

ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DE LA JUSTICIA COMUNITARIA ACTUAL EN EL PALENQUE DE SAN BASILIO

OSWALDO ENRIQUE ORTÍZ COLÓN

UNIVERSIDAD DEL NORTE
DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
BARRANQUILLA
2011

ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DE LA JUSTICIA COMUNITARIA ACTUAL EN EL PALENQUE DE SAN BASILIO

OSWALDO ENRIQUE ORTÍZ COLÓN

Proyecto presentado para optar al título de
Magíster en Derecho

Director: Carlos Enrique Guzmán Mendoza
Doctor en Ciencia Política

UNIVERSIDAD DEL NORTE
DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
BARRANQUILLA

2011

Proyecto aprobado para optar al
Título de Magíster en Derecho

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla,

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: METODOLOGÍA.	5
Descripción y formulación del problema de investigación, objetivos, hipótesis y estrategias metodológicas	6
CAPÍTULO II: CARACTERIZACIÓN DE LAS COSTUMBRES SOCIOPOLÍTICAS Y JUDICIALES TRIBALES DE SAN BASILIO DE PALENQUE	13
<i>Vida cotidiana en San Basilio de Palenque</i>	13
<i>Costumbres políticas tribales de San Basilio de Palenque</i>	22
<i>Costumbres judiciales tribales de San Basilio de Palenque</i>	25
<i>La Justicia Comunitaria Actual en San Basilio de Palenque</i>	26
CAPÍTULO III: ESTADO DEL ARTE SOBRE EL MULTICULTURALISMO Y JUSTICIA COMUNITARIA ACTUAL EN COLOMBIA	29
<i>Multiculturalismo en Colombia. Las relaciones interétnicas entre indígenas y blancos</i>	29
<i>Los indígenas colombianos</i>	30
<i>El derecho como espejo de las relaciones interétnicas a través de la historia</i>	34
<i>Los años de dominación hispánica</i>	35
<i>La primero años de la república</i>	38
<i>La ley 89 de 1.980</i>	40
<i>La búsqueda de la integración a través del desarrollo rural</i>	43
<i>Los primero pasos hacia el reconocimiento</i>	44
<i>1.991-1.997: el periodo de hipervisibilidad de lo indígena</i>	46
<i>Antecedentes al reconocimiento de lo indígena en la Constitución de 1.991</i>	47

<i>La asamblea nacional constituyente</i>	52
<i>El texto de la constitución</i>	55
<i>Las relaciones interétnicas a la luz de la nueva constitución</i>	56
<i>El desarrollo del principio de respeto a la diversidad a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional</i>	59
<i>La identificación del indígena</i>	61
<i>Relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas</i>	64
<i>Respeto efectivo a la identidad cultural</i>	65
<i>El caso nukak maku</i>	65
<i>La inconstitucionalidad del término “salvaje”</i>	69
<i>La autonomía económica</i>	73
<i>El derecho a la participación</i>	76
<i>La participación del los pueblos indígenas en la vida política del país</i>	77
<i>La consulta</i>	79
<i>La jurisdicción indígena</i>	80
<i>La situación de las justicias indígenas antes de la Constitución de 1.991. Perspectiva histórica</i>	82
<i>Reconocimiento de la jurisdicción indígena en la Constitución de 1.991</i>	87
<i>Justicia comunitaria actual en Colombia</i>	91
<i>Características de la justicia comunitaria</i>	94
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA JUSTICIA COMUNITARIA ACTUAL EN SAN BASILIO DE PALENQUE.	95
Resultados de los análisis estadísticos	96
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	113
<i>Libros</i>	113
<i>Cibergrafía</i>	119

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1: OTROS PALENQUES

8

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICA 1: CREENCIA EN LA JUSTICIA PRACTICADA POR EL ADULTO MAYOR	97
GRÁFICA 2: CONFIANZA EN LA GUARDIA CIMARRONA.	97
GRÁFICA 3: IMPORTANCIA DE LOS KUAGROS.	98
GRÁFICA 4: RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS CON EL ADULTO MAYOR.	99
GRÁFICA 5: PROBLEMAS QUE MÁS SE VENTILAN CON EL ADULTO MAYOR.	100
GRÁFICA 6: REQUERIMIENTO PARA LA EFICACIA DE LA JUSTICIA	101

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el tema judicial ha adquirido gran importancia académica y política, dado que la justicia ha sido uno de los ejes de las reformas políticas y constitucionales de los últimos años por parte del gobierno nacional, aunado además, a que las investigaciones en este campo han crecido en forma notable entre los investigadores del Derecho, tanto en Colombia como en otros países del mundo. En tales circunstancias, el debate colombiano sobre la transformación de la justicia es importante, para los colombianos en general, pues incumbe a todos los eventuales cambios que a futuro se realicen y también resulta plausible para los académicos por los estudios comparados que resulten de dicha normatividad, teniendo en cuenta la diversidad de enfoques e interpretaciones que ha habido al interior de nuestro país, y también, porque Colombia podría estar viviendo con mayor intensidad, producto de entre otros temas, el conflicto interno, procesos sobre la administración de Justicia que podrían generalizarse en los próximos años en otras latitudes del continente.

