

DIVERSIDAD, PLURALISMO, DIVERGENCIA Y MULTICULTURALISMO: EL MOVIMIENTO INDÍGENA POR EL RECONOCIMIENTO EN COLOMBIA

JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO¹



DIVERSITY, PLURALISM, DIVERGENCE AND MULTICULTURALISM: THE INDIGENOUS MOVEMENT FOR RECOGNITION IN COLOMBIA

RESUMEN

El artículo analiza cómo la segregación y el reconocimiento social de los pueblos indígenas ha evolucionado en la historia reciente del país. En el proceso de dominación de las zonas rurales por intereses privados relacionados con la explotación de la tierra y los recursos naturales, ciertos sectores sociales de élite o sus aliados, han recurrido a la persecución étnica, política y económica en respuesta a las demandas del movimiento indígena. Tales reacciones incluyen prácticas que van desde la estigmatización social, hasta el uso de la represión estatal para defender la propiedad privada rural de la tierra que los pueblos indígenas reclaman como propia. El concepto de divergencia, traído de los estudios criminológicos, se utiliza en el análisis de estos complejos conflictos. Los hallazgos muestran cómo ciertas prácticas llevadas a cabo por los pueblos indígenas de acuerdo con su cosmovisión y que consideran como parte de sus identidades culturales, son percibidas como transgresiones o acciones delictivas por parte de las principales representantes del poder establecido. Las altas cortes, los jueces constitucionales, organizaciones no gubernamentales, académicos e investigadores so-

1 Antropólogo y Especialista en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca. Ph. D. en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia –UNAD–; Investigador Senior por Minciencias Colombia. E-mail [jairofranco.franco@gmail.com].

cio-legales, junto con la clase media urbana y los sectores sociales populares, son quienes se muestran más propensos a apreciar y reconocer estas acciones como auténticas expresiones de la diversidad étnica que caracteriza a los pueblos indígenas. En conclusión, la intersección donde se encuentran la divergencia, la diversidad cultural y el pluralismo jurídico representa un otero relevante para abordar el análisis conceptual interdisciplinario de los complejos problemas que enfrentan los pueblos indígenas en la Colombia actual.

Palabras clave: Pueblos indígenas; Divergencia; Reconocimiento cultural; Estigmatización; Identidad cultural.

ABSTRACT

The article analyzes how the segregation and social recognition of indigenous peoples has evolved in the recent history of the country. In the process of domination of rural areas by private interests related to the exploitation of land and natural resources, certain elite social sectors or their allies have resorted to ethnic, political and economic persecution in response to the demands of the indigenous movement. Such reactions include practices ranging from social stigmatization to the use of state repression to defend rural private ownership of land that indigenous peoples claim as their own. The concept of divergence, brought from criminological studies, is used in the analysis of these complex conflicts. The findings show how certain practices carried out by indigenous peoples in accordance with their worldview and that they consider as part of their cultural identities, are perceived as transgressions or criminal actions by the main representatives of the established power. The high courts, constitutional judges, non-governmental organizations, academics and socio-legal researchers, along with the urban middle class and popular social sectors, are those who are most likely to appreciate and recognize these actions as authentic expressions of ethnic diversity that characterizes indigenous peoples. In conclusion, the intersection where divergence, cultural diversity and legal pluralism meet represents a relevant hill to address the interdisciplinary conceptual analysis of the complex problems faced by indigenous peoples in today's Colombia.

Keywords: Indigenous peoples; Divergence; Cultural recognition; Stigmatization; Cultural identity.

Fecha de presentación: 10 de octubre de 2022. Revisión: 2 de noviembre de 2022. Fecha de aceptación: 29 de noviembre de 2022.



I. INTRODUCCIÓN

El movimiento indígena en Colombia se ha venido reconstruyendo desde los años 1970 del siglo pasado, al calor de las dificultades propias de organizar sus territorios en pleno conflicto armado. La insistencia de sus reivindicaciones por varias décadas, llevaría a que fue-

ran reconocidos como parte de una un orden pluriétnico solo hasta la Constitución de 1991, que preveía que sus derechos como tal fuesen plasmados constitucionalmente y realizados a plenitud. Sin embargo, la situación no ha sido la mejor en los años posteriores a la promulgación del texto constitucional, por el contrario, ha sido un trecho de adversidades el que le ha tocado recorrer al movimiento indígena, debido a varios factores.

Lo que este artículo pretende sustentar, es que con anterioridad las prácticas culturales ancestrales eran consideradas “desviadas” por parte de la sociedad mayoritaria, por consiguiente, estas se deberían sancionar y no premiar. En el presente, esa percepción se mantiene entre ciertos sectores sociales que consideran conductas distintas a las propias como desviadas, en línea con las corrientes más funcionalistas de la criminología. Así, resulta de interés explicar lo que ha sucedido con los pueblos indígenas desde la perspectiva del concepto de divergencia, por cuanto ofrece mayor riqueza descriptiva y conceptual para comprender la diversidad étnica. Con este postulado, se encuentra la criminología y las especialidades de la antropología y sociología jurídica con la pretensión de comprender la complejidad de la diversidad y realizando la respectiva crítica al concepto de desviado que ha reproducido una estigmatización sobre lo diferente.

En la primera parte del artículo se expone la llegada del movimiento indígena a la Constituyente por distintos caminos, sus reivindicaciones a través de sus organizaciones políticas y la participación de la desmovilizada guerrilla de carácter indígena, el Movimiento Armado Quintín Lame, en las deliberaciones de la Asamblea Constituyente que llevaría a cierto cuestionamiento por sectores sociales que desconocían lo indígena.

La segunda sección se refiere a los conceptos de la criminología, desviado que se ha utilizado de forma recurrente en la política criminal colombiana, con la dificultad de no comprender la diversidad cultural, para pasar al concepto de divergencia, que precisamente se soporta en la apreciación de la diversidad y que logra comprender lo cultural convirtiéndose en un concepto incluyente para sociedades complejas como la colombiana, exponiendo ejemplos de la comunidad Nasa donde se utilizan acciones de armonización cultural que serían considerados como tortura y tratos crueles por parte de otros contextos culturales.

La tercera parte del artículo se refiere a cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ampliado de manera paulatina la autonomía de la Jurisdicción Especial Indígena para realizar sus acciones regulatorias al interior de las comunidades y más recientemente por fuera de los territorios. En la última sección, se expone la movilización de los pueblos indígenas por sus reivindicaciones y la relación con conceptos y corrientes como el multiculturalismo que tienen dos versiones, la progresista o crítica y la vinculante al mercado o neoliberal.

II. MOVIMIENTO INDÍGENA Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD

El reconocimiento de la diversidad cultural en el contexto colombiano se logró desde la Constitución de 1991, donde los derechos de autonomía y respeto a las cosmovisiones de los pueblos indígenas fueron vinculados al texto constitucional, resultado de un proceso de paz entre el gobierno con el grupo guerrillero de características indígenas Movimiento Armado Quintín Lame, llegando a la Asamblea Constituyente con delegados y pidiendo que se ampliara la participación indígena. Aunque fueron pocos los delegados de las organizaciones indígenas (dos), fueron suficientes para que con el apoyo de los demás constituyentes se plasmaran los derechos de la diversidad étnica en el texto constitucional, "... adelantar procesos de paz [...] el movimiento armado Quintín Lame, una guerrilla de alta composición indígena [...] permitió la confluencia de dos condiciones pluralistas en su delegación ante la Asamblea Nacional Constituyente: el origen guerrillero y su identidad indígena"².

