

De la mente enferma al alma cultural: saber, formas jurídicas e indígenas en Colombia

Libardo José Ariza

Universidad de Los Andes, Bogotá

“Es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos” (Simón Bolívar, Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819).

“Si Colombia dejase de ser católica, no sería para adoptar otra religión, sino para caer en la incredulidad, para volver a la vida salvaje”.

(Miguel Antonio Caro,
La Religión de la Nación, 1886).

Resumen

Con la consagración en la década de 1990 de un régimen especial para los pueblos indígenas, surge un problema tan antiguo como complicado: la definición del indígena como sujeto jurídico. Analizando las relaciones entre prácticas sociales, saber y formas jurídicas, este artículo muestra la manera en que los operadores jurídicos resuelven en dos contextos específicos la duda sobre el comportamiento de la persona que reclama una identidad indígena. En primer, lugar el *régimen republicano*, muestra cómo, con base en las teorías de la degeneración, se define al indígena como salvaje y se resuelve la duda acudiendo al saber médico producido por el psiquiatra forense sobre la normalidad mental del “indígena no civilizado”. En segundo lugar, se analiza el *régimen multicultural*, que actualmente está siendo construido, el cual se basa en el discurso de los peritos antropólogos que proporcionan a los jueces el saber necesario sobre la alteridad cultural.

Abstract

With the consecration in the decade of 1990 of a special regime for the indigenous towns, an as old problem arises as complicated: the definition of the native like legal subject. Analyzing the relations between social practices, to knowledge and legal forms, this article shows the way in which the legal operators solve in two specific contexts the doubt on the behavior of the person who demands an indigenous identity. In first place, the republican regime, shows how with base in the theories of the degeneration, it defines the native as wild and the doubt is solved going to the medical knowledge produced by the forensic psychiatrist on the mental normality of the "non civilized native". Secondly, the multicultural regime is analyzed, that at the moment is being constructed, which is based on the speech of the skillful anthropologists who provide to the judges the necessary knowledge on the cultural otherness..

Palabras Clave

Indígenas; sujetos jurídicos; saber; multiculturalismo; inimputables.

Key words

Indigenous; legal subjects; knowledge; multiculturalism; inimputables.

Sumario

Introducción; 1. Catecúmenos, abogados y psiquiatras; 2. Resurgimiento indígena, antropología y adjudicación constitucional; 3. De la mente enferma al alma cultural; 4. Conclusión.

Introducción

En las últimas décadas la denominada cuestión indígena ha cobrado una importancia singular en los ámbitos jurídicos y políticos globales y locales. Por una parte, las reivindicaciones étnicas e identitarias se han erigido como una herramienta eficaz de movilización y lucha transnacional en contra del incombustible proceso de globalización económica¹. La protección de los pueblos indígenas, como portadores y reproductores de un modo de relación con la naturaleza distinto al capitalista, se ha visto reflejada en la creación de un régimen jurídico transnacional, cuyos elementos más sobresalientes y conocidos son el Convenio 169 de la Organización Internacional

1 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *La Globalización del Derecho*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional, 1998; CÉSAR RODRÍGUEZ y LUIS CARLOS ARENAS, "Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: La lucha del pueblo U'wa en Colombia", en: SANTOS, BOAVENTURA y CÉSAR RODRÍGUEZ (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007, pp. 217-239.

del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por otra parte, en el ámbito regional y local, los Estados, por distintas razones y en distintos contextos, han emprendido reformas significativas de su derecho nacional dirigidas a acomodar y reconocer a las minorías nacionales presentes en su territorio. En este sentido, el caso latinoamericano es uno de los más significativos. En tan sólo dos décadas doce países modificaron parcial o totalmente sus constituciones para incluir a las antes invisibles minorías nacionales en sus ordenamientos locales². Este proceso ha despertado un problema tan antiguo como complicado: la identificación legal de las poblaciones indígenas.

En este artículo presento dos respuestas al problema de la identificación del sujeto jurídico indígena. Para lo anterior, realizo un análisis de dos regímenes de verdad aplicados en el proceso de definición del indígena como sujeto jurídico en Colombia. En primer lugar, analizo el *régimen republicano* que emerge en el siglo XIX durante la *Regeneración* y su definición del indígena como un salvaje anormal. Este régimen se basa en el saber médico producido por el psiquiatra forense sobre la normalidad mental del "indígena no civilizado"; utiliza el resguardo como mecanismo de transformación del indígena en ciudadano y delega la labor de civilización y normalización en los misioneros. En segundo lugar, presento los esbozos para un estudio del *régimen multicultural* que actualmente está siendo construido en Colombia. Como se mostrará más adelante, éste se basa en el discurso de los peritos antropólogos que proporcionan a los jueces el saber necesario sobre la alteridad cultural.

1. Catecúmenos, abogados y psiquiatras

A finales del siglo XIX el movimiento de la *Regeneración* alcanzó el poder político en Colombia. Tras 60 años de independencia fallida del dominio español, el estancamiento económico, las repetidas guerras civiles locales y nacionales, así como la pobreza creciente, hicieron que el sueño de construir una Nación se convirtiera en una pesadilla para las élites criollas. La identidad nacional era un proyecto inacabado y la dirigencia criolla cada vez estaba más preocupada por las causas y significado de una situación tan desilusionante.

2 Nicaragua y Guatemala en 1986; Colombia en 1991; Bolivia en 1994; Perú 1993; Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999. Como lo señala Noguera, sin embargo, muchos países latinoamericanos han permanecido ajenos a esta corriente de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, como es el caso de Belice, Surinam, Guayana Francesa, Chile y Uruguay. Otros, apenas han promulgado algún tipo de legislación aislada en la materia pero sin llegar a conformar un régimen constitucional especialmente dedicado a los pueblos indígenas, como es el caso de Honduras, Costa Rica y El Salvador. ALBERT NOGUERA, "Redefinición del Estado y Derechos de los Pueblos Indígenas en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas", en *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Sociolegal Studies*, Vol. 1, N°2, pp.1-19, p. 7. <http://sortuz.org/pdf/albert.pdf>

De manera significativa, liberales y conservadores intentaron explicar dicha desilusión. “La Miseria en Bogotá” de Miguel Samper³, “La República en la América Española” de Sergio Arboleda⁴, “La Degeneración” de Rafael Núñez⁵ y el ensayo de Miguel Antonio Caro “La Conquista”⁶, son algunos ejemplos significativos. A pesar de sus diferencias ideológicas, unos y otros reclamaban una profunda reforma del carácter nacional, de las costumbres y prácticas que fueron consideradas como las principales causas que hicieron colapsar el proyecto de construcción nacional. Los pueblos indígenas encarnaban el desencanto y la pesadilla del primitivismo, la modernidad parecía inalcanzable. El programa político de *La Regeneración* fue la respuesta a sus ruegos.

El programa de reforma adelantado por *La Regeneración* se apoyaba en dos pilares principales. Por un lado, simbólicamente, impulsaba un retorno al legado español considerado como el único y más significativo componente de la identidad criolla⁷. Las élites criollas se definieron a sí mismas como españoles americanos, rechazando cualquier vínculo con los salvajes y anormales indígenas, una estrategia originariamente desplegada por Simón Bolívar en su famosa declaración pronunciada en *El Discurso de Angostura*:

“Nosotros ni aun conservamos los vestigios de lo que fue en otro tiempo; no somos europeos, no somos indios, sino una especie media entre los aborígenes y los españoles. Americanos por nacimiento y europeos por derechos, nos hallamos en el conflicto de disputar a los naturales los títulos de posesión y de mantenernos en el país que nos vio nacer, contra la oposición de los invasores; así nuestro caso es el más extraordinario y complicado”⁸.

Las ideas liberales en torno a un Estado secular fueron consideradas como las principales causas de la degeneración nacional. Se creía, igualmente, que el catolicismo

3 MIGUEL SAMPER, “La miseria en Bogotá”, en *Escritos Socioeconómicos, Vol. I*. Bogotá, Editorial de Cromos, 1867, pp. 7-134.