Este interés por los estudios sobre la temática se debe tal vez, a la intensidad de la violencia y de la corrupción, que en múltiples oportunidades han sido atribuidas a la ineficacia y debilidad del aparato judicial, las cuales serían el síntoma manifiesto de un fenómeno más global: la precariedad estructural del Estado colombiano (González et al. 1.989; Pécaut, 1.997), o el derrumbe de la institucionalidad colombiana, (Hoskin, 1.988) y en general por las graves violaciones de los derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1.992).

En las últimas décadas la justicia colombiana ha experimentado profundas transformaciones normativas e institucionales, algunas de ellas ligadas a la expedición de una nueva Constitución en 1.991, que modificó el sistema judicial en casi todos sus aspectos, dado que se crearon tipos de justicia, tales como la Comunitaria y de grupos afrocolombianos e indígenas que busca influir en los espacios de construcción de la justicia y en las prácticas sociales alrededor de la misma apoyando el fortalecimiento político y los lazos locales emancipatorios para la democratización de la misma.

La Constitución Política de Colombia, prevé espacios informales para la resolución de conflictos como, por ejemplo, la posibilidad de que los particulares actúen como conciliadores o como árbitros habilitados por las partes para fallar en Derecho o en equidad; la atribución de funciones jurisdiccionales, en determinadas circunstancias, a autoridades administrativas y, finalmente, los jueces de paz, y el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las autoridades de los pueblos indígenas. Todos estos mecanismos -a pesar de sus diferencias- comparten un propósito y un diagnóstico. Todos parten de una cierta desconfianza frente a la justicia formal del Estado puesto que no la considera un instrumento eficaz, transparente y adecuado para zanjar las controversias cotidianas entre los colombianos. Y todos ellos buscan convertirse en alternativas más próximas a la comunidad y al ciudadano ordinario para que éste pueda resolver de manera más rápida y consensual sus conflictos.

Con esta investigación, se hace mención a algunos mecanismos judiciales establecidos en la Constitución de 1.991, y que se aplican en las comunidades de grupos étnicos entre los que encontramos más específicamente afrocolombianos e indígenas, siendo nuestro estudio contextualizado en la localidad de san Basilio de Palenque (Bolívar), que la han utilizado desde su formación como comunidad tribal y no sólo han dado resultados positivos sino que tiene potencialidades democráticas, puesto que en parte restituyen a la comunidad y a los ciudadanos la capacidad para resolver de manera voluntaria sus propios litigios, con lo cual se descarga y descongestiona el aparato judicial. La justicia comunitaria en Colombia, desde el análisis socio jurídico, tiene riesgos, y esta estrategia debe funcionar más en beneficio de los usuarios, que en el de los operadores de la justicia; ya que en lugar de fortalecer el sistema judicial para que tramite adecuadamente los conflictos entre los ciudadanos, la estrategia pareciera ser, la de excluir los conflictos de los pobres al acceso a la justicia.

La estructura de la investigación, consta de cuatro capítulos: el primero trata de la metodología utilizada en la investigación, situando dentro de este proceso la Justicia Comunitaria en san Basilio de Palenque, Bolívar, como un grupo específico dentro de la cultura de las comunidades afrocolombianas e indígena y de los instrumentos utilizados para su desarrollo. En el segundo capítulo se hace una caracterización de las costumbres sociopolíticas y judiciales tribales de San

Basilio de Palenque. Este aparte es una alternativa de comprensión de las costumbres judiciales tribales de San Basilio de Palenque. El enfoque etnográfico que se utiliza tiene la particularidad de que los datos no tienen una preexistencia al investigador, lo cual supone una mutua construcción y reconstrucción teórica, producto del manejo intersubjetivo de visiones, valores, creencias y supuestos con los actores sociales. En consecuencia, de acuerdo al planteamiento anterior, reconociendo y asumiendo las limitaciones cognitivas para la construcción total de las múltiples realidades y de acuerdo a la complejidad del problema de interés; la investigación puede adolecer de cualquier presunción de completitud y exhaustividad.