Este acontecer por parte de la mayoría de los colombianos era considerado extraño, incluso originaba rechazo por parte de ciertos sectores de la élite que históricamente se habían negado a reconocer a los pueblos indígenas con sus respectivos derechos, incluso, desde el inicio del Estado colombiano, los ciudadanos eran un grupo reducido de personas como los que tenían educación y propiedades, "... lo

2 DEIBY ANDERSON VITONAS y JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. "Avances de la jurisdicción especial indígena en el norte del Cauca", *Criterio Jurídico*, vol. 16, n.º 2, 2016, disponible en [<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/823>], pp. 146 y 147.

paradójico y contradictorio era que la mayoría de los pobladores no tenían la posibilidad de reconocerse como ciudadanos, situación que demuestra la exclusión que se presentaba para la época y que perduraría por varias décadas”³.

El modelo a seguir era el de las buenas costumbres que surgían de la cosmovisión dominante y se encontraban parcialmente plasmados en documentos jurídicos como el Código Civil y la Constitución de 1886, y precisamente, quien no estuviera de acuerdo o no se adecuara a estas conductas era considerado un “desquiciado”, “loco”, “enfermo”, “antisocial”, percepciones que se pueden interpretar como una construcción moral sobre lo que era lo correcto y lo incorrecto desde una clase o un sector social en específico.

Pero más aún era inconcebible que los indígenas se rebelaran contra las instituciones estatales por medio de un grupo armado, y que ese movimiento guerrillero fuera incorporado a un proceso de paz que lo llevaría a tener representantes en la Asamblea Constituyente de 1991 y que además tendrían otros beneficios, no solo políticos, sino también económicos y sociales por su desmovilización. En esta situación específica se puede plasmar claramente el concepto proveniente de la teoría sociológica del delito, la desviación, aquel que se encuentra por fuera de las normas establecidas es un desviado, “... el término desviación es empleado para aludir al comportamiento que infringe las normas o las expectativas de los demás y que lleva consigo desaprobación o castigo [...] actor en orden a actuar en contravención de una o más pautas normativas institucionalizadas”⁴.

Al tener sus propias costumbres y cosmovisiones, los distintos pueblos indígenas que se encuentran distribuidos por la geografía nacional y que diferían de la percepción de la sociedad, de entrada pueden considerarse como desviados debido a que no se encontraban en los parámetros culturales concebidos por las mismas élites que se convertían en el referente a imitar. Al percibirse como desviados, las

3 JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. “Construcción de ciudadanía en la América Latina del siglo XIX: una perspectiva constitucional”, *Revista Republicana*, n.º 22, 2017, disponible en [<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/385>], p. 217.

4 GERMÁN SILVA GARCÍA. “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”, *Derecho y Realidad*, vol. 10, n.º 19, 2012, disponible en [https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4885], p. 162.

cosmovisiones indígenas, la exclusión y la asimilación se justifican, la pretensión es que lo diferente sea captado por lo predominante y mayoritario, incluso, en situaciones recientes, los rituales indígenas que se han realizado de forma pública en plazas o recintos institucionales se han considerado como brujería, realizando una estigmatización de sus prácticas culturales: “La actividad de estigmatización parte del reconocimiento o identificación de un elemento de diferencia en otros sujetos, transformándolo en una marca negativa [...] además, se le endosaran otra serie adicional de atributos de desprestigio”⁵.

La estigmatización reciente muestra que todavía se encuentran percepciones de exclusión ante la diversidad que caracteriza los pueblos indígenas por parte de ciertos sectores sociales considerados de niveles socioeconómicos altos y medios altos, lo que llama la atención es que la sociedad mayoritaria se ha concientizado de forma paulatina de las diferencias socioculturales que distingue un contexto como el colombiano, teniendo como pilar de este proceso, el reconocimiento constitucional.

Entre los derechos constitucionales reconocidos, se encuentra el de la Jurisdicción Especial Indígena (art. 246, Constitución colombiana), que permite la aplicación de la justicia indígena como una práctica relacionada con la costumbre que poseen estos pueblos para resolver sus conflictos internos desde sus orígenes; este derecho fundamental ha sido complejo en su aplicación por parte de los jueces ordinarios que habían sido formados en el derecho estatal, desconociendo otras formas de justicia, era difícil de comprender como una jurisdicción que se soportaba en las cosmovisiones de un determinado pueblo indígena fuera equiparada a las prácticas de justicia que impartían las instituciones y funcionarios estatales, lo que demostraba la necesidad de la comprensión de la diversidad cultural por parte de los jueces, que se ha logrado por la jurisprudencia realizada por parte de las altas cortes.

Precisamente, con la Jurisdicción Especial Indígena se realiza ruptura con la percepción que el derecho estatal es la única forma de justicia, lo que se ha denominado monismo jurídico, para pasar a un

5 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2011, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>], p. 229.

pluralismo jurídico al reconocer dos prácticas jurídicas en un mismo espacio: “El devenir de la humanidad se soporta en el pluralismo cultural, que se encuentra relacionado con el pluralismo jurídico con la variante de que, en un mismo contexto cultural, pueden existir distintas formas de regular las relaciones individuales y sociales”⁶.

Sin embargo, es un pluralismo jurídico que surge del mismo Estado lo que se expone en las relaciones entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, debido a que es en la misma Constitución donde se encuentran ambas formas de regulación, lo que se denomina pluralismo jurídico interno: “... el derecho estatal es internamente muy heterogéneo, combinando dimensiones despóticamente represivas con dimensiones democráticas, componentes altamente formales y burocráticas con componentes informales y desburocratizadas [...] Tal heterogeneidad configura una situación que he designado antes como pluralismo jurídico interno”⁷.

Precisamente, la heterogeneidad estatal o el pluralismo jurídico interno que caracteriza las instituciones estatales colombianas, ha llevado a que desde la perspectiva del Estado se pretenda cierta regulación como lo ocurrido con la Jurisdicción Especial Indígena, donde en un inicio los límites de su aplicación en los territorios indígenas era la Constitución por medio de los derechos fundamentales, “... delimitan el contenido y alcance de la jurisdicción especial indígena en nuestro ordenamiento constitucional: 1) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas [...] 3) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución”⁸.

Las limitaciones de esta jurisdicción especial se han reducido con el pasar del tiempo, la institución estatal responsable de promulgar los límites fue la Corte Constitucional, que en las primeras decisiones determinó que los derechos fundamentales plasmados en la Constitución eran los limitantes, por lo cual los pueblos indígenas que se acogían

-
- 6 JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. “Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica”, *Novum Jus*, vol. 10, n.º 1), 2016, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1176>], p. 51.
 - 7 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009, p. 71.
 - 8 GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ. *Los conflictos ambientales en Colombia en el ejercicio del Derecho Mayor y la Ley de Origen de los pueblos indígenas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017, p. 24.

a esta forma especial de justicia debían considerar en todo momento los principios y derechos constitucionales: “La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas [...] de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional”⁹.