4 SERGIO ARBOLEDA, *La República en la América española*, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, (1972) (1869-1871).

5 RAFAEL NÚÑEZ, “La Degeneración”, en RAFAEL NÚÑEZ (Aut.), *Los mejores artículos políticos* Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1998 (1882), pp. 55-60.

6 MIGUEL ANTONIO CARO, “La Conquista”, en CARLOS VALDERRAMA ANDRADE (ed.) *Miguel Antonio Caro. Obra Selecta*, Bogotá, Biblioteca Ayacucho, 1930 (1920), pp. 192- 205

7 JAIME JARAMILLO, *El Pensamiento Político Colombiano en el Siglo XIX*, Bogotá, Cesó, Uniandes, 2001, p. 65.

8 SIMÓN BOLÍVAR, “Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819”, en SIMÓN BOLÍVAR: *Proclamas y Discursos*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la Cultura, 2001, p. 138. Bolívar agrega que “es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos. La mayor parte del indígena se ha aniquilado, el europeo se ha mezclado con el americano y con el africano, y éste se ha mezclado con el indio y con el europeo”. *Ibid.* p. 123.

era un componente esencial, vital si se quiere, de la identidad nacional *normal*. Desesperadamente, en 1857, unos años antes del triunfo del proyecto regenerador, Sergio Arboleda exclamaba que “El Clero puede salvarnos y nadie puede salvarnos sino el Clero”. Como lo señaló Miguel Antonio Caro en su ensayo de 1885 *Educación Religiosa*, el catolicismo es tan importante para la constitución del ser humano como la alimentación, debe proporcionarse al niño “como la leche a sus labios” para la correcta y sana formación de los sujetos: “faltando desde el principio algunos elementos esenciales de alimentación, se producen monstruosidades físicas, así también la falta de educación religiosa engendra monstruosidades morales, de las que tenemos en Colombia, por desgracia, no pocos ejemplares”⁹.

La educación católica, así como la recuperación del legado español y el aprendizaje del castellano¹⁰, fueron dos de los principales componentes de *La Regeneración*. Por otra parte, institucionalmente, Caro, Arboleda y Núñez adoptaron los dispositivos coloniales españoles diseñados para evangelizar y civilizar a los indígenas y, a través de lo anterior, pretendían borrar la población considerada como anormal, degenerada, allanando el camino hacia la modernidad¹¹. Las concentraciones espaciales, los misioneros y la definición del indígena como menor de edad, fueron los elementos discursivos fundamentales del régimen republicano de la alteridad que, en últimas, sería estructurado jurídicamente por medio de la Ley 89 de 1890.

La Ley 89 de 1890 gobernó las relaciones entre el Estado colombiano y los pueblos indígenas durante poco más de un siglo. Su título ya es toda una declaración de intenciones: “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. Dos aspectos de su contenido merecen especial atención para efectos de este análisis. En primer lugar, estableció una perspectiva de aproximación a la diferencia cultural basada en la segregación espacial, tal y como en su momento lo hicieron las instituciones coloniales de la *Encomienda* y los *Pueblos de Indios*. La institución del *Resguardo* fue creada no sólo para reconocer derechos territoriales y cierta autonomía a los grupos indígenas sino como un dispositivo para segregar, controlar y representar a los indígenas en cuanto salvajes, degenerados y anormales. El *Resguardo* es una institución técnica destinada a la transformación de los salvajes en personas civilizadas. En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, simboliza un espacio de exclusión jurídica y, al mismo tiempo, de inclusión

9 MIGUEL ANTONIO CARO, “Educación religiosa”, 25 de Noviembre de 1885, en CARO, MIGUEL ANTONIO, *Estudios Constitucionales y Jurídicos. Primera serie*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1986, p. 17.

10 MALCOM DEAS, *Del Poder y la Gramática*, Bogotá, Taurus, 2006.

11 Para un análisis del proceso de construcción de la identidad nacional durante el siglo XIX en Colombia ver, además: JULIO ARIAS, *Nación y Diferencia en el Siglo XIX colombiano*. Bogotá, Uniandes – Cesó, 2005. MARGARITA SERJE, *El Revés de la Nación: Territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Bogotá, Uniandes-Ceso, 2005.

normalizadora. El artículo 1 de la Ley 89 de 1890 declaraba que “la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas”.

En términos generales, en virtud de esta ley los indígenas quedan excluidos del sistema jurídico general y su gobierno es delegado a las manos de la Iglesia, como catecúmenos. Los parámetros con base en los cuales se determinará la corrección del comportamiento de los indígenas no estarán determinados por la regla general contenida en el mandato jurídico sino por la especialidad de la norma religiosa y sus disposiciones sobre el catequista y el catecúmeno. El hecho de que el marco de gobierno para los indígenas sea establecido de este modo muestra que la relación en la que se mueve no es de licitud e ilicitud sino de normalidad o anormalidad o, en este caso, civilización-salvajismo o degeneración. La evaluación de su comportamiento se realizará dentro de un modelo de normalización basado en las etapas progresivas que permiten pasar del salvajismo al semi-salvajismo y, finalmente, a la vida civilizada.

La degeneración supone una gradación de la normalidad o anormalidad de la persona, de la posición que ocupa un sujeto en el espectro que va de la naturaleza a la cultura. Si se parte de una situación de salvajismo absoluto, sólo después de muchos años de trabajo, enseñanza y aprendizaje de las virtudes del catolicismo el individuo salvaje puede avanzar hacia una situación de semi-salvajismo. Esta clase intermedia ya no es absolutamente salvaje pero tampoco se encuentra preparada para abandonar el resguardo e ingresar en el mundo civil. Así lo señalaban los congresistas Reyes, Pérez, Santos y Arboleda recomendando que se incluyera a los semi-salvajes en el ámbito de la Ley 89:

“(...) teniendo en cuenta que entre el estado de cultura y el de la naturaleza de los colombianos, existe una clase que sin ser totalmente salvaje, se halla aún muy distante de poder entrar como los demás ciudadanos al pleno goce de los derechos civiles —que no aprecian y desconocen- y la hace víctima inconsciente de ambiciones que especulan con su imprevisión y candidez”¹².

El texto de la Ley 89 de 1890 generó un intenso debate dentro de la doctrina penal colombiana durante gran parte del siglo veinte. No es este el lugar para analizar cómo fue resuelto de manera detallada. Lo importante es resaltar que bajo cualquiera de sus versiones, la solución siempre incluía la figura del experto en cuestiones de degeneración: el médico forense. Cada respuesta encontraba en el perito forense un aliado esencial para

12 “Informe de la Comisión Tercer Debate”, BENJAMÍN REYES, JUAN B. PÉREZ, MANUEL JOSÉ SANTOS y JULIO ARBOLEDA. 30 de julio de 1890. Ley 89 de 1890. Archivo General de la Nación. Leyes Autógrafas 88 a 89, Tomo VI, Archivo del Congreso. Folios 48 y 49.

determinar el estado del indígena, bien como salvaje degenerado o como inimputable incapaz de distinguir entre el bien y el mal. En un primer momento la Corte Suprema de Justicia aplicó tanto la Ley 89 de 1890 como la Ley 72 de 1892, asegurando que “la legislación general de la República no rige entre salvajes (...) y respecto de éstos (los catecúmenos) se suspende la acción de las leyes nacionales hasta tanto salgan del estado de salvajes y estén en capacidad para ser gobernados por ellas”¹³. Poco a poco, la cuestión se inclinó a favor de la aplicación estricta del principio de territorialidad de la ley penal, resolviendo el problema del indígena delincuente acudiendo a la categoría jurídica de la inimputabilidad. Se le aplica la legislación general pero teniendo en cuenta su estado mental y, en consecuencia, se le transforma en un inimputable. Como claramente lo señala Reyes Echandía en el caso de los indígenas:

“La tesis de que “no conviven culturalmente” con los colombianos civilizados solo sirve para destacar un interesante aspecto sicosocial que permite calificarlos de inimputables, pero no como para excluirlos como destinatarios de la ley penal común ni para desecharlos como potenciales sujetos activos del delito”¹⁴.