En el tercer capítulo: *Estado del arte sobre el multiculturalismo y justicia comunitaria actual en Colombia*, se resalta la importancia del concepto Multiculturalismo, ya que marca un hito de gran importancia en los esfuerzos que hagan los gobiernos por democratizar las sociedades de sus Estados, teniendo en cuenta el carácter multicultural de nuestros países, y de manera particular, el de Colombia. En efecto, cualquier propuesta de democratización, descentralización, vigencia de derechos humanos y participación ciudadana debe tener en cuenta este carácter so pena de legislar, como se hizo en el inicio de la vida republicana, de espaldas a la composición multicultural de la población y los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, se trata de un primer acto para reconciliar la institucionalidad legal con la sociedad plural. No puede haber una verdadera construcción de la democracia sin el obligado reconocimiento de la diversidad y los derechos de las comunidades o pueblos afrocolombiano e indígenas¹. Este reconocimiento del carácter multicultural o pluricultural del Estado y la noción de Justicia Comunitaria es particularmente importante en una coyuntura de recuperación democrática y la administración de justicia.

De la identificación del problema se establecieron varios objetivos, pero finalmente se aborda como principal la visión general de las transformaciones más importantes del aparato judicial tal como lo es la Justicia Comunitaria y de su impacto en el proceso político y en la democracia de San Basilio de Palenque. Seguidamente, en el último capítulo se hace un análisis estadístico de la justicia comunitaria actual en san Basilio de Palenque. Dicho análisis resulta interesante porque permite

¹ El carácter pluricultural del estado y la noción de justicia comunitaria (raquelyf@hotmail.com).

observar y comparar cómo funciona la justicia comunitaria, cuáles son sus instancias y los procedimientos mediante los cuales, para situaciones de controversia, se regulan los comportamientos legítimos a partir de las normas propias de una comunidad o un contexto cultural específico. La Justicia Comunitaria es administración de justicia desde la comunidad, a partir de sus propias reglas y principios. Es administración de justicia en tanto se desenvuelve en el ámbito de la regulación social: actúa sobre referentes normativos que la preceden y produce mandatos en los conflictos específicos. Y es comunitaria pues su capacidad regulatoria deriva de dinámicas de identidad y pertenencia a lo mismo. Tal sentimiento puede ser ocasionado por afectos o tradición².

² Eficacia de la justicia comunitaria en Colombia: <http://justgovernancegroup.org.es>

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA.

La metodología que se aplicó en esta investigación socio jurídico sobre *la justicia comunitaria actual en el palenque de san Basilio*, es una investigación exploratoria descriptiva, en la que se abordó todo el procesos de Investigación y se situó en detalle el conjunto de métodos, técnicas y protocolos instrumentales empleados en el proceso de recolección de los datos que permitieron ahondar y comprender de manera más compleja la cultura jurídica de estas comunidades afrocolombiana e indígena.

Bajo el enfoque etnográfico se hizo una descripción o reconstrucción analítica de escenarios y grupos culturales intactos. Esto implicó una reconstrucción de las características del fenómeno estudiado, como se verá y verificará en su desarrollo que la imagen creada es fiel reflejo a la imagen del grupo estudiado, y donde además, la unidad de análisis es la nueva realidad que emerge de la interacción de las partes constituyentes y la búsqueda de esa estructura con su función y significado. Esto permite mirar el modelo de Justicia Comunitaria aplicado en esta colectividad, a partir de la observación de un grupo de la población de dicho Palenque: los adultos mayores, el corregidor y la guardia cimarrona; y mirar la incidencia que ellos han tenido en la comunidad, para comparar así, la Justicia Comunitaria empírica con la teoría que el estado del arte nos brinda y que pueda ser replicada eficazmente en Colombia.

Al reconocer la riqueza del trabajo, nos permitimos agregarle algunas técnicas, tales como la investigación por encuestas, seleccionando y analizando muestras elegidas de la población para descubrir la incidencia relativa, la distribución y la interrelación de variables sociológicas, políticas y culturales, en lo que se denomina encuestas de muestreo.

De igual manera, se utilizó la técnica de entrevista y contacto personal, la cual nos proporcionó mayor abundancia en los datos, pues se observó el comportamiento, en forma directa, con las comunidades objeto de la investigación.

El análisis de los datos se realizó mediante el diseño y construcción de tablas. Y, finalmente, el estudio nos llevó a la confrontación y comprobación de los datos tabulados a través de mediciones de los resultados, proceso que no puede reducirse a las mediciones que se efectúan a través de las pruebas, sino que atiende las recomendaciones de los Operadores Jurídicos mismos, enfocadas a fundamentar y complementar estos resultados con el estudio y análisis de significados de las interacciones que los concretizan, directamente influenciadas por la realidad social del entorno que los circunda. De esta forma, la comunidad y sus intereses aparecen como un factor que guarda importancia significativa en el conocimiento de la administración de justicia, su gestión y sus logros.