La percepción que surgía de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre la diversidad cultural y la Jurisdicción Especial Indígena, exponía que los límites eran los derechos fundamentales que se plasmaban en el texto constitucional, impidiendo una real autonomía de los pueblos indígenas; además, se logra percibir que esos límites pretendían mantener la unidad nacional, continuando con la concepción de que el Estado-nación controla todas las formas regulativas locales o comunitarias que se realicen dentro de su territorio, una especie de reconocimiento de diversidad dentro del monismo jurídico, “... monismo jurídico liberal-eurocéntrico, es perceptible la gradual sumisión y reducción del Derecho estatal al Derecho positivo [...] el Derecho no solo es Derecho en cuanto producción del Estado, sino, sobre todo, de que solo el Derecho positivo es verdaderamente Derecho”¹⁰.

Por supuesto que esta decisión de interpretación constitucional se puede entender desde la compleja realidad colombiana, donde las resistencias a este reconocimiento con ciertos condicionantes como los derechos fundamentales no eran suficientes para satisfacer las pretensiones de sectores sociales elitistas y hegemónicos, en los cuales se encontraban los rezagos de una exclusión que se había construido y difundido por décadas, la apreciación de que los indígenas eran inferiores y salvajes, teniendo como protagonistas a las mismas instituciones estatales que lo habían incorporado en su actuar y en las relaciones que se construían con respecto a las comunidades.

Lo crítico era que ese pensamiento excluyente y de estigmatización había calado en amplios grupos poblacionales de la sociedad nacional, “... los indígenas eran juzgados y castigados bajo otros valores de cultura y de derecho, y se les despreciaba [...] encarcelándolos por

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

10 ANTONIO CARLOS WOLKMER. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una cultura del derecho*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 58.

años, o simplemente devolviéndolos a su mundo clasificados como salvajes a fin de afirmar su inferioridad”¹¹. Una apreciación que lleva a configurar los indígenas como desviados, posibilitando que las instituciones se colocaran al servicio de la persecución y del castigo de los diferentes culturalmente:

... una contradicción entre el comportamiento desviado y la norma, soslayando la existencia de intereses e ideologías en disputa en la génesis de la problemática; supone que los únicos actores involucrados son el Estado (titular de la norma defraudada) y el desviado (autor de la conducta tachada), cuando este último se ha enfrentado a otros individuos o grupos que arguyen la norma a su favor¹².

Al realizar un reconocimiento de la diversidad étnica por parte de los magistrados de la Corte Constitucional, en especial en lo respectivo a los distintos pueblos indígenas que se encuentran en los territorios, se estaría rechazando la apreciación de que los indígenas eran desviados y que deberían de aconductarse a los parámetros culturales que distinguen la llamada sociedad nacional. Por eso, lo más acorde a esta decisión de la Corte, es el concepto de divergencia social que se ha propuesto desde la teoría sociológica del delito, reconociendo los distintos fenómenos culturales que caracterizan la complejidad humana: “En la nueva teoría propuesta –la teoría sociológica del delito– el concepto de divergencia [...] es uno de los ejes centrales [...] categoría teórica con mayores capacidades descriptivas e interpretativas y una proyección superior sobre el tipo de fenómenos sociales”¹³.

Esta perspectiva de amplitud de los magistrados de la Corte Constitucional, realiza ruptura con el monismo y positivismo jurídico que ha sido predominante por décadas en el contexto colombiano. Precisamente, es por medio de sus decisiones sobre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, que se encuentra entre los prin-

11 ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, Gente Nueva, 2006, pp. 107 y 108.

12 GERMÁN SILVA GARCÍA, FABIANA IRALA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Criminalidad, desviación y divergencia. Una nueva cosmovisión en la criminología del Sur”, *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, año 1, n.º 1, 2020, disponible en [<https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/CRIMINALIDAD-DESVIACION-Y-DIVERGENCIA.pdf>], pp. 16 y 17.

13 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., p. 114.

cipios fundamentales en la Constitución (art. 7.º), más la referencia desde especialidades como la antropología y la sociología jurídica, posibilitan un primer cuestionamiento de lo que había sido hegemónico en el derecho hasta la promulgación del texto constitucional.

Esta apreciación sobre las diferencias culturales sería expuesto en la misma sentencia que se puede considerar como inicial para la comprensión de la diversidad étnica y autonomía de los pueblos indígenas, vinculando como soporte de las limitaciones de la Jurisdicción Especial Indígena el derecho internacional de los derechos humanos, "... los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal"¹⁴.

Con este soporte se consolida la ruptura con lo hasta ese momento establecido en el derecho colombiano, no solo se reconoce la diversidad cultural y la autonomía parcial de las prácticas jurídicas indígenas, sino que se realiza una referencia del derecho internacional de los derechos humanos. Este fenómeno o acción argumentativa desde la óptica de corrientes recientes como el neoconstitucionalismo, se denomina bloque de constitucionalidad, y desde la sociología y la antropología jurídica se estaría comprobando el pluralismo contemporáneo, por un lado, el derecho estatal por medio de la interpretación constitucional, y por otro, el derecho internacional a través de los convenios, pactos y declaraciones:

En lugar de concebir al Derecho estatal y al Derecho comunitario indígena como entidades fijas o estáticas, los antropólogos han analizado cómo estos derechos evolucionan y cómo su relación entre sí y su relación con el Derecho internacional cambian con el tiempo, dando nacimiento a nuevos híbridos jurídicos¹⁵.

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254 de 1994, cit.

15 RACHEL SIEDER. "Pluralismo jurídico y los derechos de las mujeres indígenas en México: las ambigüedades de su reconocimiento", en ROGER MERINO y ARELI VALENCIA (coords.). *Descolonizar el derecho: pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Lima, Palestra, 2018, p. 344.

III. DE LA DESVIACIÓN A LA DIVERGENCIA Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Estos avances constitucionales en lo respectivo a la autonomía de los pueblos indígenas, no son comprensibles para la apreciación criminológica de la desviación, por lo cual se acude al concepto de divergencia social que incluye la posibilidad de entender las distintas prácticas culturales que son múltiples en el contexto global: “Divergencia, en sentido figurativo, es diversidad. Expresa también disenter. Diversidad de opiniones, valores, creencias [...] lo cual puede traducirse en expectativas de acción o acciones distintas. Son relevantes las motivaciones (manifestaciones de la diversidad) [...] naturaleza figurativa de la divergencia”¹⁶.

Lo que llama la atención de estos límites constitucionales, es que se soporten en el derecho internacional de los derechos humanos, cuando han sido las sucesivas declaraciones, tratados y convenios los que han posibilitado el reconocimiento de los pueblos indígenas como colectivos culturalmente diferenciados y que los Estados deben tomar medidas para su protección. También es necesario realizar la salvedad que, en sentencias posteriores, la Corte Constitucional argumenta sus decisiones sobre las comunidades étnicas desde los distintos textos internacionales, “... las comunidades indígenas [...] tienen mayor protección desde el derecho internacional de los derechos humanos [...] se vinculan por medio del bloque de constitucionalidad [...] es el caso del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales”¹⁷.

