucionales preestablecidos. Por lo tanto, la conclusión a la que llega el «juez-perito» no es fruto de una construcción interdisciplinaria, sinérgica y complementaria desde los distintos saberes, sino, por el contrario, desconocedora de la tarea de la antropóloga jurídica, que, como etnógrafa especializada, registra dentro la sociedad estudiada los conceptos propios de su sistema legal, a partir de los cuales es posible interactuar con la gente de dicha sociedad.

Relaciones entre los diferentes subcampos jurídicos

Frente al escenario de la pluralidad jurídica, una teoría del poder vinculada con una teoría de la jerarquía de los niveles jurídicos permite hacer visible la hegemonía. Por esta razón se puede observar cómo, a partir del análisis del caso proveniente de la jurisdicción especial indígena conocido por la Corte Constitucional, es posible comprender esa jerarquización, partiendo de las dinámicas de las prácticas jurídicas que aparecen cuando un caso sube de un nivel al otro dentro de un mismo subcampo jurídico (primera y segunda instancia) o cuando pasa de una jurisdicción a la otra (jurisdicción especial indígena a la jurisdicción constitucional). El subcampo del control constitucional como expresión garante de los valores políticos, jurídicos y culturales consagrados en la Constitución aparece, dentro del marco del pluralismo jurídico, como expresión de una «tecnología de poder» cuyas muestras son, por ejemplo, el cuestionario aplicado a la autoridad tradicional y la utilización del peritaje antropológico. Se trata de la dominación de una cosmovisión hegemónica sobre otra a través de un ejercicio «disciplinario». El otro subcampo es el de la etnicidad paez, de su derecho, en el que los asuntos de cuidado se arreglan internamente, y de acuerdo con los usos y costumbres socioculturales propios, para posibilitar la construcción de unos derechos transculturales. El «multiculturalismo velado», que encierra una práctica jurídica etnocéntrica y monocultural, es el que se aplica, en detrimento del derecho indígena paez. La práctica etnocéntrica y monocultural también expresa, y de modo contradictorio con la política de reconocimiento, que en el ejercicio de la justicia indígena propia no se hubiera utilizado anteriormente la ‘retención reservada’, y por tanto ésta no hiciera parte de las tradiciones de la comunidad indígena; ésta es la razón que la Corte define y argumenta —sobre el supuesto de una cultura jurídica indígena monolítica, absolutamente

⁴² Hoekema. Ob. cit., p. 21.

determinada y sin contradicciones, tensiones ni cambios— para decir que es posible plantear leyes de generalización a partir de una entrevista realizada con una autoridad tradicional.

Para ejercitar un poder simbólico legal y político de este tipo se requiere un acceso especial «oficial» a un juez local, poder o autoridad de cualquier nivel, acceso que tienen los magistrados de la Corte Constitucional. La Corte, que está por encima de todas las autoridades con competencia jurisdiccional, otorga o no legitimidad a las providencias, como lo establece la estructura escalonada y estratificada de un sistema judicial cuyas instancias están sometidas a un control constitucional. La Corte utilizó su poder para que una instancia que había valorado positivamente las disposiciones de la autoridad indígena que recibiera la orden explícita de aplicarle un cuestionario a esa autoridad. La selección del mecanismo escogido —un cuestionario— representa, por tanto, preferir el género específico de «Responda a la pregunta», en lugar de «Narre las justificaciones de sus actuaciones». Los resultados dejan evidencia de cómo el contenido del examen se interpretó como la obligatoriedad de producir una nueva y diferenciada intención para actuar.