Descripción y formulación del problema de investigación, objetivos, hipótesis y estrategias metodológicas

A una hora de Cartagena de Indias, por la vía de Sincerín, está enclavado el corregimiento de Palenque, espacio donde se desarrolla el trabajo de campo de esta investigación. El Palenque de San Basilio, remonta su origen a la Época de la Colonia cuando en respuesta a la esclavitud algunos grupos de negros cimarrones rebeldes escaparon y se organizaron en Palenques³: pequeños poblados alejados de los grandes conglomerados donde habitaban los amos blancos con sus esclavos negros. El primero de estos, es el mencionado Palenque de San Basilio, el cual fue fundado por Benkos Bioho, antiguo príncipe de una tribu africana esclavizado y vendido en el puerto

³ Según el Diccionario de la Real Academia Española palenque se define así: (Del cat. *palenc*, empalizada). 1. m. Valla de madera o estacada que se hace para la defensa de un puesto, para cerrar el terreno en que se ha de hacer una fiesta pública o para otros fines. 2. m. Terreno cercado por una estacada para celebrar algún acto solemne. 3. m. Camino de tablas que desde el suelo se elevaba hasta el tablado del teatro, cuando había entrada de torneo u otra función semejante. 4. m. Arg. y Ur. Poste liso y fuerte clavado en tierra, que sirve para atar animales. 5. m. C. Rica. Vivienda de varias familias de indígenas. 6. m. Cuba. Lugar alejado y de difícil acceso en el que se refugiaban los esclavos negros fugitivos. 7. m. Nic. Construcción de techo ancho y sin paredes que antes fue habitación de indígenas y, por ext., construcción similar que se usa para fiestas. En: www.buscon.rae.es, revisado el día 19 de marzo de 2.011.

de Cartagena de Indias a un español, quien lideró una fuga y la posterior lucha por la libertad de estos territorios.

Las autoridades españolas se vieron forzadas a buscar un arreglo amistoso y se firmó la famosa cédula de perdón en el año 1.713, la cual consiste en que el rey de España concede la libertad absoluta y la propiedad sobre un determinado territorio donde desarrollar su propia cultura, economía, política, lengua, y religión. Este palenque subsiste hasta hoy⁴. Por ello, de todos los palenques, el de San Basilio es el más conocido en Colombia y a nivel mundial, y el que ha conservado hoy con mayor fidelidad las costumbres, ritos y formas de expresión de comunidades africanas como la Bantú, Kikongo y Kimbundo⁵.

La documentación colonial muestra que desde muy temprano hubo palenques en la Península de La Guajira y en las gobernaciones de Santa Marta y Cartagena. En el siglo XVI, esta última contó con asentamientos de fugitivos ubicados en los alrededores de los pueblos de San Sebastián de Buenavista, Tofeme en el partido de Tolú y la barranca de Malambo. Estos palenques estaban densamente poblados.

En el siglo XVII, el inconformismo de los esclavizados aumentó y los palenques se multiplicaron. En la Provincia de Cartagena fueron numerosos. Estaban diseminados a lo largo y ancho del territorio, ocupando el norte, centro y sur de la provincia. En el norte, la actividad se concentraba en la Sierra del Luruaco, donde tenían gran influencia los poblados rebeldes designados con los nombres de Betancur y Matuberé.

⁴ CANAL ÉTNICO. COLOMBIA APRENDE: www.todacolombia.com, y, www.colombiaaprende.edu.co

⁵ En el actual territorio colombiano se formaron muchos palenques, siendo los más destacados los de La Ramada, Uro, La Matuna, San Miguel Zaragoza, Lion, Sanaguare, Tolœ, San Miguel, Catendo, Gonzalo, Tabacal, Betancur, Matudere, Arenal, Barranca, Bongue, Duanga, Norosi, Zaragocilla, Norosi, San Pedro, Santa Cruz de Mazinga, Tado, Guayabal de Siquima, Castillo, Matima, Guarne, Cerritos, Betanzi, ladera de Judas, Samba, Palizada, San Bartolomé, Cartago, Otun. Citado en: FRIEDEMANN, Nina. *De Sol a Sol*. Para el caso del Caribe, véase: ZAMBRANO, Milton. *Historia del Poblamiento de la región Caribe*. En Alberto Abello (Compilador) 2.000. Observatorio de estudios del Caribe: Cartagena.

En el centro, las comunidades cimarronas de San Miguel y El Arenal, situadas en las estribaciones de la Sierra de María, eran reconocidas por su larga tradición de rebeldía y porque contaban con más de doscientos cimarrones cada una. En el sur, los asentamientos de Cimarrón y Norosí se establecieron en la Serranía de San Lucas y ejercieron su dominio en los territorios situados entre los ríos Magdalena y Nechí. Tanto en estos como en los del centro convivieron criollos y deportados africanos de diversos orígenes.

En el siglo XVIII los palenques se situaron a lo largo de los valles formados por los ríos Cauca y Magdalena. Un buen ejemplo lo constituye El Castigo, ubicado en el suroccidente del virreinato de Santa Fe, que congregó a más de cuatrocientas familias asentadas en dos poblados estables, y que basaban su subsistencia en una economía estacional.