Se muestra cómo el derecho internacional ha sido esencial para el reconocimiento de los pueblos indígenas en contextos históricos de exclusión como el colombiano, y al mismo tiempo se referencia para los límites de la Jurisdicción Especial Indígena. Se puede deducir que en asuntos sobre comunidades étnicas, los textos jurídicos internacionales han sido el soporte de las distintas decisiones que se realizan por parte de los jueces y son retomadas por las instituciones

16 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., p. 114.

17 AIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. “Relaciones interculturales entre comunidades indígenas, negras y campesinas del norte del Cauca”, *Revista de Derecho*, n.º 53, 2020, disponible en [<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/11180>], p. 19.

estatales que llevan a su realización las orientaciones jurisprudenciales: “Respecto a la jurisdicción especial indígena en Colombia, dicho bloque de constitucionalidad se compone principalmente de [...] los artículos 4, 5, 8-10 del Convenio 169 de la OIT, los artículos 4, 5, 9, 18 y 34 de la DNUDPI”¹⁸.

El reconocimiento de los derechos culturales y de los pueblos indígenas no solo se realizan desde el formalismo del derecho internacional, sino también de nuevas formas de inclusión que se han venido desarrollando y conceptualizando desde las regiones de donde provienen las comunidades étnicas, lo que se ha denominado como el Sur Global, adquiriendo un mayor protagonismo e incidencia en la autonomía de los pueblos indígenas y de las distintas comunidades étnicas, pasando de un referente internacional para la protección de la reproducción cultural aportando desde sus identidades y prácticas, “el pensamiento postabismal [...] aprendizaje desde el Sur a través de una epistemología del Sur. Esto confronta la monocultura de la ciencia moderna con la ecología de saberes. Es una ecología porque está basada en el reconocimiento de la pluralidad”¹⁹.

Tanto el derecho internacional que reconoce derechos de los pueblos indígenas, como el Sur Global que los incorpora como protagonistas del devenir en sus regiones, tienen un punto de encuentro, el pluralismo jurídico contemporáneo, “... diversidad jurídica que surge desde el derecho internacional que orienta los Estados, el Sur Global con las múltiples formas regulativas que ocurren en la variedad de culturas locales y regionales [...] son [...] explicadas desde el pluralismo jurídico del siglo XXI”²⁰.

Las pautas y orientaciones que se desprenden desde el derecho internacional para el reconocimiento de las comunidades étnicas han sido esencial, claro, recogidas por las altas cortes colombianas, en especial la Corte Constitucional. Precisamente es la Corte quien paula-

-
- 18 ROSEMBERT ARIZA y CHRISTIAN STEINER. “Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico”, en MARIE-CHRISTINE FUCHS (ed.). *Pluralismo jurídico. Manual para la práctica de la justicia intercultural*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2020, p. 108.
- 19 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes”, en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MARÍA PAULA MENESES (eds.). *Epistemologías del Sur (perspectivas)*, Bogotá, Akal, 2017, p. 41.
- 20 JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO y NICOLE VELASCO CANO. “Del derecho internacional al Sur Global en comunidades del Pacífico colombiano”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. *Desigualdades y conflictos en el Pacífico colombiano*, Bogotá, Ibáñez, 2021, p. 38.

tinamente fue ampliando la autonomía de los pueblos indígenas para implementar la jurisdicción especial, con la pretensión de aplicar sus formas propias de regulación y resolver sus conflictos, señalando los límites solo a ciertos derechos fundamentales que serían obligatorios al aplicar la jurisdicción: “Los límites mínimos [...] deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales [...] derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura [...] la legalidad en los delitos y [...] penas”²¹.

Esta limitación sobre la Jurisdicción Especial Indígena que con el tiempo y por medio de la jurisprudencia constitucional se fue reduciendo a unos pocos derechos o principios constitucionales, fue posibilitando que la autonomía fuera mayor, permitiendo que las cosmovisiones de las comunidades puedan practicarse sin intromisiones externas, además estos límites que se les colocan han sido cumplidos por los pueblos indígenas de forma recurrente, son defensores de la vida al cuidar la biodiversidad de sus territorios, “... ha reconocido a los territorios de las comunidades indígenas como biodiverso y el saber tradicional como existente, incluso, válido en varios de sus avances, pero no con la intención de participación mutua, sino con su instrumentalización por medio de la apropiación”²².

Las colectividades indígenas también se han caracterizado recientemente por su activismo a través de sus movilizaciones y acciones, que en parte, exigen la terminación del conflicto armado en el país: “El movimiento indígena ha logrado construir estrategias de control y seguridad colectiva territorial como la Guardia Indígena que rodeando a las autoridades tradicionales supo estructurar niveles de regulación o mitigación del conflicto armado, crear pactos locales de paz, proteger a civiles”²³.

Incluso, fuera de los mismos territorios también han sido participes los pueblos indígenas de los más recientes acuerdos de paz, logran-

-
- 21 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997, M. P.: CARLOS GAVIRIA DIAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>].
 - 22 NICOLE RAMÍREZ BECERRA, JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO y SONIA SÁNCHEZ ARTEAGA. “Conocimiento tradicional, reproducción cultural y ciencia”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. *Debates sociojurídicos del Sur Global*, Bogotá, Ibañez, 2022, p. 23.
 - 23 CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA y ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. *Tiempos de vida y muerte. Memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, CNMH y ONIC, 2019, p. 407.

do configurar el capítulo étnico en los diálogos de La Habana y la firma definitiva en el Teatro Colón: “La integración de los derechos específicos de los pueblos étnicos en el Acuerdo de Paz, y en las normas que se desprenden de tal instrumento, es el resultado de las movilizaciones y capacidades de negociación de las organizaciones indígenas”²⁴.

Precisamente, los acuerdos y procesos de paz entre la insurgencia y los gobiernos que los asumen realizan ruptura con el derecho ordinario, debido a que aparecen las amnistías para los actores armados, se levantan las órdenes de captura, se les permite transitar grupos armados en sus territorios de influencia, entre otras posibilidades que solo pueden comprenderse desde la perspectiva de una jurisdicción ordinaria que se transforma en una especial, o que en los más recientes acuerdos llegó a configurarse como justicia transicional, contexto en el que los pueblos indígenas han sido protagonistas debido a que en parte sus territorios han sido afectados por el conflicto armado, construyéndose una relación entre la justicia transicional para construir la paz y la autonomía de los pueblos indígenas. Aquí se estaría en un espacio de pluralismo jurídico y de interculturalidad, que en la criminología solo podría comprenderse desde la divergencia.

En el caso de las comunidades indígenas colombianas, las formas de regulación o sancionar de las conductas que se consideran contrarias a sus cosmovisiones por parte de sus integrantes, son distintas, e inclusive en repetidas ocasiones, opuestas a la jurisdicción ordinaria y en términos generales a la misma sociedad nacional. Por ejemplo, en la comunidad Nasa, que se encuentra en la región norte caucana, los procesos que ellos llaman de desarmonía deben de sancionarse con castigos corporales y públicos como el fuate, o de carácter social como el trabajo comunitario, sanciones que llevarán nuevamente a la armonía en la comunidad.