Una vez ha sido resuelta la discusión sobre la situación del indígena delincuente Reyes Echandía señala la forma como debe funcionar en la resolución de casos judiciales concretos. No debe sorprendernos que después de haber resuelto la situación de los indígenas no civilizados desde el punto de vista de la desviación psíquica y social se acuda, nuevamente, al saber del experto en temas mentales, culturales y sociales. Debe tenerse en cuenta también que la propuesta de Reyes Echandía concilia los dos marcos que para la Corte Suprema de Justicia, explicaban el comportamiento del indígena delincuente: el evolucionismo cultural y el conocimiento médico sobre la enfermedad mental. La fórmula propuesta por Reyes Echandía mezcla los dos factores cuando habla de una inimputabilidad generada por circunstancias “sicosociales”. Tanto en la cultura como en la mente se encuentra la explicación para el desconcertante comportamiento del indígena salvaje y delincuente. En lo que nunca se ha presentado discusión alguna es en la necesidad de contar con un perito —ya sea médico o antropológico— que proporcione al juez el conocimiento sobre la personalidad y capacidad del individuo que

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia 23 de Julio de 1948. Gaceta judicial 2064-2065. Igualmente, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M. P. José María Velasco Guerrero. Bogotá, 14 de mayo de 1970. Gaceta Judicial 2326, 2327 y 2328

14 Intervención de ALFONSO REYES ECHANDÍA en la Comisión de 1974, Acta N° 9, pp. 81-87, p.85. Años antes otro de los penalistas más influyentes ya había rectificado su posición. Así, LUIS CARLOS PÉREZ señalaba que “Este primer planteamiento y la forma como fue resuelto el problema, a los cuales nos adscribimos también nosotros, son equivocados. Las únicas excepciones al imperio de la ley son las que ha señalado, o señale en lo sucesivo, el derecho internacional”. LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1967, p. 381.

se juzga. Veamos el manifiesto penal sobre la forma cómo debe ser tratado el indígena que actúa en contra de la ley:

“Frente al delito del aborígen ha de practicarse cuidadoso examen pericial para explorar los planos biológico, psicológico y sociocultural de su personalidad; con base en tal estudio habrá de ser calificado como imputable o inimputable; si lo primero, estará sujeto a las consecuencias punitivas ordinarias –penas- si se demuestra, además, que su conducta es típicamente antijurídica y culpable; si lo segundo, y siempre que el anterior presupuesto se haya comprobado, se le someterá a medida asegurativa, preferencialmente colonia agrícola especial (...)”¹⁵.

Un caso resuelto en septiembre de 1984 ayudará a esclarecer el funcionamiento de este régimen de verdad. En este caso la sentencia se produce con base en las disposiciones del Código Penal de 1980 y la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de casación contra la sentencia que condenaba por dos delitos de asesinato a Luis Evaristo Mancipe. Mancipe, trabajador del campo, pretendía a la hija menor de sus empleadores, con quien ya había mantenido relaciones sexuales. Según se narra en el expediente, el 27 de mayo de 1978 Mancipe asesinó a los padres de la menor, tomó algunas de sus posesiones y acto seguido la raptó para huir con ella al municipio llanero de Puerto López. Una vez en la ciudad, la menor acudió ante la policía, contó lo sucedido y entregó a Mancipe. El debate jurídico entre la defensa del acusado, la Procuraduría y el juez se centró en la interpretación del dictamen del médico forense. Según dicho dictamen, Mancipe era de “extracción indígena pero civilizado”, una frase que resume perfectamente la valoración que se hace del imputado, indígena pero civilizado, una contradicción aparente en la que la calificación del sujeto parece ir en contra de su propia identidad. Pero el dictamen del médico forense no se detiene en esta críptica descripción. La valoración que el médico forense hace de la personalidad de Mancipe señala explícitamente el rumbo que tomará su suerte:

“(...) el curso de su pensamiento es lento incidiendo en ello su actual estado de ánimo. Su organización lógica es suelta. El paciente se ubica fundamentalmente en el plano de lo concreto y práctico; ahora, da muestras de sensibilidad para captar detalles y aspectos pequeños de las situaciones y, en ocasiones es capaz de hacer elaboraciones que sugieren la existencia de recursos para acceder al nivel de lo abstracto. El vocabulario que moviliza está referido a objetos propios de la vida del campo y es relativamente rico. El paciente tiene capacidad para atender a los problemas y para movilizar sus recursos en la perspectiva de solucionarlos (...)”¹⁶.

15 Intervención de ALFONSO REYES ECHANDIA en la Comisión de 1974, cit.

16 Informe médico forense presentado ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, veinte de septiembre de 1984. M.P. Luis Enrique Aldana Roza. Gaceta Judicial 2416, p. 318.

La capacidad de Mancipe para emitir juicios lógicos, para realizar abstracciones a pesar de que sus preocupaciones son terrenales y su capacidad para resolver problemas con base en los recursos para él disponibles, indican, en opinión del médico forense, que es una persona mentalmente normal. Su extracción rural solo influye en su forma de ver las cosas, pero no en su capacidad cognitiva. El examen del médico forense no se detiene en este punto. Continúa con aseveraciones detenidas sobre su normalidad mental:

“Examinado el señor Luís Evaristo Mancipe Rodríguez dictaminamos que en el momento de los hechos por los cuales se encuentra incriminado y motivo de la presente investigación, no se encontraba bajo grave anomalía psíquica, estado de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia o estado de enajenación mental. Al estudio electroencefalográfico y estudio de personalidad por medio de test psicológicos, no se detecta de que (sic) padezca de disritmia cerebral u organicidad cerebral patológica. Exhibe en la actualidad un psiquismo dentro de los límites normales, acorde a su extracción social y medioambiente donde se desenvuelve”¹⁷.

Mancipe exhibe, pues, un psiquismo que se encuentra dentro de los límites normales teniendo en cuenta su “extracción social” y el medioambiente en el que vive. No queda claro, por lo tanto, si ese mismo psiquismo fuese considerado “normal” si es exhibido por una persona de otra condición social y que se desenvuelva en otro medioambiente¹⁸. Es normal para alguien cuya extracción es indígena, campesina, que vive en el campo, pero no lo es para una persona que vive en la ciudad, civilizada y urbana. Esta es, pues, la equívoca y útil noción del carácter *sicosocial* de la personalidad indígena de la que hablaba Reyes Echandía. La normalidad psíquica del indígena se refiere por lo tanto a una condición social específica. Mancipe, como lo anunció en la primera parte de su dictamen el médico forense, es al fin y al cabo “de extracción indígena pero civilizado”. La valoración del médico forense se convierte en la piedra angular de este dispositivo que detecta la condición psico-social del indígena no civilizado y que permite, en consecuencia, la gestión penal de una diferencia cultural desconcertante para jueces y abogados. La Corte Suprema de Justicia condenó a Mancipe después de verificar que “tiene un relativo nivel cultural, como que estudió algunos años de primaria; además, desde hace muchos años vive en regiones y con personas civilizadas”¹⁹.

17 Ibíd.

18 Para un análisis del primitivismo y la forma como se relaciona con la definición de la enfermedad mental, ver MICHEL FOUCAULT, *Enfermedad mental y personalidad*, Barcelona, Paidós, 2008, pp. 37-42.

19 Informe médico forense presentado ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, veinte de septiembre de 1984, cit., p. 322.

La determinación del estado de normalidad –psíquica o cultural- es, pues, el elemento primordial en los procesos judiciales penales que conoció la Corte Suprema y que involucraban a una persona que alegaba ser indígena. En la medida en que los jueces no cuentan con, ni pueden producir, exclusivamente, un saber sobre las personas que están juzgando se ven obligados a abrir las puertas a un contingente de expertos en diversas materias. El saber que legitima su decisión, que la hace posible, es generado por una instancia exterior al sistema jurídico.