Otros palenques (ver tabla 1) dirigidos por líderes cimarrones se dieron en:

TABLA 1: OTROS PALENQUES

Palenques	Líder	Año
Zaragoza	No registra	1.598, 1.626 y 1.659
Cartagena	No registra	1.600, 1.619, 1.650, 1.663, 1.696 y 1.799
Montañas de María	La Negra Leonor	1.633
Sierras de María	Domingo Criollo y Pedro Mina	1694
Norosí y Serranía de San Lucas	Juan Brun y Cunaba	1.694
Sierras de Luruaco	Domingo Padilla y Francisco Arará	1.693
Montañas de Coloso y Tibú	Domingo Criollo	1.684
Marinilla, Rionegro (Antioquia) y Giradora	No registra	1.706
Tadó (Chocó)	No registra	1.728
Guayabal de Síquima (Cundinamarca)	No registra	1.731
Tocaima (Cundinamarca)	No registra	1.758
Río Yurumanguí y Cali	Pablo	1.772
Cartago y Cerritos	El Negro Prudencio	1.785
Río Sajja (Valle)	No registra	1.819

Fuente: elaboración propia a partir de Canal étnico y Colombia aprende

El Memorial de Baltasar (en honor a Baltasar Miñano, el decano de los Oidores de Quito), da como fuente del conocimiento de lo ocurrido con Benkos Bioho en el Palenque de San Basilio a Antonio de Arguelles en el año 1.690, además de la expedición de la Real Cédula de Agosto 23 de 1.691, suscrita por Antonio Ortiz de Otálora por mandato del Rey de España y en la cual se reconoce la

convulsa situación que vive la Provincia de Cartagena y la necesidad de suscribir el respectivo pacto de paz con los cimarrones (Vásquez, 1.994)⁶.

El Memorial de agravios, publicado el 20 de noviembre de 1.809, fue uno de los detonantes fundamentales del Grito de Independencia. Hace doscientos años, por estos días de noviembre, la tensión política aumentaba aceleradamente en Santafé. El Virrey trabajaba para desenmascarar a quienes habían tratado de derrocarlo. El 10 de agosto los criollos de Quito se habían sublevado contra su presidente y desde allí los rebeldes hacían un llamado para que su ejemplo fuera seguido en los demás territorios coloniales de España. Las noticias, por supuesto, habían llegado a la capital del Nuevo Reino de Granada. En Santafé se encontraba por esos días don Baltazar Miñano, el decano de los oidores de Quito⁷.

Uno de los problemas más difíciles y persistentes que debió afrontar la sociedad esclavista prácticamente desde la primera mitad del siglo XVI, fue la huida de los esclavos. En 1.530, por ejemplo, los negros fugitivos incendiaron a Santa Marta; hacia 1.533, un buen número de esclavos traídos por el fundador de Cartagena huyó a las zonas montañosas de la provincia; en 1.556 se produjo una importante rebelión de esclavos en Popayán; en 1.598 se presentó una sublevación de esclavos en las minas de Zaragoza, matando a dueños y fortificándose en palenques; a finales del siglo, el gobernador de Cartagena proponía formulas para financiar la persecución y búsqueda, a través de cuadrilleros y la Santa Hermandad, de los *“Negros cimarrones que con la ocasión de los muchos, montes y aspereza de montañas crecen cada día”* y para entonces ya se habían organizado los celebres palenque de la Matuna y San Basilio.

Durante el siglo XVII, y especialmente a lo largo del siglo XVIII, fueron numerosas las rebeliones y huidas de esclavos y surgieron muchos palenques y comunidades de negros fugitivos. Frente a este fenómeno que tanta inquietud despertó en la Corona, fue muy distinta la actitud de las autoridades y la de los propietarios. En primer término los cabildos, audiencias y gobernadores establecieron penas severas para impedir y combatir la fuga y el cimarronaje y más adelante, la Corona adoptó

⁶ En: www.javeriana.edu.co, revisado el día 19 de marzo de 2.011.

⁷ REVISTA CAMBIO: cambio.co.com noviembre 18 de 2.009

muchas de las disposiciones provinciales. Por su parte, los dueños de los esclavos solían exigir la aplicación de los castigos más severos, pero difícilmente financiaban las empresas de debelación y exterminio de los palenques, no sólo por los costos que significaban por los permanentes fracasos sino porque el precio de un esclavo cimarrón tenía una depreciación considerable⁸.

En cuanto a la Justicia, San Basilio de Palenque aún conserva parte de la justicia tribal no obstante la modernidad, de allí que sea importante describir la relación existente entre la multiculturalidad y la justicia tribal.