Estas formas de castigo o sanción, son considerados por los ciudadanos que se encuentran por fuera de la comunidad indígena como diferentes, particulares y extrañas, la misma jurisdicción ordinaria podría catalogarlas como ilegales e incluso llegar a considerarlas

24 LAETITIA BRACONNIER MORENO. “El diálogo entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: ¿la fábrica de una justicia transicional intercultural?”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO (eds.). *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2020, p. 193.

como tortura o tratos crueles por parte de las autoridades indígenas, por eso la diversidad cultural de los pueblos indígenas debe de analizarse desde sus creencias y cosmovisiones, evitando caer en los prejuicios y estigmatizaciones.

Con respecto a la tortura, las deliberaciones han sido permanentes cuando se trata de la aplicación de los remedios o procedimientos de armonización que realizan las comunidades. Pese a que estas formas de castigo, en algunos son ancestrales y en otros casos son varias décadas de utilización resultado de los procesos de colonización como es el fuate o el cepo en el pueblo Nasa, y que en ningún momento son consideradas acciones de tortura por las mismas poblaciones indígenas, en la misma sentencia la Corte aclara que estas acciones no son consideradas dentro de la tortura, sino que hacen parte de las cosmovisiones de los pueblos originarios: “El fuate consiste en la flagelación con ‘perrero de arriar ganado’ [...] su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo [...] un ritual que utiliza la comunidad”²⁵.

Desde la perspectiva de la desviación, los castigos como el fuate o el cepo serían considerados como tortura y tratos crueles por parte de los pueblos indígenas, en este caso de los Nasa en el departamento del Cauca, por lo cual debería de aparecer la jurisdicción ordinaria para realizar los respectivos correctivos penales, sin realizar una autocrítica del propio sistema penal que se soporta en esta teoría del delito, donde las prisiones se convierten en el referente de castigo con la pretensión de corregir la conducta desviada, percepción que se contradice con la realidad donde las cárceles, para el caso colombiano, se han convertido en reproductoras de la criminalidad.

Los castigos corporales de los Nasa al realizarse públicamente, logran el objetivo de que se minimicen este tipo de acciones de desarmonización y logran tener amplios niveles de convivencia interna. Estos resultados desde la divergencia, serían plausibles debido a que se comprenden las acciones que realizan los pueblos indígenas desde su diversidad y cosmovisión para disminuir las acciones transgresoras de los comuneros que habitan en sus territorios, “... para hacer un contraste crudo con los tipos de multiculturalidad de naturaleza étnica, se

25 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523 de 1997, cit.

admitirá la divergencia. Con una lógica que afirme que toda diferencia cultural es legítima, por lo que debe ser admitida por el pluralismo”²⁶.

IV. LA AMPLIACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA DESDE LA JURISPRUDENCIA

En la más reciente jurisprudencia, las limitaciones se fueron reduciendo a unos pocos derechos constitucionales como el debido proceso, en esto la Corte ha sido determinante en ampliar la autonomía, pero con aclaración que este derecho sea cumplido plenamente, “... los límites a la autonomía reconocida en favor de las comunidades indígenas están dados [...] por un *núcleo duro de derechos humanos*, junto con el *principio de legalidad* como garantía del debido proceso y [...] por los derechos fundamentales”²⁷.

Estos pronunciamientos constitucionales han llevado a que los pueblos indígenas pasen de la prevención a la implementación de forma mayoritaria de la Jurisdicción Especial Indígena. Otra de las transformaciones que se han dado es respecto a su aplicación, en las primeras sentencias era claro que este tipo de justicia sería implementada solo a los indígenas que estuvieran en los territorios de resguardo y que cometieran conductas inadecuadas o desarmonías desde la percepción ancestral, lo que se ha llamado constitucionalmente como fuero indígena, “... las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial”²⁸.

Este fuero especial indígena en un inicio no contemplaba a los comuneros que realizaran acciones de desarmonía por fuera del territorio, por lo cual serían juzgados desde la jurisdicción ordinaria. Lo mismo sucedía con las personas que cometieran acciones delictivas en territorios indígenas y que no fueran pertenecientes a la comunidad,

26 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., p. 121.

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-397 de 29 de junio de 2016, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-397-16.htm>].

28 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496 de 26 de septiembre de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DIAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>].

los transgresores serían trasladados a la administración de justicia estatal donde se llevarían a cabo los procedimientos correspondientes por los delitos cometidos:

El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”²⁹.

Pero esta orientación constitucional también fue transformándose en el tiempo, pese a tener resistencias tanto por la misma Corte Constitucional como por los jueces en general, los hechos socioculturales llevarían a que los jueces constitucionales cambiaran su percepción de forma paulatina y se fue permitiendo que la Jurisdicción Especial también fuera aplicada a personas no indígenas que cometieran transgresiones o desarmonías al interior de los resguardos.

Un caso referente fue lo sucedido con un militar que fue detenido en plena movilización indígena en el departamento del Cauca y donde se involucraba penalmente al líder indígena FELICIANO VALENCIA por secuestro, la Corte Suprema de Justicia le dio la razón al pueblo indígena Nasa: “... aquí la retención del cabo CHAPARRAL SANTIAGO obedeció al acto de jurisdicción que desplegaron las autoridades indígenas al investigar y sancionar a quien consideraron invadió sus territorios sagrados, lo cual elimina el ánimo del autor necesario para la configuración típica de un secuestro”³⁰.

También, de forma tímida se fue reconociendo que los indígenas por fuera de los territorios propios que cometieran contravenciones fueran sancionados por las autoridades de las comunidades, transformando la concepción de lo geográfico y territorial a una mirada cultural más allá de las fronteras físicas: “... el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio,

29 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-728 de 5 de septiembre de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-728-02.htm>].

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP9243-2017, de 28 de junio de 2017, M. P.: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, disponible en [<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/Fallo.pdf>], p. 19.

de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales”³¹.

Esta percepción de que los indígenas no reducen su cosmovisión a lo territorial, ha llevado a una apreciación en la cual su identidad cultural sea protegida en situaciones complejas, como lo que ocurre cuando los comuneros realizan acciones delictivas por fuera de sus resguardos. Por eso, la Corte Constitucional ha orientado que pese a encontrarse detenidos en el sistema carcelario de la jurisdicción ordinaria, se les debe brindar las garantías suficientes para que su reproducción cultural se mantenga intacta en lo posible:

... un *enfoque diferencial indígena* materializado en el cumplimiento de la pena en un lugar de reclusión propio que establezca el resguardo indígena al cual pertenece el miembro indígena –imputado o condenado–; o la creación de establecimientos de reclusión especiales, proporcionados por el Estado; o, en su defecto, pabellones diferenciados dentro de las mismas cárceles ordinarias, son medidas constitucionales que protegen la identidad cultural y la diversidad étnica³².

Este enfoque diferencial que ha construido y propuesto la Corte Constitucional, prioriza que los indígenas en lo posible cuando realicen acciones delictivas desde los procedimientos de la jurisdicción ordinaria y sean sancionados penalmente, deben pagar sus condenas en lugares que garanticen su diversidad cultural. En la misma sentencia se aclara la posición constitucional: “Como regla general, independientemente de la jurisdicción aplicable, los miembros de comunidades indígenas no deben cumplir penas en establecimientos ordinarios de reclusión, ya que la mayoría de costumbres indígenas no conciben la pena de encarcelamiento como una forma de sanción”³³.