El contenido del cuestionario para la entrevista llevada a cabo a la autoridad tradicional indígena, lejos de manifestar un reconocimiento por su cultura y su jurisdicción especial y de fortalecer una autoridad competente frente al caso, ejemplifica el mantenimiento de una frontera interétnica a través del interrogatorio, que plantea la reconfiguración del subcampo del derecho indígena, pero a partir de unas relaciones de poder asimétricas. Esta intervención representa, por tanto, una inserción o implantación en la justicia propia indígena para así reforzar, reproducir y perpetuar una práctica jurídica hegemónica, velando dicha “tecnología de poder” a través de un multiculturalismo ficticio. La argumentación del magistrado muy remotamente representa un control de constitucionalidad; por el contrario, toma la expresión de un juicio cultural, bajo el velo de una decisión judicial. Como lo afirma Bourdieu, la lucha simbólica que se lleva a cabo en el campo jurídico es la disputa por la nominación legítima, en medio de la lucha por las diversas representaciones, ya que una es socialmente reconocida como jurídica y es la que se tiene por verdadera. Así, el discurso jurídico encierra una fuerza social propia que es atribuida al punto de vista que le da origen, constituyendo al discurso como un monopolio de legitimidad.⁴³ En efecto el ponente, al fundamentar cuál es el derecho auténtico, establece a través de este fallo la prevalencia del derecho positivo estatal sobre el derecho indígena, lo cual implica la hegemonía de una cultura sobre la otra, y erige así, como único proyecto de vida posible, el proyecto liberal.

Estos procesos de reconfiguración del subcampo pueden ser leídos desde la tríada introducida por Boaventura de Sousa Santos como una articulación entre retórica, burocracia y violencia simbólica. Aquí, la retórica aparece como una estrategia de toma de decisiones fundada sobre la persuasión y el poder argumentativo. A su vez, la burocracia es una forma de comunicación o una estrategia de toma de decisiones de un orden autoritario que depende de la movilización del efecto demostrativo de los procedimientos regulados y de los estándares normativos. Por último, la violencia simbólica es el uso del poder como conocimiento. Esta tríada conforma los dispositivos operativos de esta interacción entre subcampos jurídicos.

En este contexto, sin embargo, las relaciones «multiculturales» asumen una forma de interacción en la que cada actor posee una filiación primera con uno de los subcampos jurídicos: jurisdicción especial indígena o jurisdicción ordinaria nacional. Por esta razón, por tratarse de subcampos jurídicos semiautónomos, en los espacios fronterizos aparecen «sujetos liminales»⁴⁴ o transgresores, que

⁴³ Bourdieu, Pierre. (2000). «Elementos para una sociología del derecho». En: *La fuerza del derecho*. Bourdieu, Pierre & Teubner, Gunther. Bogotá: Instituto Pensar, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.

⁴⁴ Castillejo, Alejandro. *Poética de lo otro. Antropología de la guerra, la soledad y el exilio interno en Colombia*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH 2000. Este autor retoma la categoría de liminalidad introducida por

transitan de un campo al otro, como es el caso de la perito antropóloga, y dan lugar a la construcción de las posibles bases de un diálogo intercultural. A partir de las afirmaciones planteadas por el perito, el magistrado sostiene que «la totalidad debe prevalecer sobre la particularidad», sin mayores miramientos hacia la proporcionalidad de la medida en cuestión —retención con aislamiento—. Sin embargo, lo que el observador externo puede concluir es que se trata de la interferencia de prejuicios culturales y de la emergencia resistente de los *habitus jurídicos* del magistrado, que se hacen visibles en sus conclusiones. Como lo expresa Bourdieu,⁴⁵ «el *habitus* es una ley inmanente, constante, depositada en cada uno de los agentes desde su primera educación». Así, todos los individuos transportan con ellos, en todo tiempo y lugar bajo la forma de *habitus*, la posición asumida en el presente y en el pasado en la estructura social. En efecto, los *habitus* se portan como los vestidos: «[...] éstos hacen al monje, como persona social, con sus disposiciones, que son las que adoptan la forma de *marcas* en la posición social». En este sentido, el *habitus* produce prácticas individuales y colectivas que se convierten en sistemas de disposiciones, y que hacen las veces de principios de continuidad y regularidad. De esta forma, existe una relación dialéctica entre las estructuras objetivas, las cognitivas y motivacionales en el desarrollo de las prácticas jurídicas.