El Juez, teniendo el poder para usar la llave que conduce al resguardo o a la prisión, no sabe cuando puede hacerlo, ignora qué tipo de personas puede dejar pasar y cuáles condena a permanecer al otro lado de la puerta, esperando y siempre acechando, los salvajes no civilizados. A su lado, sigilosamente, el médico forense le susurrará al oído las claves para decidir quiénes cruzan el umbral, librándole de la pesada carga de decidir. La opinión del médico forense es la que permite establecer definitivamente si una persona continúa en estado de anormalidad jurídica, si es enviada al resguardo como salvaje y catecúmeno o si, por el contrario, es tildada de civilizada y como consecuencia vinculada al régimen jurídico normal para que viva con las demás personas en el espacio de la ciudad.

En este primer momento, los jueces se apoyan en el saber médico-psiquiátrico del experto que trabaja en medicina legal. El saber antropológico empieza a aparecer tímidamente. La sentencia que establece la identidad del acusado es el producto de un régimen de verdad en el que las formas legales en materia de pruebas, testimonios e indicios, permiten procesar un conocimiento “científico” sobre las personas, volverlo oficial, real, vinculante y hegemónico. El resultado es, por lo tanto, la creación de las personas como objetos de conocimiento para luego definir las como sujetos jurídicos. Los sujetos así creados, con su existencia física y simbólica dentro del espacio del resguardo, confirman un saber, en este caso médico, que ha sido establecido en las instituciones hegemónicas de producción epistemológica.

Es imperativo para el aparato judicial acudir a un saber exterior que le suministre la información necesaria para poder poner en marcha las categorías inyectadas en su interior por la disciplina y la norma²⁰. La integración del saber médico, psiquiátrico, psicológico y la antropología criminal en el juicio legal ha hecho surgir nociones –derivadas de la teoría de la degeneración- tan problemáticas como la de “individuo peligroso”, “monomanía asesina” y “cleptomanía”, por citar solo algunos ejemplos, que representan una combinación perversa entre las formas jurídicas y un conocimiento médico sobre los seres humanos²¹. Podría sugerirse que en el contexto colonial el sistema jurídico fue inyectado con categorías igualmente problemáticas, producidas por

20 MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*, Bogotá, Siglo XXI editores de Colombia, 1989.

21 MICHEL FOUCAULT, *La vida de los hombres infames*, Madrid, Las ediciones de la piqueta, 1990, p.239.

las prácticas sociales desplegadas en un momento histórico concreto. También, que la noción de “indígena salvaje”, o el concepto de “indio” en sí mismo, sin calificaciones adicionales, fue trasplantada por el derecho desde el depósito colonial de saber sobre la alteridad. Esto explicaría, en parte, por qué antes de resolver el caso, el juez penal debe decidir, establecer, la identidad de la persona que comparece ante él. Si, por ejemplo, la noción de “indio” fue inyectada en el sistema jurídico desde las teorías coloniales de la degeneración, el racismo y el salvajismo, resultaría perfectamente comprensible que el resultado del proceso de adjudicación sea la definición del indígena como anormal, inferior o salvaje. El que hoy en día la palabra “indio” siga siendo usada de manera despectiva para indicar inferioridad racial y de clase, debería darnos suficientes indicios sobre el funcionamiento de este régimen de verdad sobre el indígena que delinque.

Tras haber descrito los principales elementos discursivos del régimen republicano uno podría pensar, legítimamente, que muy pocas personas estarían incentivadas para convertirse en indígenas. Si la identidad indígena supone exclusión, aislamiento y pobreza, es razonable pensar que dejar de ser indígena es una estrategia conveniente y no al contrario. Los estudios sobre las estrategias de asimilación de los indígenas para escapar de la tributación colonial son un ejemplo de ello²². Para nadie es un secreto que los pueblos indígenas han sido víctimas de racismo, violencia y exclusión; tampoco que las élites criollas han intentado borrar la mancha indígena blanqueando la población, fomentando la inmigración europea y el mestizaje. En un contexto tan aciago resulta desconcertante que personas consideradas como campesinos o mestizos quieran convertirse en indígenas. ¿Por qué empezó a suceder esto a finales del siglo XX en Colombia?.

2. Resurgimiento indígena, antropología y adjudicación constitucional

En los últimos años se ha presentado un auge importante de los movimientos de reconstitución étnica o cultural. Tan sólo en el litoral pacífico colombiano Hoffman señala que en menos de una década “más de 20 organizaciones étnico-territoriales han visto la luz del día”²³. Schlenker muestra las tensiones entre pueblos indígenas y colonos en el Putumayo, explicando como el saber antropológico y arqueológico está siendo utilizado para respaldar las reivindicaciones de identidad y, a través de ello, acceder al ahora favorable régimen jurídico destinado a los pueblos indígenas²⁴. Muchas personas

22 JUAN FRIEDE, “De la encomienda indiana a la propiedad territorial y su influencia sobre el mestizaje”, en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, Vol. 4, 1969, p. 91.

23 ODILE HOFFMANN, “Políticas agrarias, reforma del estado y adscripciones identitarias: Colombia y México”, en *Análisis Político*, Vol. 34, 1998, p. 116.

24 JUANA SCHLENKER, “Arqueología e identidad entre indígenas y colonos en el Alto Caquetá”, en CRISTÓBAL GNECCO y EMILIO PIAZZINI (eds.), *Arqueología al Desnudo. Reflexiones sobre la práctica disciplinara*, Popayán, Editorial Universidad del Cauca, 2003.

han encontrado en la identidad indígena un sendero que los puede conducir a espacios de otro modo inaccesibles. Recientemente, los miembros del *Cabildo Muisca de Suba* y del *Cabildo Muisca de Cota*, publicaron un libro en el que declaran que aún siguen entre nosotros, que nunca han desaparecido sino que estaban estratégicamente ocultos en medio de la niebla andina esperando el momento propicio para aparecer.

Varios estudios señalan que los actuales procesos de re-emergencia étnica en Colombia han sido propiciados en gran medida por la reforma constitucional de 1991²⁵, aunque también respondan en cierta medida a la rentabilización de las oportunidades abiertas para la conservación cultural a escala global²⁶. Estos análisis sostienen que poblaciones campesinas pobres, desposeídas y con movilidad social descendente y oportunidades limitadas de acceso al mercado de tierras deciden emprender una estrategia hoy en día más favorable -inventarse como indígenas y recuperar el pasado- para cubrir sus necesidades básicas insatisfechas²⁷. Muchas comunidades campesinas emprenden la ruta de la “conversión étnica” para romper el tradicional e incombustible vínculo de subordinación que los une con los terratenientes, para ascender socialmente y acceder a bienes y servicios que de otra manera difícilmente podrían conseguir²⁸. Hoy

25 JOSÉ ANDION, “Emergencia étnica, conquista territorial y conflicto entre comunidades indígenas y negras en Brasil y Colombia”, en *El Otro Derecho* Vol. 26-27, 2002, pp. 99-112; ELISABETH CUNIN, “Multiculturalism: From the Right to be Different to the Ethnic Exclusion. A case study of Cartagena (Colombia)”, en *Beyond Law*, Vol.8, N° 24, 2001, pp. 63-83; CHRISTIAN GROS, *Políticas de la etnicidad: Identidad, Estado y Modernidad*, Bogotá, ICANH, 2000.

26 DANIEL MATO, “Transnational Networking and the Social Production of Representations of Identities by Indigenous Peoples’ Organizations in Latin America”, en *International Sociology*, Vol. 15, N°2, 2000, pp. 343-360.