En San Basilio de Palenque, los Adultos Mayores⁹ buscan que las partes en conflicto concilien sus diferencias, para llegar al acuerdo de sus problemas, además de una guardia cimarrona que busca la convivencia pacífica entre los ciudadanos, además existe un corregidor que es funcionario administrativo, y que hace las veces, no obstante sus limitaciones, de conseguir la convivencia pacífica de aquellos problemas que atañen a la justicia ordinaria. Hoy, esta comunidad que es Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad¹⁰, enfrenta graves problemas socioeconómicos. Los palenqueros luchan, todos los días, contra las dificultades. Lidian con la falta de agua, que llega dos horas por sector y solo unas dos veces por semana; con la ausencia de alcantarillado, que los obliga a usar letrinas, y con un único cable primario de energía, que tiene el pueblo desde hace 37 años gracias a su deportista más célebre, Antonio Cervantes Kid Pambelé¹¹. Pero, aún conservan la música, el baile, el ritual del lumbalú, la lengua palenquera, su alegría innata, su solidaridad y el orgullo supremo de pertenecer a la estirpe de Benkos Biohó, el Simón Bolívar de los palenqueros, que como ya dijimos llegó esclavizado a Cartagena de Indias en 1.599 y fundó, cuatro años después, el hoy llamado primer pueblo libre de América. De la anterior referencia histórica surge la pregunta que orientó esta investigación: *¿qué ha llevado a la comunidad de San Basilio de Palenque a utilizar la Justicia Comunitaria tribal hasta hoy?*

⁸ *El Palenque de San Basilio*, artículo publicado, en: www.buenastareas.com

⁹ Esta territorialidad ancestral se reafirma en el mes en agosto 24 de 1.921, con la escritura No 131, con la cual se protocoliza el derecho de los habitantes de Palenque de San Basilio en el terreno que repartió Don Antonio de la Torre y Miranda en 1.779.

¹⁰ Publicación www.eluniversal.com. Sección Cultura y entretenimiento. Fecha de publicación: 10 de octubre de 2.010.

¹¹ Publicación eltiempo.com. Sección Cultura y entretenimiento. Fecha de publicación: 7 de agosto de 2.009

La esclavitud es el estado social definido por la ley y las costumbres como la forma involuntaria de servidumbre humana más absoluta. Un esclavo se caracteriza porque su trabajo o sus servicios se obtienen por la fuerza y su persona física es considerada como propiedad de su dueño, que dispone de él, a su voluntad. Desde los tiempos más remotos, el esclavo se definía legalmente como una mercancía que el dueño podía vender, comprar, regalar o cambiar por una deuda, sin que el esclavo pudiera ejercer ningún derecho u objeción personal o legal. La institución fue importantísima para la vida económica de la Colonia, especialmente a partir de finales del siglo XVIII. Sobre ella pesaba en mucha parte la producción de las diferentes actividades. Además, en una época en la que la mano de obra era escasa por el reducido número de indígenas en algunas regiones, o por la renuencia de éstos a prestar servicios a los españoles; y desde el momento en que todavía no se había desarrollado la proletarización rural, la esclavitud era una institución esencial para el proceso productivo. No es de extrañar entonces que en el avalúo de minas y haciendas, los esclavos tuvieran un valor superior al de las propiedades y sus mejoras. Además, el comercio de esclavos fue una fuente de acumulación de capital para los comerciantes dedicados a la trata negrera, en especial los de Cartagena, centroamericano de este comercio.

Como institución, y sobre todo en períodos de dificultad para reponer la mano de obra, la esclavitud creaba un límite a la explotación desde el momento en que el amo la llevaba sólo hasta cierto punto, porque sabía que si la imponía más allá, el esclavo moría y por tanto se perdía la inversión. Por esta razón, en ciertas condiciones los esclavos pudieron estar mejor que los mitayos, pero por otra parte, el esclavista trataba de llegar siempre hasta el límite con el objetivo de sacar el mayor provecho al capital que había invertido, por lo cual el trabajo del esclavo apropiado por el amo era máximo, no dejando para aquél sino que éstos debían conseguírsela trabajando la tierra los días festivos que se les daban para el descanso. Aparte de lo anterior y la relación amo–esclavo, la protección que la sociedad y las leyes le brindaron al primero eran muy adecuadas para que éstos descargaran en los esclavos ciertas conductas patológicas¹².

¹² *Que relación tiene la situación socioeconómica con la justicia tribal en Palenque.* Artículo publicado en la Revista #4, Febrero de 2.006 de los estudiantes de historia de la Universidad del Valle, anacronic@.

De otro lado, el objetivo general fue: indagar sobre la justicia comunitaria actual en el Palenque de San Basilio para establecer su efectividad.