El peritaje antropológico suele encarnar la emergencia de un conflicto entre *habitus mentales*, cuya génesis cultural es diferente. El magistrado no logra por ello tener una observación reflexiva sobre su interpretación, ni logra ver que *no ve*, porque es incapaz de dejar sus propias interpretaciones.⁴⁶ Ante el conflicto entre sus *habitus* y los *habitus* del pueblo paez —exaltados también por la perito antropóloga—, busca perpetuar y reproducir su visión de mundo, que es de desprecio a todo lo que no sea semejante. En efecto, el *habitus* constituye una matriz de percepción, apreciación y acción, que se aprende a través de procesos de familiarización, sin que los aprendices tengan conciencia de esta adquisición.⁴⁷

Si resumimos el mensaje de la sentencia, estableceremos cómo el magistrado tiene el poder de aprobar o desaprobado la medida; tiene así un acceso especial al recurso simbólico para influir sobre otros miembros de la sociedad, más allá de los indígenas mismos. Adicionalmente tiene a su disposición, para ser utilizadas, sanciones directas en caso de que sus órdenes no se cumplan. Además invoca el poder cuando especifica cuáles serían las deplorables consecuencias si en una sociedad prevalece el derecho del sujeto colectivo. La sentencia de la Corte informa a los colombianos sobre las consecuencias morales y sociales desastrosas del desconocimiento del sujeto individual, con lo cual busca promover actitudes individualistas liberales. Estas consideraciones contribuyen a condicionar las motivaciones de las personas para que actúen como la Corte y/o la sociedad occidental prefieren, y expresa además que, de no ser así, se crearía un resentimiento en aquellos “sometidos” a esta malformada existencia de sociedad, donde el individuo esté subordinado a lo colectivo. Así las cosas, más personas desde el liberalismo puede afirmar que no existe justificación para la existencia de una

Víctor Turner, que caracteriza estados de ambigüedad en donde se está al margen de un orden establecido. Los complejos procesos de superposición y de apropiación de las instituciones consolidan obstáculos epistemológicos y cognitivos para la construcción del proyecto intercultural. Por esta razón, el objeto privilegiado de investigación son las fronteras entre uno y otro subcampo, la configuración de los espacios de autonomía, las áreas de intersección y las líneas de disputa. En este escenario, el peritaje antropológico aparece como un «sujeto transgresor» que, en estricto sentido, no pertenece ni a un subcampo ni al otro. La práctica jurídica del magistrado ponente aparece como una actitud típica de rechazo frente al individuo que cruza la línea fronteriza: se trata de la reprobación por parte de una comunidad jurídica que desea definir positivamente las fronteras y competencias. Sin embargo, desde la práctica, se trata de fronteras porosas, de «interpenetraciones».

⁴⁵ Bourdieu, Pierre. (1997). *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.

⁴⁶ Sánchez B., Esther. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas. El caso colombiano”, en *América Indígena*, Volumen LVIII, Número 1-2, enero-junio de 1998. Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Nacional Indigenista, México.

⁴⁷ Bourdieu, Pierre. Ob. cit.

vida comunitaria, en la que la referencia serían unos individuos de caracterizados como foco de ella misma.⁴⁸

Para que permanezca y consolide el monismo jurídico, el magistrado utiliza un discurso que tiene el poder de regular el debido proceso en otros sistemas mediante el control de principios y procedimientos. Esto, sin embargo, presupone tanto el acceso a esos otros sistemas como a los propios recursos simbólicos, como es el caso del derecho propio. Es decir, el discurso no es únicamente un medio para la realización del poder sino también, y al mismo tiempo, un recurso de poder.⁴⁹

Conclusiones

Interceptados los paecees por ideas generales, indeterminadas e imprecisas de justicia, acceden a mundos de representación universal, que son coherentes con los conflictos importantes para la sociedad mayoritaria, tales como el castigo, la transgresión y la obediencia, el afecto y el aislamiento, pero distantes de las creencias y referentes que ellos desarrollan como representaciones socialmente compartidas, que sustentan y configuran los comportamientos que la sociedad paez establece para enfrentar conflictos internos y externos. La función social de la autoridad indígena es principalmente servir de interfaz entre los intereses colectivos del grupo y las prácticas sociales individuales. El caso muestra la extensión abusiva de referentes occidentales en contra de esa función esencial, que sí fue bien comprendida por el juez local.