27 La irrupción del narco capital dentro del mercado rural de tierras originó un increíble aumento del valor de la tierra. Uprimny denomina ese proceso como una contra reforma agraria. RODRIGO UPRIMNY, “El “laboratorio” colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia”, en: BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA (orgs.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Colciencias y otros, 2001, p. 337. Los terratenientes tradicionales están siendo desplazados por las atractivas y difícilmente rechazables ofertas realizadas por un narco capital ávido de legitimación y lavado. Según Gros, “se estima que en diez años ha invertido cerca de cinco mil quinientos millones de dólares y que posee más de un millón de hectáreas, buena parte de ellas en el Magdalena Medio”, CHRISTIAN GROS, “Los campesinos de las cordilleras frente a los movimientos guerrilleros y a la droga: ¿actores o víctimas?”, en *Análisis Político*, Vol. 15, 1992, p. 8. El mercado de tierras fue distorsionado, el precio de la tierra se elevó artificialmente y los pequeños propietarios y arrendatarios campesinos fueron privados de la posibilidad de acceder a la tierra.

28 La importancia de ser o constituirse como “etnia” la ejemplifica los resultados hasta ahora obtenidos por aquellos que han logrado ajustarse a los parámetros de identidad de los distintos regímenes constitucionales. Desde la adjudicación de tierras basada en la reparación de errores históricos, como sucedió en Brasil con el reconocimiento de los derechos territoriales de los llamados remanente de *quilombos* (JOSE ANDION, “Emergencia étnica, conquista territorial y

en día, legal y políticamente, es mejor ser indígena que campesino, a pesar de que ambos sufren la intensidad de la violencia paramilitar y guerrillera. Desde la resurrección de los Kankuamo en la Sierra Nevada de Santa Marta²⁹, pasando por la constitución de cabildos urbanos en Bogotá y Medellín y la creación de partidos políticos étnicos³⁰, el fenómeno de la reemergencia étnica muestra que no se “nace indígena” como parece asegurar la Corte Constitucional colombiana³¹, sino que lo indígena se hace, es construido, con y contra el Estado.

Al mismo tiempo, este proceso de reconversión étnica ha generado un profundo y problemático proceso de distinciones, rupturas y separaciones entre comunidades que antes se identificaban como miembros de la misma clase económica y social, como campesinos proveedores de fuerza laboral, y que ahora se diferencian entre sí con base en un pasado que quieren hacer presente. El análisis del proceso de resurgimiento étnico de las comunidades afro-colombianas ha llevado a que autores como Cunin sostengan que se está generando un proceso de exclusión doble, en virtud del cual “la población afro-colombiana es dos veces discriminada: primero, por medio de su exclusión de la igualdad democrática y segundo por medio de su exclusión del derecho a ser diferente. Lo primero porque son negros (en términos raciales) y lo último porque no son lo suficientemente negros (en términos étnicos)”³². Igualmente, Villa sostiene que estamos en presencia de un “nuevo modelo de subordinación”, en donde el discurso del reconocimiento esconde la utilización de los pueblos indígenas como guardianes de la naturaleza y los recursos naturales, sin que se produzca un verdadero cambio en

conflicto entre comunidades indígenas y negras en Brasil y Colombia”, cit., p. 107), pasando por la titulación en Colombia durante los últimos cuatro años de “alrededor de 18 millones de hectáreas a los pueblos indígenas en la región amazónica de ese país” (JORGE DANDLER, “Hacia un orden jurídico de la diversidad”, *Crítica Jurídica*, 1994, p. 37), hasta la dotación de alrededor de 2 millones de hectáreas en varias áreas de bosques y llanos tropicales en Bolivia a favor de los pueblos indígenas del oriente (*Ibid.*, pp.37-38), son ejemplos del impacto que dichas reformas pueden tener sobre el mercado de tierras. Como lo señala Laurent: “En la medida en que el hecho de ser *ante todo indígena o ante todo campesino* —lo que, se sobreentiende, ya *no tan indígena*— está ligado con el acceso a la tierra y la obtención de derechos garantías específicos, la elección o asignación de “una” identidad dada puede tener consecuencias importantes”. VIRGINE LAURENT, *Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998*, Bogotá, ICANH-IEFA, 2005, p.59.

- 29 CHRISTIAN GROS, “Identidades indias, identidades nuevas. Algunas reflexiones a partir del caso colombiano”, *Revista Mexicana de Sociología*, LX(4), 1998, pp. 181-185.
- 30 VIRGINE LAURENT, “Población indígena y participación política en Colombia: las elecciones de 1994”, *Análisis Político*, Vol. 31, 1997, pp. 67-87; DONNA LEE VAN COTT, “Cambio institucional y partidos étnicos en Sudamérica”, *Análisis Político*, Vol. 48, 2003, pp. 26-51.
- 31 Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1994. Magistrado ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz
- 32 ELISABETH CUNIN, “Multiculturalism: From the Right to be Different to the Ethnic Exclusion. A case study of Cartagena (Colombia)”, cit., p. 80.

las asimétricas relaciones entre el Estado y las minorías nacionales³³. Como lo señala Wade,

“(...) en gran medida el multiculturalismo oficial en Colombia está vinculado con el desmonte de la protesta indígena y negra. También es un proceso de compensación a grupos locales (por lo menos simbólicamente) ubicados en zonas de interés económico estratégico como parte de un proyecto de reestructuración económica e integración en el mercado mundial”³⁴.

Dentro de esta perspectiva, por ejemplo, Hoffman muestra como el derecho recurre a elementos discursivos sobre la “ancestralidad” de las poblaciones negras del Pacífico colombiano, al carácter matrifocal de estas comunidades y la importancia de los ancianos “cuando no existe unanimidad - ni entre académicos ni entre la misma población- , sobre estos aspectos de la vida en el pacífico”³⁵. Con el propósito de acceder a bienes, servicios y obtener un reconocimiento positivo por parte del Estado, ciertos grupos poblaciones buscarían recomponer, inventar si se quiere, o reconstruir un pasado tradicional que transforme su identidad y, de este modo, lograr una mejora en su calidad de vida. En estos casos la identidad “se movilizaría, se instrumentalizaría en función de circunstancias y de objetivos particulares en los que se desarrollaría dentro de otras identidades latentes, de otras identidades posibles”³⁶.

A pesar de los efectos contradictorios del modelo, resulta claro que tras siglos de sometimiento, discriminación y políticas de asimilación, la identidad étnica –como indígena o afro-colombiano- se ha convertido en una importante herramienta política y jurídica para transformar las relaciones sociales y económicas imperantes en el sector rural y agrario colombiano. La creciente importancia de la identidad indígena, por supuesto, ha creado paralelamente la necesidad gubernamental de responder a este movimiento social de etnicización por medio del ejercicio de un “control” de las

33 WILLIAM VILLA, “El Estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación”, pp. 89-101, en Varios Autores, *El Debate a la Constitución*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional, 2002, pp. 89-101. Tesis que es parcialmente aceptada por Sánchez: “Así mismo, una revisión a estos planes deja la impresión de que el gobierno pretende convertir a las comunidades indígenas en administradores eficaces y ecológicamente correctos en el uso de territorios y de los recursos que les han sido transmitidos legalmente, sin preguntarse si las condiciones sociales y culturales de cada comunidad lo permiten”. BEATRIZ SÁNCHEZ, “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena”, en: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA (orgs.). Bogotá, Colciencias y otros, 2001, p. 32.

34 PETER WADE, “The guardians of power: Biodiversity and multiculturalism in Colombia”, en ANGELA CHEATER (ed.), *The Anthropology of Power*, Londres, Routledge, 1999, p. 33.

35 ODILE HOFFMAN, “Políticas agrarias, reforma del estado y adscripciones identitarias: Colombia y México”, cit., p. 116.