Por su parte, los objetivos específicos, fueron: determinar la caracterización histórica de las costumbres judiciales tribales de San Basilio de Palenque; mediante un estudio de caso y un sondeo estadístico caracterizar la justicia comunitaria actual en San Basilio de Palenque; y, contrastar el concepto actual de justicia comunitaria en el Palenque de San Basilio, con el generalmente utilizado en el país, a través del estado del arte.

La hipótesis planteada se pregunta sobre el papel y las posibilidades de la justicia comunitaria en la construcción de una sociedad nacional incluyente y democrática en la diversidad cultural. Para ello se hace una aproximación teórica desde el campo conceptual de la justicia comunitaria que se ilustra mediante el análisis de la experiencia de Colombia en este campo.

La metodología empleada es: en cuanto a la formas de la investigación, esta es una investigación fundamentada en el paradigma cuantitativo con enfoque descriptivo. Es del tipo de investigación en el Campo del Derecho, sociojurídica, dado que se hará un análisis estadístico descriptivo a la Justicia Comunitaria actual en San Basilio de Palenque. El método de investigación es el analítico-descriptivo. En general, por este método se determinó todo el enfoque de la investigación influyendo en instrumentos, y hasta la manera de cómo se analiza los datos recaudados. Así, el punto de los tipos de investigación en un estudio de esta categoría va a constituir un paso importante en la metodología, pues este va a determinar el enfoque del mismo.

Finalmente, la información será aprehendida mediante la realización de fichas bibliográficas y el formato de las encuestas aplicadas.

CAPÍTULO II

CARACTERIZACIÓN DE LAS COSTUMBRES SOCIOPOLÍTICAS Y JUDICIALES TRIBALES DE SAN BASILIO DE PALENQUE

Este capítulo es una alternativa de comprensión de las costumbres judiciales tribales de San Basilio de Palenque, pues permite mirar el modelo de Justicia Comunitaria aplicado en esta comunidad, a partir de la observación de un grupo de la población de dicho palenque: los adultos mayores, el corregidor y la guardia cimarrona, para mirar la incidencia que ellos han tenido en la comunidad, y comparar así la Justicia Comunitaria empírica con la Teoría que el estado del arte nos brinda y que pueda ser replicada eficazmente en Colombia.

Vida cotidiana en San Basilio de Palenque.

Cuando el blanco conquistador trajo al negro esclavizado a levantar nuestros muros, gran parte de estos africanos por salvar su libertad, que es patrimonio de todos los seres humanos, se fugaron heroicamente del puntapié y del látigo avasallador, fue cuando se les denominó cimarrones, es decir, salvajes. Los mismos construyeron su mundo decoroso en Palenques, aislados de la barbarie y cerrados a todo trato familiar con el mestizo, el mulato y el blanco.

San Basilio de Palenque fue poblado por Benkos Biohó, también conocido como Domingo Bioho¹³ quien nació en la región de Biohó, Guinea Bissau, África Occidental; donde fue secuestrado por el traficante portugués Pedro Gómez Reynel y vendido al comerciante Juan de Palacios, y revendido por éste como esclavo al español Alonso del Campo en 1.596, en Cartagena de Indias.

¹³ BORREGO, Pla María del Carmen, historiadora utilizando dos legajos del Archivo de Indias ha realizado una investigación sobre Benkos Biojó. www.wikipedia.org.

Fue colocado como boga en el río Magdalena y la embarcación donde viajaba se hundió, lo que él aprovechó para huir. Lo recapturaron, pero en 1.599 escapó nuevamente y se internó en los terrenos cenagosos alejándose hacia el suroriente de Cartagena. Organizó un ejército que logró dominar los Montes de María (Ubicados en el centro del Departamento de Bolívar). También conformó una red de inteligencia que le daba información sobre los sucesos que acontecían en la ciudad y organizaba las fugas de más esclavos cimarrones hacia el territorio liberado; el palenque o quilombo. Este (Benkos Biohó) era llamado rey de Arcabuco, el nombre Benkos corresponde a un lugar al oriente del río Senegal. Como no pudo derrotar a los cimarrones, el Gobernador de Cartagena, Gerónimo de Suazo y Casasola, ofreció el 18 de julio de 1.605 un tratado de paz a Benkos Biohó, reconociendo la autonomía del Palenque de la Matuna (en Cartagena de Indias) y aceptando que Biohó entrara a la ciudad armado y vestido a la española, en tanto que el palenque se comprometía a no recibir más cimarrones, ni a estimular nuevas fugas, ni a usar el título de rey dado a Benkos Bioho.