Tomando a Willem Assies en sus aproximaciones al campo jurídico, el caso está lejos de ser un espacio social homogéneo y pluralista, pues constituye una lucha entre subcampos jurídicos que se disputan el monopolio para poder afirmar qué es el derecho. Las relaciones entre estos subcampos exigen un análisis relacional. La argumentación del magistrado ponente muestra claramente una construcción ideal de las relaciones que deben surgir entre los dos subcampos jurídicos: la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Aunque en la práctica se trata de la interacción mutua entre subcampos porosos, a través de los cuales aparecen conflictos interpretativos sobre categorías que parecen pertenecer al orden de lo dado —como la «relación madre-hijo» o «los valores afectivos»—, sin embargo, a pesar de los análisis, teorizaciones y contraargumentaciones del magistrado como catalizador de la lucha entre culturas jurídicas, esa práctica jurídica representa procesos de construcción, de deconstrucción y de reconstrucción de los subcampos, sus fronteras y sus esclusas.⁵⁰ Es decir, a pesar del fallo del ponente, la sentencia es una expresión de la construcción del proyecto de entendimiento intercultural.

Desde el punto de vista metodológico, el discurso y las argumentaciones del perito pueden considerarse como una expresión del cambio de paradigma que desde los años ochenta vive el campo de la antropología jurídica anglosajona. En este sentido, el interés en los procesos de disputa muestra cómo el poder y el cambio inciden en los procesos jurídicos. Así, autores como Collier y Starr afirman que es necesario analizar cómo inciden los conflictos en la manipulación de las normas, y la manera como los cambios sociales afectan los procesos jurídicos, los cuales a su vez generan de nuevo otros cambios sociales. De esta forma, es necesario —como lo muestra el caso en cuestión— explorar este nuevo paradigma, que supera al normativo-formalista y al procesual y da paso a un paradigma nuevo que incorpora la tríada: hegemonía, poder y resistencia en el estudio del derecho. Retomando a Sierra y Chenaut, este nuevo paradigma gira alrededor de dos ejes analíticos: una crítica de las visiones

⁴⁸ Van Dijk, Teum, Ob. cit., 2000, p. 44.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Assies, Willem. «La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?». Texto preparado para el curso post-Congreso RELAJU. Identidad, Autonomía y Derechos Indígenas: Desafíos en el Tercer Milenio. 18-22 de marzo de 2000, Arica (Chile).

armonicistas en el estudio de lo jurídico, y una dinámica inmersa en procesos de larga y corta duración, que permiten entender que las normas son construcciones sociales cambiantes a través del tiempo de acuerdo con los escenarios de dominación, poder y resistencia. Por tanto, esta perspectiva resulta también central para mostrar la historicidad de los sistemas normativos, al igual que su transformación y recreación continuas.⁵¹

Autores como Lazarus-Black y Hirsch sostienen que el derecho no es imparcial, y que por consiguiente tan solo en la medida en que se encare la cuestión de que el poder y los privilegios están inscritos en las dinámicas históricas, y que por lo tanto los cambios jurídicos encierran relaciones sociales de poder, se podrán desarrollar verdaderos actos contrahegemónicos desde los escenarios jurídicos. Así, el derecho indígena aparece como un concepto de contenido «polisémico, histórico, como referente de sentidos e historias particulares, y cristizador de poderes y jerarquías».⁵² Esta concepción cuestiona todas aquellas posturas que introducen visiones ahistóricas y armonicistas para el estudio y la resolución de «casos en disputa». Por todo lo anterior, el conocimiento de lo jurídico debe desplazarse de los modelos formalistas-positivistas hacia el paradigma de la imbricación y la mutua constitución de los sistemas jurídicos y las «Inter legalidades».

Aunque las reflexiones tradicionales desde el pluralismo jurídico entienden la relación entre sistemas jurídicos como un espacio de interacción en el cual cada sistema conserva su especificidad, sin embargo, estudios recientes han mostrado que en escenarios de pluralismo jurídico es necesario comprender cómo los sistemas jurídicos se constituyen mutuamente. María Teresa Sierra muestra —retomando a Sally Merry— cómo el derecho estatal penetra y reconstruye, a través de medios simbólicos y de coerción, a los sistemas jurídicos que no tienen su origen en el Estado y que funcionan paralelamente al mismo; aunque de la misma manera el derecho estatal se ve afectado y reconstituido por las prácticas en estos otros derechos no estatales.