Esta decisión jurisprudencial ha permitido que los indígenas sean trasladados a petición de las autoridades indígenas ante el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– de los centros carcelarios a los espacios propios de las comunidades, es el caso del pueblo Nasa con sus centros de armonización: “Los CAI [Centros de

31 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-397 de 2016, cit.

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

33 Ídem.

Armonización Indígena] se han convertido en una expresión de la justicia indígena [...] Por lo general se encuentran ubicados en sitios que para los Nasa son espirituales para que los procesos de armonización sean más efectivos”³⁴.

Los centros de armonización que iniciaron con el pueblo Nasa y se han extendido a otras comunidades indígenas, se convierten en una posibilidad y alternativa a las cárceles y a la forma de castigar en el contexto occidental, donde realmente se cumplen pretensiones como la no reincidencia y sobretodo la convivencia con la comunidad afectada por las transgresiones, logrando una especie de resarcimiento social que no ocurre en el sistema carcelario colombiano.

Precisamente porque las prisiones tienen otra intensidad que es la dominación y la exclusión: “Los análisis superficiales se dirigirán al ámbito normativo, a los códigos penales o las teorías que políticamente la existencia de la prisión en nuestras sociedades (justificación de lo injustificable). Una observación más profunda [...] nos mostrará la dominación que se ejerce a través del castigo penal”³⁵. La crisis del sistema carcelario debe mirar los referentes indígenas para la construcción de una propuesta más humana y de avances en lo respectivo al castigo, lo más importante es que sería una propuesta desde el Sur Global.

Estas transformaciones llevan a que la competencia de la Jurisdicción Especial se amplíe dando a los pueblos indígenas una autonomía que solo se observa de forma reciente, cuando se reconoce que se pueden adelantar procesos con personas de otras culturas que afecten la armonía de una determinada comunidad indígena: “... la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes [...] deben armonizarse principios esenciales [...] de las culturas”³⁶.

34 NICOLE VELASCO CANO. “Justicia indígena Nasa y Centros de Armonización como alternativas en tiempos de transición”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO y NICOLE VELASCO CANO (coords.). *Globalización hegemónica y alternativas locales de justicia para las comunidades étnicas*, Bogotá, Ibáñez y Universidad Libre de Colombia, 2018, p. 122.

35 ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO y GERMÁN SILVA GARCÍA. *El futuro de la criminología crítica*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, disponible en [<https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-futuro-de-la-criminologia/pubData/source/El-futuro-de-la-criminologia.pdf>], p. 57.

36 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-387 de 3 de septiembre de 2020, M. P.:

El movimiento indígena ha recogido satisfactoriamente y con beneplácito estos avances constitucionales, no son solo porque la Corte Constitucional lo quiera realizar, sino por las orientaciones que surgen desde el derecho internacional que en cada declaración que se aprueba se permite una mayor autonomía de los pueblos indígenas. Una de las más recientes es la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del cual el Estado colombiano se apartó del consenso de varios artículos, entre ellos el xxx numeral 5, que expande la autonomía de los pueblos indígenas de la región: “5. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados”³⁷.

V. MOVILIZACIONES INDÍGENAS Y MULTICULTURALISMO

Los elementos del derecho internacional han sido recogidos por las comunidades indígenas de una forma que busca la innovación constitucional, en las movilizaciones recientes convocadas por la Minga en el sur-occidente colombiano y que se han trasladado al ámbito nacional han surgido nuevas formas de autonomía.

Se ha determinado por parte de las autoridades, que por donde se movilice la Minga se aplica la Jurisdicción Especial Indígena, “... las comunidades étnicas participen de forma solidaria y colaborativa con la Minga realizada el primer semestre del 2019, donde la principal vía que conecta el centro del país con el Sur [...] fuera cerrada por varios días”³⁸. Por supuesto, la determinación de la Minga es acorde con la

DIANA FAJARDO RIVERA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-387-20.htm>].

37 ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, disponible en [<https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>], p. 15.

38 JULIANA ZAPATA GALVIS y JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. “Acuerdo de paz, territorio y diversidad en el Norte del Cauca”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO, HERNÁN GÓMEZ GUTIÉRREZ y JENNY MARCELA TREJOS. *Pos-acuerdo y territorio en las comunidades indígenas, afro y campesinas en el norte del Cauca*, Bogotá, Ibáñez y Universidad Libre de Colombia, 2019, p. 62.

concepción de que la cultura de los pueblos indígenas no se limita al territorio y que la Corte Constitucional ha dejado claro en su jurisprudencia reciente.

Un caso de interés nacional e internacional es lo sucedido en la ciudad de Cali, considerada como la capital del sur-occidente colombiano y una de las principales ciudades del país, allí la Minga ha llegado varias veces para exponer sus inconformismos y sus reivindicaciones al gobierno central, el último arribo fue en apoyo al Paro Nacional en el mes de mayo de 2021: “El primero de mayo 5.000 indígenas, con sus 127 autoridades, llegaron desde el Cauca a la ciudad de Cali en Minga. Hubo 25 puntos de concentración de manifestantes que bloquearon las principales carreteras en señal de apoyo al Paro”³⁹.

Al interior de los sitios de concentración de los miles de indígenas, campesinos y afros que se movilizaron, se fueron implementando acciones dentro de la Jurisdicción Especial, en algunos de estos lugares y en varias ocasiones, se han encontrado integrantes de las fuerzas policiales y militares realizando labores de inteligencia, inmediatamente son llevados ante las autoridades indígenas quienes determinan los procedimientos a realizar, por lo general, a los implicados se les aplica un ejercicio de armonización.

Esto muestra como la Jurisdicción Especial no se limita a un territorio, sino que se convierte en móvil cuando el desplazamiento indígena es masivo, apreciación que es plausible debido a que las comunidades indígenas se encuentran en constante riesgo, no solo en sus territorios por los intereses en su biodiversidad por parte de los particulares, sino también por su posición ante ciertas decisiones gubernamentales que los afectan de forma directa o indirecta, por lo cual se hace necesario configurar medidas de protección donde la Jurisdicción Indígena juega un papel esencial. Una muestra de los riesgos a que asisten los comuneros y mingueros indígenas fue lo sucedido en el Sur de Cali, donde fueron heridos varios de ellos por la movilización que realizaban en apoyo al Paro Nacional:

39 GERALDINE HERNÁNDEZ. “Paro Nacional en Colombia: la eterna lucha de la minga indígena por una vida digna”, *CRIC Consejo Regional Indígena del Cauca*, 6 de junio de 2021, disponible en [<https://www.cric-colombia.org/portal/paro-nacional-en-colombia-la-eterna-lucha-de-la-minga-indigena-por-una-vida-digna/>].