36 CHRISTIAN GROS, “Identidades indias, identidades nuevas. Algunas reflexiones a partir del caso colombiano”, cit., p. 190.

reivindicaciones de pertenencia cultural, el cual se encuentra basado en la producción de un saber antropológico - jurídico que permite distinguir con certeza las identidades étnicas “verdaderas” de las “aparentes”. Distinguir, en efecto, entre aquellas personas que a pesar de las apariencias, de sus vestidos y rasgos físicos, no pueden ser consideradas como depositarias legítimas del pasado indígena y aquellas que se edifican como los auténticos destinatarios del nuevo régimen constitucional. Estamos en presencia de un nuevo régimen de creación y control de la identidad étnica. Como lo señala Khittel, analizando la importancia y el poder de los expertos en el proceso de definición de los pueblos afro-colombianos,

“El poder de definición parece haber cambiado desde las selvas tropicales del Chocó y los movimientos sociales para ser asumido por burócratas, antropólogos y demás personal técnico del Estado. Los problemas ya no son las reivindicaciones de la población, sino la necesidad del sistema jurídico de entender un sistema diferente para que puedan resultar compatibles”³⁷.

En este contexto, el derecho en general, y las instancias legales y judiciales en particular, han cumplido un papel fundamental tanto en el control y gestión de las reivindicaciones de identidad como en la definición misma de lo que se entiende por “indígena”, para efectos legales y políticos. La movilización de las instancias judiciales por parte de distintos actores que persiguen objetivos diferentes y a veces en franca oposición –desde la Defensoría del Pueblo, pasando por personas que reclaman ser indígenas, hasta las comunidades indígenas más tradicionales- ha generado un número significativo de decisiones en donde se utiliza estratégicamente el saber generado por el perito antropólogo o el concepto emitido por el experto en filosofía política para moldear y manipular las normas e interpretaciones legales que gobiernan la diferencia cultural. El resultado es un régimen de saber y poder que con autoridad determina quiénes pueden ser considerados como indígenas verdaderos, es decir, señala y crea con la fuerza de la ley los criterios que permiten identificar a los portadores auténticos de la tradición, el pasado y el territorio ancestral en medio de la inmensa población campesina y mestiza de Colombia. En este contexto, ser indígena, como lo señala Gros, remite “menos a una esencia, a un sentir (...) que a una situación”³⁸.

De hecho, en sus pronunciamientos más extremos la Corte Constitucional ha señalado que el régimen constitucional busca estimular la conservación cultural y “proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”³⁹. ¿Acaso

37 STEFAN KHITTEL, “The law concerning the black communities in Colombia: Ethnic rights or anti-discrimination rights?”, *Law and Anthropology*, Vol. 10, 1998, pp. 265-282.

38 CHRISTIAN GROS, “Identidades indias, identidades nuevas. Algunas reflexiones a partir del caso colombiano”, cit., p. 190.

39 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-058 de 1994. M.P., Alejandro Martínez Caballero. Resaltos originales de la sentencia.

hay indígenas que no viven con, ni como los indígenas? Parece ser que sí, y por ello resulta apremiante establecer un saber y unos criterios que permitan “identificarlos”, encontrarlos en medio del enorme mestizaje y eludir, de este modo, el caos y la inseguridad que puede producir un proceso acelerado e incontrolado de indigenización de la fuerza laboral en el ámbito rural. La siguiente es la distinción sobre la que se basa la actual política de control y conservación de la diferencia étnica y cultural en Colombia: “En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos”⁴⁰.

3. De la mente enferma al alma cultural

Las tensiones internas dentro de los operadores jurídicos penales que se movían sin mucha decisión entre una aproximación médica y una cultural a la cuestión jurídica del indígena no civilizado, finalmente serían resueltas gracias al posicionamiento del perito antropólogo como la fuente privilegiada del saber sobre la alteridad cultural. En un contexto social que ahora es definido como multicultural, la dialéctica normalidad-anormalidad mental pierde sentido para explicar el comportamiento del *otro* encarnado por el indígena colombiano. El diálogo y las traducciones culturales se erigen como las herramientas primordiales para el gobierno de un campo social definido y constituido como multicultural.

La Corte ha señalado que la resolución de los casos relacionados con la jurisdicción especial indígena supone un análisis de cada comunidad en concreto, un juicioso estudio que debe tener en cuenta los siguientes elementos: “la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc.”⁴¹. La Corte asume como una tarea indispensable para la resolución de los conflictos en esta materia la elaboración de verdaderas incursiones en el ámbito antropológico. Con base en el saber antropológico la Corte ha resuelto una amplia variedad de casos, así como ha averiguado el significado de prácticas y ritos culturales antes desconocidos para la audiencia jurídica. Por una parte, con base en el informe de un grupo de “profesores encabezado por el Doctor Carlos Alberto Uribe”⁴², pudo establecer que no se realizó una consulta previa a la comunidad de Cristiania sobre las obras de construcción de una carretera y que estas mismas obras bien pudieron ocasionar “los movimientos de tierra,

40 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-394 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo.

41 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-139 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

42 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-428 de 1992. M.P. Ciro Angarita

cuyas consecuencias lamentan hoy los miembros de la Comunidad indígena⁴³. Ha aprendido cuál es el significado cultural de la pena de destierro y el fueite gracias a los informes de Sánchez y Rojas⁴⁴. También, gracias a Perafán y Azcárate, ha establecido que entre los paeces también se utiliza la noción de inimputabilidad⁴⁵. También ha averiguado gracias a Uribe que para los arhuacos “la religión lo es todo y toda acción”⁴⁶ y que por eso no se puede ser arhuaco y evangélico. Pero antes de apoyarse decididamente en el saber antropológico, la Corte hubo de apartar sutilmente al experto que durante décadas acompañó a los jueces en la decisión de los casos que involucraban a indígenas. El saber psiquiátrico, como se verá a continuación, ahora ocupa un lugar marginal aunque sigue estando presente. La transición entre estos dos modelos se refleja perfectamente en la nueva fórmula que conjuga las dos tradiciones, antropología y psiquiatría, que no es otra que la “inimputabilidad por diversidad sociocultural”⁴⁷.

El tránsito de un modelo de saber basado en las teorías sobre la enfermedad mental a uno apoyado en el saber antropológico sobre la alteridad supuso un punto de encuentro entre antropólogos y médicos forenses. Antropólogos y forenses coincidieron en un caso al que fueron convocados justo en el momento de transición entre el modelo de gestión de la diferencia cultural diseñado por la Ley 89 de 1890 y aquel que se pretende establecer con la Constitución de 1991. Dos formas de examinar al sujeto indígena coinciden gracias a un proceso penal iniciado en 1993 y cuyo objeto era, precisamente, definir si el acusado era o no un indígena inimputable por inmadurez psicológica.

Los hechos del caso, brevemente reseñados, son los siguientes. El 7 de noviembre de 1993, en la vereda de Bajo Cañada, Huila, Libardo Guainas Finscue asesinó a su compañero de trabajo Gregorio Pumba Gutiérrez. Tras ser capturado, se ordenó la práctica de un examen psicológico para establecer el estado mental del acusado teniendo en cuenta la presencia de “una posible INIMPUTABILIDAD por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena desadaptado al medio social en que se desenvuelve”⁴⁸. También se convocó a una antropóloga forense para que, desde otra perspectiva, examinará al acusado. La Corte resume perfectamente lo sucedido en este peculiar encuentro:

43 *Ibíd.*

44 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-523 de 1997. M.P., Carlos Gaviria. Igualmente, en relación con la pena de destierro ver: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes.

45 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

46 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU 510 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes.

47 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 1238 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

48 JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO de La Plata, Huila. Orden de valoración psicología. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-496 de 1996. M.P., Carlos Gaviria Díaz.

“La Antropóloga Forense, por su parte, en concepto del 24 de enero de 1995, recomendó devolver al actor a su entorno cultural, para que fuera juzgado por las normas tradicionales de la etnia páez. En su opinión, el sindicado es fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento (fl.6). El Psiquiatra Forense, por el contrario, consideró que Libardo Guainas Finscue, a pesar de ser un indígena apegado a su cultura, ha tenido suficiente contacto con la civilización y está en plena capacidad para comprender la ilicitud de su acto y las consecuencias derivadas de él. Basa su concepto en el trabajo que ha realizado el actor por varios años, fuera de su comunidad, en “fincas de personas no indígenas”(fl. 7)”⁴⁹.