Así, para el caso en cuestión, a través del debate desarrollado en el seno de la Corte Constitucional y a partir de las argumentaciones construidas desde el derecho occidental y las contraargumentaciones de la perito, el derecho mayoritario se vuelve un escenario plural, de interacción sistémica, en el cual conceptos del derecho occidental entran en contacto y son puestos a prueba por conceptos de derechos propios, con lo cual dan lugar a procesos dinámicos de reconceptualización de la teoría jurídica, la antropología jurídica y la técnica constitucional, en el marco de análisis transculturales. Esta práctica de interacción Inter jurídica e intrajurídica da paso a la construcción transcultural de una teoría y una práctica de los derechos humanos, como es posible observar en los fallos proferidos por el ex magistrado Carlos Gaviria. Sentencias como la T-496 de 1996, la C-139 de 1996 y la T-523 de 1997, entre otras, que apuntan a una práctica de justicia de «pluralismo jurídico de tipo igualitario», en el que, según André Hoekema, «reina una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho». *A contrario sensu* aparece el pluralismo jurídico de tipo unitario, que, según este autor, muestra una experiencia de interacción entre sistemas jurídicos, en la que el derecho oficial se reserva la facultad de determinar la legitimidad y el ámbito de aplicación de los derechos reconocidos.

La sentencia de tutela 1127 de 2001, objeto de estudio, aparece como una expresión del pluralismo jurídico de tipo unitario. Así, el magistrado ponente, frente a las prácticas de justicia propia desarrolladas por el gobernador de Belalcázar, decide unilateralmente determinar su legitimidad y ámbito de aplicación. Esta forma de pluralismo jurídico, según Hoekema, toma por lo general la forma de un reconocimiento cultural selectivo al reconocer la multiculturalidad en algunas leyes, pero sin reconocer la validez y la legitimidad del derecho indígena como sistema jurídico. Esta sentencia,

⁵¹ Sierra, María Teresa y Chenaut, Victoria. (1995). *Pueblos indígenas ante el derecho*. México, D. F.: CIESAS, p. 139.

⁵² *Ibid.*

desafortunadamente, va más allá del pluralismo jurídico unitario, y da paso a un pluralismo jurídico puramente formal, que podría llamarse «pluralismo selectivo» o «a la carta». Frente a este tipo de prácticas jurídicas formalistas, el paradigma de las Inter legalidades introducido por autores como Boaventura de Sousa Santos puede arrojar herramientas conceptuales para la consolidación de un pluralismo jurídico de tipo igualitario. La concepción posmoderna de la ciencia del derecho introducida por de Sousa Santos permite nuevas concepciones, en las que se concibe la interacción entre los diferentes sistemas jurídicos como espacios de superposición legal y de interpretaciones jurídicas.

A lo largo de este texto se han caracterizado tres paradigmas hegemónicos en el estudio de lo antropológico-jurídico: el normativo, el procesual, y el de la historia y el poder. Igualmente he querido plantear que de la mano de estos tres paradigmas existen otras tres concepciones del derecho: la formalista, la antiformalista y la del derecho como escenario de Inter legalidades.

A través de este estudio de caso he querido mostrar cómo solamente a través de la superación de los tradicionales paradigmas antropológico-jurídicos (normativo-procesual), de sus correspondientes concepciones de derecho (formalista y antiformalista) y del posicionamiento del paradigma de la interacción entre sistemas jurídicos como escenarios de la historia y el poder, que implican una concepción del derecho como interlegalidad, será posible que la teoría jurídica y la práctica constitucional puedan avanzar en Colombia hacia un pluralismo jurídico de tipo igualitario. En este sentido, el derecho debe ser reconocido como una práctica social incrustada en la cultura. Entender el derecho como escenario de poder y resistencia abre la posibilidad a prácticas jurídicas y políticas que cuestionen jerarquías y poderes hegemónicos largamente establecidos. En palabras de Sierra y Chenaut, se requieren nuevos estudios que muestren la interconexión y mutua constitución de los ordenamientos jurídicos. Ello significa documentar que el derecho del Estado penetra y reestructura los órdenes no estatales, y que estos resisten, y esquivan la dominación, o bien se apropian y resignifican los símbolos del derecho estatal para sus propios fines.