Nueve mingueras y mingueros heridos a bala, deja una marcha convocada por simpatizantes del uribismo, respaldada por la fuerza pública [...] Hoy 9 de mayo, algunos ciudadanos del sur de Cali que se manifestaban en contra del Paro Nacional y la minga indígena, que pretendían quitar uno de los puntos de resisten, retienen un vehículo donde se movilizaban autoridades y mingueros; los agreden y ante la llegada de más comunidad a protegerlos, estos disparan con armas de fuego⁴⁰.

Ante estas distintas formas de interpretación constitucional y comunitaria sobre la Jurisdicción Especial Indígena, surge el interrogante ¿por qué esa diferencia entre un reconocimiento limitado de la autonomía indígena a una amplitud significativa? La respuesta estaría en la teoría que soporta las decisiones realizadas por parte de la Corte Constitucional y el análisis e interpretación de las prácticas que llevan a cabo los pueblos indígenas al aplicar la Jurisdicción Especial.

Desde la teoría se analiza que las primeras decisiones sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas por parte de la Corte Constitucional se soportaban en la apreciación del multiculturalismo de tendencia liberal: “El modelo de filosofía política que subyace a la doctrina de la Corte sobre consulta previa es el que denomino monismo liberal multicultural. Este modelo explica la mayor parte de la jurisprudencia desarrollada por la Corte”⁴¹.

Este liberalismo multicultural que han profesado de forma global los anglosajones CHARLES TAYLOR y WILL KIMLICKA, quienes han considerado que los Estados y sociedades democráticas liberales deberían reconocer la diversidad cultural: “... multiculturalismo liberal es considerado una de las respuestas más influyente de cómo estudiar la diversidad cultural. Surge a partir de la segunda mitad del siglo xx [...] para hacer referencia a una serie de demandas por parte de grupos minoritarios”⁴².

40 PROGRAMA DE COMUNICACIONES CRIC. “Alerta: Minga indígena atacada en la ciudad de Cali, 9 mingueros heridos”, *CRIC Consejo Regional Indígena del Cauca*, 9 de mayo de 2021, disponible en [<https://www.cric-colombia.org/portal/alerta-minga-indigena-atacada-en-la-ciudad-de-cali-9-mingueros-heridos/>].

41 DANIEL BONILLA MALDONADO. “Autogobierno e identidad cultural. La Corte Constitucional colombiana y el derecho a la consulta previa”, en *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015, p. 312.

42 SABINA GARCÍA PETER y LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA. “Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 23, n.º 72, 2016, disponible en [<https://convergencia.uaemex.mx/article/view/4088>], p. 14.

Este postulado teórico se sustenta en una reflexión de la realidad, debido a que cada día se asistía a un encuentro de distintas culturas en espacios reducidos, convirtiéndose en necesidad la convivencia de esta diversidad, teniendo como opción el reconocimiento de la diferencia desde el derecho constitucional y las instituciones estatales responsables de dicha acción: “Existen otras culturas, y tenemos que convivir, cada vez tanto en la escala mundial como en la sociedad individual [...] culturas que han aportado un horizonte de significado para gran cantidad de seres humanos [...] merece nuestra admiración y respeto”⁴³.

El reconocimiento de la diferencia cultural, daría la posibilidad de que los Estados se fortalecieran en lo democrático, permitiendo que las distintas culturas también reconocieran como el regulador a las instituciones estatales, convirtiéndose en un intermediario cultural sin perder el horizonte que las culturas se encuentran en un determinado Estado y que deben realizarse relaciones de comprensión y entendimiento sin abusar por parte de los grupos diferenciados de este reconocimiento, aquí la autonomía se encuentra regulada de forma estatal, prácticamente lo sucedido con las decisiones iniciales de la Corte sobre el reconocimiento de la Jurisdicción Especial.

Este multiculturalismo de corte liberal y de influencia anglosajona que ha caracterizado la Corte Constitucional por varios años, tiene la particularidad de realizarse para Estados y sociedades anglosajonas que pretenden el respeto sobre lo cultural, pero sin perder el contexto capitalista y de mercado que unifica la población estadounidense y canadiense: “... el capitalismo representa no solo un diseño técnico-económico, sino también un sistema cultural complejo [...] en el Occidente moderno. Esta concepción, que siempre ha tenido partidarios [...] ha recibido apoyo adicional de antropólogos y sociólogos de la cultura euro-estadounidense”⁴⁴.

La percepción anglosajona tiene amplias diferencias con lo que sucede en el contexto colombiano, donde la posesión de la tierra sigue siendo esencial para los intercambios económicos, y esto tiene relación con la clasificación del país en el sistema del mundo contem-

43 CHARLES TAYLOR. *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 106.

44 ARJUN APPADURAI. *El futuro como hecho cultural: ensayos sobre la condición global*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 78.

poráneo, donde los países considerados del Sur Global son necesarios en la lógica capitalista por los aportes de las indispensables materias primas que se encuentran en los territorios que paradójicamente son los colectivos de las comunidades étnicas.

Para el contexto colombiano, la implementación del multiculturalismo de tendencia liberal daría como resultado un híbrido de alta complejidad. Por un lado, se reconoce la diversidad cultural con las pretensiones de vincularlos al mercado, como ha sucedido con varios pueblos indígenas en los cuales sus productos ancestrales se convierten en parte de colecciones exóticas de una élite y clase media global donde los objetos culturales y precolombinos tienen un valor de consumo y de prestigio. Por otro lado, pese a que los pueblos de características étnicas tienen reconocimiento constitucional, estos son negados por los intereses empresariales locales, nacionales y transnacionales con la intención de explotar sus recursos naturales de forma legal e ilegal, pretensiones que colocan en riesgo las comunidades étnicas.

Al multiculturalismo liberal se le suma que los magistrados de la Corte Constitucional han tenido una influencia desde la teoría del derecho anglosajón y alemán. En un primer momento la influencia fue de HEBERT HART, un positivista jurídico que planteaba los casos difíciles en el derecho, ya que este no lograba regular de forma completa las distintas conductas que se encontraban en constante cambio; para este tipo de casos la discrecionalidad del juez era una salida, apreciación que fue llevada a cabo por parte de la Corte en casos de la Jurisdicción Especial Indígena de la cual no existían antecedentes jurídicos en el país.

Al considerarse HART un positivista jurídico: “El mismo HART, en el *Postscript a The Concept of Law*, publicado póstumamente, como se sabe, en 1994, caracteriza su propia teoría como positivismo suave o blando”⁴⁵. Se estaría en una de las teorías del derecho que soportan el derecho estatal moderno y contemporáneo, que a la vez tiene relación con el pensamiento liberal, por lo cual el multiculturalismo y los casos difíciles tendrían un diálogo de coherencia que se encuentran plasmados en las primeras decisiones sobre los pueblos indígenas.

45 PIERLUIGI CHIASSONI. *El discreto placer del positivismo*, Bogotá, Externado, 2016, p. 177.

VI. CONCLUSIÓN

La diversidad cultural en un contexto de globalización y de nuevas tecnologías, en vez de homogenizarse se amplía, y el reconocimiento de la diferencia se convierte en una acción cotidiana por parte de los ciudadanos del mundo. La relación entre culturas que en el pasado no sabían que existían o que era inimaginable la posibilidad de encontrarse y dialogar, ahora se realiza de forma repetitiva, por eso adquiere importancia para la ciencia jurídica especialidades como la antropología y la sociología jurídica, y desde la criminología, conceptos como el de divergencia. Las realidades se transforman permanentemente, el derecho debe adecuarse a esos procesos intensos de cambios con la pretensión de seguir aportando a la convivencia de la humanidad.