Claramente se observa el resultado dispar, la diferencia entre la mirada médica que escruta la normalidad mental y la observación antropológica que se concentra en el alma cultural. Para el psiquiatra se trata de determinar si Guainas es capaz de comprender el significado de las normas y su comportamiento. Para la antropóloga la cuestión radica, por el contrario, en observar la influencia de una cultura ancestral en el comportamiento cotidiano de una persona. La oposición entre estas dos fuentes de saber es clara pues cada una supone un marco epistemológico diferente, un lenguaje distinto, en fin, dos subjetividades diversas pero que pueden ser albergadas por un mismo cuerpo. El juez de instancia acogió el concepto emitido por el psiquiatra forense y determinó que el acusado debía ser juzgado con base en el derecho penal ordinario, condenándolo a 20 años de prisión. El abogado defensor, tras agotar todos los recursos de instancia, decidió interponer una acción de tutela.

La Corte inicia su disertación dejando claro que rechaza las nociones de inferioridad psíquica, inmadurez psicológica y trastorno mental que emplea el Código Penal para referirse a los inimputables, en general, y a los indígenas, en particular. Bajo el nuevo régimen, asegura la Corte, los indígenas son considerados como sujetos éticos que orientan su conducta siguiendo parámetros significativos que simplemente son diferentes. No se habla de anormalidad, no hay ninguna anomalía o desviación que corregir en el caso de los indígenas, simplemente tienen una forma distinta de ver el mundo; su conducta, por extraña que pueda parecer en ocasiones, se debe a esta diferencia cultural y no a una deficiencia, inmadurez o anomalía mental. Se trata, por lo tanto, de cambiar la perspectiva de análisis para examinar el todavía desconcertante comportamiento de los indígenas:

“Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena,

observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades⁵⁰.

Es simplemente un cambio de perspectiva como bien lo dice la Corte. La extensa cita se justifica por dos razones. En primer lugar, porque constituye el nuevo manifiesto que convoca una nueva actitud frente a los indígenas y que explica a todos los jueces cómo deben acercarse a ellos, cómo deben resolver los casos, qué deben concluir. La audiencia de este discurso que ordena tratar a los indígenas como seres éticos y racionales, dejando atrás las nociones de salvajismo e inferioridad, está constituida por los jueces ordinarios que en virtud del control constitucional difuso pueden resolver acciones de tutela. Es, por lo tanto, el manifiesto del nuevo régimen judicial de tratamiento de la diferencia cultural encarnada por los pueblos indígenas. En segundo lugar, porque establece el procedimiento que se debe seguir para estudiar el comportamiento indígena, así como las conclusiones que se deben extraer de este análisis.

Los jueces, dice la Corte, deben hacer un estudio sobre la situación de cada indígena en concreto, examinar su nivel de "conciencia étnica", así como el "grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos", para averiguar si el individuo en cuestión sabía que estaba cometiendo un delito. Si es este el caso, el juez deberá concluir que su conducta es el resultado de una diferencia valorativa y no de una supuesta inferioridad mental. Procedimiento y conclusiones son establecidos. La importancia de esta declaración se entiende mejor si se comparan los elementos constitutivos de este discurso con la solución planteada treinta años atrás por Reyes Echandia para el caso del indígena delincuente. El examen permanece, algunos adjetivos cambian. Antes era empleado para indagar sobre la normalidad mental del individuo, ahora para establecer el contenido cultural de su ser. Lo que antes era explicado como fruto de la relación normalidad – anormalidad mental, ahora se hace inteligible gracias a la relación diferencia – similitud cultural.

Este caso resulta peculiar porque la Corte no acoge el peritaje antropológico que describe a Guainas como un miembro activo de la comunidad Paéz, que es fiel a sus tradiciones y costumbres, recomendando que sean las autoridades tradicionales quienes deben juzgarlo. La Corte considera que en este caso no es suficiente con esta apreciación porque resulta obvio que Guainas entendía perfectamente el significado de

50 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

su conducta, sabía que matar es algo reprochable. Esta conclusión es posible gracias a dos factores. En primer lugar, porque sabe cómo viven los “blancos”, ha estado en “contacto” con ellos, ha aprendido el significado de su modo de vida, ha entrado en el mercado de trabajo, ha aprendido el idioma:

“En el caso del actor es evidente la influencia de la cosmovisión mayoritaria, no sólo por la aculturación de la comunidad a la que pertenece, si no porque voluntariamente salió de ella a trabajar “para conseguir plata”, como él mismo lo afirma, aprendiendo el castellano e interactuando con sujetos ajenos a su cultura”⁵¹.

Así, a pesar de que Libardo se siente Paéz, es un miembro activo de la comunidad, sigue sus tradiciones y costumbres, no puede ser juzgado por las autoridades indígenas porque, al mismo tiempo, ha estado en contacto con la cultura mayoritaria, ha trabajado para conseguir plata, sabe hablar español, sabe que matar es malo y salió de su territorio. Pero eso no es todo. A pesar de que la Corte rechaza el peritaje antropológico que se presentó ante los jueces de instancia, esto no significa que se aparte del saber antropológico para fundamentar su decisión. Un nuevo examen antropológico, un nuevo insumo de conocimiento resulta más que oportuno para llegar al resultado que seguramente tenía en mente la persona que redactaba la sentencia: Guainas debe ser juzgado por el sistema jurídico nacional. El examen antropológico, sin embargo, no tiene como objeto el alma cultural de Guainas, sería redundante pues ya se sabe que es perfectamente Paéz. La mirada se dirige al contenido cultural de la comunidad, para indagar qué normas y reglas posee la cultura Paéz. El antropólogo que realiza este juicioso trabajo le informa a la Corte que el “sistema jurídico paéz” también contempla distintos tipos de homicidios, los cuales, casualmente, responden a la misma tipología del derecho penal clásico, homicidio culposo, preterintencional y agravado:

“El simple, que incluye los casos de riña, el preterintencional y el no agravado. Aquí se deduce una responsabilidad objetiva “la víctima está muerta”, que acarrea penas de juetiada, trabajo forzado de 2 años e indemnización. El culposo, “Vih’che uh’uhunás iks’payu’we’men”- el que en una cacería disparó a un animal y le pegó a una persona-. Estos casos se consideran “fracasos” que no eximen de responsabilidad por falta de previsión y se castigan con juetiada, trabajo forzado (1 o 2 años) e indemnización. El agravado “Yuwe sena wala neñu” -queda con un problema muy grave-. Cuando la persona ha estado “persiguiendo”, se considera un delito con “intenciones”. Sucedido el caso la pena de este delito va de 2 a 5 años de trabajo forzoso, previa juetiada e incluyendo pago indemnizatorio”⁵².

51 Corte Constitucional, sentencia T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

52 Concepto emitido por CARLOS CÉSAR PERAFÁN y LUÍS JOSÉ AZCÁRATE ante la CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Resultaría muy obvio decir que el antropólogo que ha informado a la Corte –seguramente con la mejor intención- ha traducido ciertas prácticas de la comunidad Paéz al lenguaje más especializado del derecho penal. Muy obvio sería decir que seguramente lo ha hecho así porque su trabajo, precisamente, está dirigido a una audiencia jurídica. Una enorme casualidad podría explicar por qué la comunidad Paéz ha realizado un esfuerzo semejante al de los teóricos del derecho penal clásico para clasificar los tipos de homicidios según la intención, la culpa del agente activo, graduando la pena de acuerdo con la voluntad del agresor y el resultado acaecido. La culpa, una categoría tan precisa de la tradición judeo-cristiana, también se encuentra inserta en la cultura jurídica Paéz. Gracias a este saber antropológico la Corte concluye enfáticamente que, “(e)l homicidio, pues, no es una conducta que los miembros de la comunidad páez desconozcan como reprochable. Aún aceptándose la “pureza cultural” del sujeto, éste puede comprender la dimensión del ilícito y ser consciente de que su actuación acarrea sanciones”⁵³, ordenando que Guainas sea juzgado de acuerdo con el derecho penal estatal.