A ocho meses de la sentencia

En mayo de 2003 y dado el conocimiento que se filtró en la comunidad paez por haberse dado cumplimiento a la sentencia de la Corte Constitucional, los enemigos y contrarios a los valores que difunde la autoridad indígena para proteger al joven buscan matarlo. Dado que los paezes hoy saben que no pueden matar a un ladrón como lo hicieran antes de conocer la prohibición explícita para proteger el derecho a la vida como mínimo jurídico, enteraron al grupo guerrillero Fuerzas Revolucionarias de Colombia (FARC), que asume la aplicación de justicia ilegal para acabar con el joven ladrón. De manera sumisa y en reconocimiento de la importancia que la medida definida por la autoridad indígena representaba para el joven, la madre suplica en ese momento a las autoridades del pueblo paez que guarden nuevamente a su hijo y lo mantienen escondido.⁵³ Los hechos demuestran la validez cultural y jurídica de las decisiones de la autoridad indígena y la ignorancia del contexto sociocultural por parte de los magistrados de la Sala, a la cabeza del magistrado ponente, para fallar una sentencia de vida o muerte.

La sentencia de tutela, en su conclusión, fortalece la cultura e ideología hegemónicas, hecho que aflora, en este caso, en la manifestación de argumentos etnocéntricos que reproducen el prejuicio y, por ende, la desigualdad social. Ya sean simples o elaborados, los argumentos ostentan formas de tratamiento desigual en el complejo sistema de trato, referencia al otro, diferencia y poder, que la sociedad y cultura mayoritaria definen con respecto a los indígenas.

⁵³ Entrevista personal, en mayo de 2003, con la abogada Ángela Santamaría, asistente de investigación de la autora, que dio a conocer la sentencia y solicitó concepto a las autoridades del cabildo.

Como puede observarse, la diversidad étnica y cultural de la sociedad colombiana se refleja en el lenguaje, en el discurso y en la comunicación. Las frases concluyentes del magistrado, como discurso intercultural, son una manifestación de sus propias normas, valores y modo de expresión, lo que comprueba la dificultad para lograr un entendimiento entre miembros de diversos sistemas jurídicos y sociales. Todo parecería indicar que el magistrado tendría un gran respeto por esos indígenas distintos, y además que aceptaría y admiraba, hasta cierto punto, su identidad cultural. Pero entonces lo que se esperaría es la posibilidad real de considerar a la autoridad paez y sus contundentes argumentos, pese a las diferencias que se puedan tener con ellos y más allá de una idea general, política o de manejo formal, que tan solo expresaría la incomprensión cultural, los prejuicios y el etnocentrismo que caracterizan las relaciones entre grupos dominantes que no admiten la política de reconocimiento, frente a aquellos que dependen de la valoración de su diferencia para la vitalidad y existencia de su sociedad.

Se concluye, así como el discurso no es una forma de enunciado individual o una expresión de condiciones tan solo personales, sino que reproduce sistemas sociales orientados o no a la desigualdad, a la discriminación, al etnocentrismo, al prejuicio, al paternalismo y al racismo. La comunicación entre miembros de diferentes culturas ilustra los factores políticos y culturales que determinan las relaciones grupales y los modos en que los miembros involucrados de la sociedad mayoritaria se refieren al pueblo indígena como minoría. Por consiguiente, muchas de las particularidades de los textos solo pueden entenderse a partir del trasfondo histórico y dentro del contexto social más amplio de inferiorización que siguen asumiendo miembros de la sociedad mayoritaria no indígena. Esto se evidencia en los argumentos involucrados, con formas veladas de etnocentrismo o justificaciones autoritarias y excluyentes, o igualmente como respeto, conocimiento y valoración de la otra cultura. Todas estas creencias positivas o negativas reflejan la complejidad de una sociedad multicultural.