Sobre los pueblos indígenas en los contextos colombiano y latinoamericano, se hace prioritario el diálogo intercultural con miras a aprender y adecuar modelos de armonización que han dado con resultados más amigables que lo realizado por los sistemas penales trasplantados desde el Norte Global, es momento de que se referencie lo que se crea en el Sur Global para lograr transformaciones que mejoren el vivir de la humanidad sin perder el horizonte de la diversidad y la pluralidad.

REFERENCIAS

- APPADURAI, ARJUN. *El futuro como hecho cultural: ensayos sobre la condición global*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- ARIZA, ROSEMBERT y CHRISTIAN STEINER. "Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico", en MARIE-CHRISTINE FUCHS (ed.). *Pluralismo jurídico. Manual para la práctica de la justicia intercultural*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2020, pp. 108 y 109.
- BONILLA MALDONADO, DANIEL. "Autogobierno e identidad cultural. La Corte Constitucional colombiana y el derecho a la consulta previa", en *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2015, pp. 305 a 358.

BRACONNIER MORENO, LAETITIA. “El diálogo entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: ¿la fábrica de una justicia transicional intercultural?”, en MARCELA GUTIÉRREZ QUEVEDO y ÁNGELA MARCELA OLARTE DELGADO (eds.). *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal*, Bogotá, Externado, 2020, pp. 189 a 248.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA y ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. *Tiempos de vida y muerte. Memorias y luchas de los pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá, CNMH y ONIC, 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

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

Sentencia T-496 de 26 de septiembre de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DIAZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>].

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

Sentencia T-728 de 5 de septiembre de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-728-02.htm>].

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

Sentencia T-397 de 29 de junio de 2016, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-397-16.htm>].

Sentencia T-387 de 3 de septiembre de 2020, M. P.: DIANA FAJARDO RIVERA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-387-20.htm>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia SP9243-2017, de 28 de junio de 2017, M. P.: EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, disponible en [<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/Fallo.pdf>].

CHIASSONI, PIERLUIGI. *El discreto placer del positivismo*, Bogotá, Externado, 2016.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes”, en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MARÍA PAULA MENESES (eds.). *Epistemologías del Sur (perspectivas)*, Bogotá, Akal, 2017, pp. 21 a 66.

GARCÍA PETER, SABINA y LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA. “Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 23, n.º 72, 2016, pp. 13 a 37, disponible en [<https://convergencia.uaemex.mx/article/view/4088>].

GÓMEZ JARAMILLO, ALEJANDRO y GERMÁN SILVA GARCÍA. *El futuro de la criminología crítica*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, disponible en [<https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-futuro-de-la-criminologia/pubData/source/El-futuro-de-la-criminologia.pdf>].

HERNÁNDEZ, GERALDINE. “Paro Nacional en Colombia: la eterna lucha de la minga indígena por una vida digna”, *CRIC Consejo Regional Indígena del Cauca*, 6 de junio de 2021, disponible en [<https://www.cric-colombia.org/portal/paro-nacional-en-colombia-la-eterna-lucha-de-la-minga-indigena-por-una-vida-digna/>].

LLANO FRANCO, JAIRO VLADIMIR. “Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica”, *Novum Jus*, vol. 10, n.º 1), 2016, pp. 49 a 92, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1176>].

LLANO FRANCO, JAIRO VLADIMIR. “Construcción de ciudadanía en la América Latina del siglo XIX: una perspectiva constitucional”, *Revista Republicana*, n.º 22, 2017, pp. 209 a 217, disponible en [<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/385>].

LLANO FRANCO, JAIRO VLADIMIR. “Relaciones interculturales entre comunidades indígenas, negras y campesinas del norte del Cauca”, *Revista de Derecho*, n.º 53, 2020, pp. 10 a 29, disponible en [<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/11180>].

LLANO FRANCO, JAIRO VLADIMIR y NICOLE VELASCO CANO. “Del derecho internacional al Sur Global en comunidades del Pacífico colombiano”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. *Desigualdades y conflictos en el Pacífico colombiano*, Bogotá, Ibáñez, 2021, pp. 21 a 45.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, disponible en [<https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>].

PROGRAMA DE COMUNICACIONES CRIC. “Alerta: Minga indígena atacada en la ciudad de Cali, 9 mingueros heridos”, *CRIC Consejo Regional Indígena del Cauca*, 9 de mayo de 2021, disponible en [<https://www.cric-colombia.org/portal/alerta-minga-indigena-atacada-en-la-ciudad-de-cali-9-mingueros-heridos/>].

RAMÍREZ BECERRA, NICOLE; JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO y SONIA SÁNCHEZ ARTEAGA. “Conocimiento tradicional, reproducción cultural y ciencia”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. *Debates sociojurídicos del Sur Global*, Bogotá, Ibáñez, 2022, pp. 17 a 34.

RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO. *Los conflictos ambientales en Colombia en el ejercicio del Derecho Mayor y la Ley de Origen de los pueblos indígenas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá, Gente Nueva, 2006.

SIEDER, RACHEL. “Pluralismo jurídico y los derechos de las mujeres indígenas en México: las ambigüedades de su reconocimiento”, en ROGER MERINO y ARELI VALENCIA (coords.). *Descolonizar el derecho: pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Lima, Palestra, 2018, pp. 339 a 371.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2011, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>].

- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”, *Derecho y Realidad*, vol. 10, n.º 19, 2012, pp. 159 a 182, disponible en [https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4885].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN; FABIANA IRALA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Criminalidad, desviación y divergencia. Una nueva cosmovisión en la criminología del Sur”, *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, año 1, n.º 1, 2020, pp. 8 a 32, disponible en [<https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/CRIMINALIDAD-DESVIACI%C3%93N-Y-DIVERGENCIA.pdf>].
- TAYLOR, CHARLES. *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.
- VELASCO CANO, NICOLE. “Justicia indígena Nasa y Centros de Armonización como alternativas en tiempos de transición”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO y NICOLE VELASCO CANO (coords.). *Globalización hegemónica y alternativas locales de justicia para las comunidades étnicas*, Bogotá, Ibáñez y Universidad Libre de Colombia, 2018, pp. 115 a 135.
- VITONAS, DEIBY ANDERSON y JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. “Avances de la jurisdicción especial indígena en el norte del Cauca”, *Criterio Jurídico*, vol. 16, n.º 2, 2016, pp. 141 a 170, disponible en [<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/823>].
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una cultura del derecho*, Madrid, Dykinson, 2018.
- ZAPATA GALVIS, JULIANA y JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO. “Acuerdo de paz, territorio y diversidad en el Norte del Cauca”, en JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO, HERNÁN GÓMEZ GUTIÉRREZ y JENNY MARCELA TREJOS. *Pos-acuerdo y territorio en las comunidades indígenas, afro y campesinas en el norte del Cauca*, Bogotá, Ibáñez y Universidad Libre de Colombia, 2019, pp. 43 a 68.