En este caso se respalda el examen psiquiátrico porque la solución a la que apunta coincide con la señalada por el segundo peritaje antropológico: Guainas debe ser juzgado por el Estado y no por la comunidad indígena. Una de las principales conclusiones que se pueden extraer de este caso es que los exámenes antropológicos no pueden aspirar a abarcar todos los elementos potencialmente involucrados en un caso y que, incluso, dos exámenes antropológicos sobre el mismo sujeto pueden indicar a los operadores jurídicos caminos radicalmente diferentes. La pretendida certeza del saber antropológico se apoya en una caótica e ineludible relatividad, justo lo opuesto a la necesidad sistémica del derecho en torno a la seguridad jurídica. No sólo se debe examinar al sujeto sino también la cultura a la cual pertenece para establecer correspondencias, hacer inteligibles conductas, explicar acciones. Pero eso será siempre insuficiente porque el relato de la mirada antropológica dependerá de los ojos del etnógrafo que se aventura a entrar en el apartado espacio cultural de los pueblos indígenas para examinar el alma cognitiva de aquellas personas que allí habitan.

4. Conclusión

La compleja relación entre el saber antropológico y su utilización en los estrados judiciales ha generado un amplio debate. En *Identidad en Mashpee*, James Clifford (1995) muestra cómo un juicio iniciado para resolver un conflicto de tierras se convirtió en juicio sobre la identidad de la Tribu *Mashpee*. Tanto las audiencias, como las declaraciones de testigos y los argumentos de los abogados estaban estrechamente vinculados con el problema de establecer si la tribu “era en realidad una tribu india, y

la misma tribu que a mediados del siglo XIX había perdido sus tribus a través de una serie de actos legislativos debatidos⁵⁴. A medida que se iba desarrollando el juicio, se convocaron a expertos para que aclararan el acalorado debate en torno a la identidad de la Tribu Mashpee. En este sentido, Clifford analiza el problemático rol que cumple el antropólogo cuando es convocado como experto. Por una parte, los antropólogos no pueden explicarle al juez la naturaleza relativa y limitada del conocimiento que producen, ni que dicho saber es el resultado de una “disciplina históricamente limitada y políticamente entrampada”.⁵⁵ Por otra parte, se encuentra el tema de la neutralidad y la objetividad. Un juicio es un escenario de luchas y confrontaciones en el que las partes oponen sus deseos, perspectivas y definiciones de la realidad. En tal contexto, es difícil considerar que el peritaje está libre de sesgos. Finalmente, el conocimiento antropológico es siempre limitado y tiene un alcance intermedio debido a que no se puede recoger ni interpretar toda la información potencial que contiene el campo. De hecho, una descripción densa que se emplea como un instrumento para resolver conflictos ya no es la misma descripción densa⁵⁶. Como lo señala Rosen, la labor de los antropólogos en los juicios que involucran a pueblos indígenas debería partir de la aceptación de que “su saber y sus compromisos no pueden ser dados por hecho”⁵⁷.

A pesar de la naturaleza problemática que supone basar una decisión judicial en el saber proporcionado por un experto, desde el punto de vista de los jueces y demás operadores jurídicos resulta apenas comprensible esta irremediable necesidad de definir, crear y aplicar unos criterios específicos que hagan posible el proceso de adjudicación constitucional. ¿Qué pasaría si en un país mestizo cada campesino empezará a reclamar una identidad indígena ahora valiosa? ¿Cómo podría aplicar el juez las normas constitucionales en el caso de las personas que debido a su pertenencia cultural parecen escapar a su ámbito? En el caso de la puesta en marcha del régimen constitucional destinado a los pueblos indígenas, la cultura aparece como una densa niebla que cubre los textos jurídicos y el antropólogo como aquel que la disipa. El antropólogo, que ahora se sitúa junto al juez en el lugar que antaño ocupaba el psiquiatra, considera como un avance positivo que el examen sobre los individuos este ahora en sus manos. Sánchez asegura que el diálogo intercultural en los estrados judiciales sólo puede alcanzarse en presencia de un antropólogo que actúa como un intérprete cultural: “Los casos llevados a Tribunales, protagonizados por los indígenas

54 JAMES CLIFFORD, *Dilemas de la Cultura*, Barcelona, Gedisa, 1995, p. 327.

55 *Ibíd.*, p. 377.

56 ANNELISE RILES, “Anthropology, Human Rights, and Legal Knowledge: Culture in the Iron cage”, *American Anthropologist*, Vol. 108, N° 1, 2006, pp. 52-65.

57 LAWRENCE ROSEN, “The Anthropologist as an Expert Witness”, *American Anthropologist*, Vol. 79, 1977, pp. 555-578.

en Colombia son acciones en un Mundo posible accesibles desde nuestro Mundo Real, gracias al trabajo del antropólogo jurídico⁵⁸.

Lo primero que valdría la pena preguntarse es si un juzgado es el lugar más apropiado para establecer un diálogo intercultural, también si esto es en absoluto posible dentro de un juicio teniendo en cuenta la disparidad de fuerzas e intereses. A pesar de las buenas intenciones de los antropólogos y de su compromiso con la promoción de las políticas del multiculturalismo en Colombia, la identidad indígena sigue siendo definida exteriormente por un experto que decide quiénes son realmente, qué rasgos deben exhibir, reproducir y aplicar para que puedan ser considerados como los depositarios de una identidad auténtica.

El discurso antropológico–judicial sobre la persona indígena, acerca de su identidad, sus rasgos, su alma cultural, descansa exclusivamente en la tolerante mirada del perito, quien es el sujeto autorizado para pronunciar una verdad sobre lo indígena que está respaldada por un cuerpo de conocimiento que asume el estatus de ciencia social. Es este discurso el que se convierte en oficial, el que la ley reproduce y afirma, excluyendo el discurso que sobre sí mismo pronuncia aquél que hoy en día es catalogado –y descalificado- como indígena aparente, como asimilado o acomodaticio. El discurso de ese camaleónico sujeto que se aleja del componente básico de la identidad indígena normal, que se mueve azarosamente entre la ciudad y el resguardo y cuya verdad hace tambalear los cimientos sobre los que se edifica el régimen multicultural de la identidad en Colombia será, por lo tanto, silenciado y descalificado.

En este sentido, que se haya remplazado el saber del explorador colonial o el del misionero por un conocimiento más “científico” generado por psiquiatras o antropólogos, no debe conducirnos a celebraciones apresuradas. Estos cambios pueden ser más bien considerados como mutaciones y arreglos dentro de un mismo régimen de verdad que gobierna la alteridad indígena. El aparente diálogo intercultural está basado, en realidad, en la técnica normalizante del examen y parece ser más bien una manifestación del conocimiento como regulación⁵⁹. Si este proceso puede ayudar a la emancipación y descolonización de la identidad indígena es algo que aún está por verse, dependerá de la apertura de espacios igualitarios en donde se escuche –no examine- a los individuos que reclaman una identidad dejando en lugar de decirles quiénes son y cómo deberían ser para confirmar nuestro propio depósito de saber sostenido por la piedra angular del colonialismo.

58 ESTHER SÁNCHEZ, “Melicio Cayapu Dagua está preso mi sargento. Estado de normas, estado de rupturas”, en ESTHER SÁNCHEZ (ed.), *Antropología Jurídica. Normas formales, costumbres legales en Colombia*, Bogotá, Sociedad Antropológica de Colombia y Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, 1992, pp. 10-20. Ver igualmente, ESTHER SÁNCHEZ, “Peritazgo antropológico: Una forma de conocimiento”, en *El Otro Derecho*, Vol. 4, Nº 3, 1992, pp. 81-95.

59 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *De la mano de Alicia*, Bogotá, Universidad de Los Andes –Siglo del Hombre Editores, 1998, p. 435.