La paz sólo se concretó en 1.612 bajo la gobernación de Diego Fernández de Velasco. El tratado fue violado por los españoles en 1.619 cuando, andando descuidadamente, Biohó fue sorprendido por la guardia de la muralla y apresado, lo ahorcaron y descuartizaron el 16 de marzo de 1.621. El gobernador García Girón que ordenó la ejecución, argumentó amargamente que era peligroso el respeto que Biohó generaba en la población y que “con embustes y encantos se lleva tras de sí a todas las naciones de Guinea que hay en la ciudad”. Para finales del siglo XVII, en la zona de los Montes de María había más de 600 cimarrones, bajo el mando de Domingo Padilla, que reclamaba para sí el título de capitán mientras su esposa Juana adoptaba el de virreina, y se opusieron con éxito a los intentos de soberanía de las autoridades coloniales. Se publicó en España, un estudio sobre los palenques de negros en Cartagena de Indias a fines del siglo XVII, delimitándolos en tres áreas geográficas: i) los del norte en la sierra de Luruaco, compuestos por negros criollos y conocidos con los nombres de Betancur y Matubere; ii) los del centro en los Montes de María, con gentes de larga trayectoria cimarrona, organizadas en cuatro palenques, aunque solamente se mencionan tres de ellos, el de San Miguel, el del Arenal y el de San Basilio; y, iii) los del sur en la serranía de San Lucas, entre los ríos Magdalena y Nechí, conocidos como los palenques de Norosí y Cimarrón, formados por negros criollos.

El después llamado Palenque de San Basilio fue un símbolo de independencia para los esclavos fugitivos, convirtiéndose en el primer Pueblo Libre de América, por decreto Real del Rey de España del año 1.713. Allí se habla hasta hoy una lengua propia proveniente del portugués antiguo, incluyendo palabras de lenguas africanas. Los africanos capturados hablaban en diferentes lenguas y en el barco de traficantes, para poder comunicarse, aprendían la lengua de sus captores portugueses. Al fugarse aun no había aprendido el castellano y llegaban al palenque a hablar en portugués. La lengua palenquera *suto chitiamo lengua ri palenge* es la única lengua criolla con base léxica española, producto de la diáspora africana en el mundo. Las diversas investigaciones lingüísticas acerca de su génesis y composición han planteado que, en su proceso de formación, este criollo recibió aportes de diferentes fuentes lingüísticas. Entre estos se destacan los elementos lingüísticos de lenguas romances (español y portugués) y de lenguas del grupo lingüístico Bantú. De otra parte, las investigaciones de Armin Schwegler (2.002) han identificado en el léxico Palenquero palabras de las lenguas kikongo y kimbundu, por ejemplo: *monÆ* ihijo o *niæoî*, *ngombe* ìganadoî, *ma* iartículoî, *anne* iellosî entre otras. En Palenque es importante la palabra, la tradición oral. Lo que entrelaza estos dos procesos es la lengua, que tiene 4 raíces: el español, el portugués, la lengua Kikongo (del occidente de África) y la lengua kinbundo (del occidente africano) estas dos lenguas forman parte de la familia bantú, que unidas dan la lengua palenquera. La tradición de contar la historia africana y de la llegada de Benkos Bioho es aun del abuelo.

Cabe resaltar además, que la lengua cuenta con un significado adicional para la comunidad de Palenque, ésta no se entiende solamente como los aspectos gramaticales y estructurales, sino como un conjunto de elementos solidarios y significativos que recogen maneras de ser, sentir e interpretar las realidades propias de la comunidad que aún mantiene sus legados ancestrales, evidenciados en las dinámicas de uso de sus hablantes y en la gran gama de prácticas tradicionales que aún perviven. En este sentido la lengua se constituye en una construcción cultural altamente arraigada entre sus hablantes y en una posibilidad para el establecimiento de imaginarios y cosmovisiones.

Con respecto a la organización socioeconómica y etnografía de la Población de San Basilio de Palenque: el Palenque de San Basilio fue declarado en 2.005 como *Obra Maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad*, por la Unesco. A unos 50 kilómetros al oriente de Cartagena,

sobre cerros de valor estratégico que eran usados como puestos de vigías, todavía se oyen los nombres de los palenques vecinos: Sincerín, Mahates y Gambote. En el municipio de Mahates, la actividad agropecuaria se constituye en la base principal de la economía: entre 9.000 y 11.000 habitantes se dedican a esta actividad en cerca de 26.000 hectáreas (90% del territorio), lo que genera, aproximadamente, el 45% de los ingresos del municipio.¹⁴ La agricultura ocupa el segundo lugar con cerca de 2.800 hectáreas de cultivo (9,7% del territorio) y cumple también un papel importante en el desarrollo económico-social de la población¹⁵.

Los componentes básicos de la labor agrícola, que implica conocimientos tradicionales relativos a pesos y medidas, son los cultivos en las rozas, por lo general terrenos pequeños de no más de una hectárea, donde se siembran cultivos tales como: yuca, maíz, ñame, arroz, patilla, melón, frijol y maní, entre otros; así como una pequeña ganadería de *engorde* y leche. Estas actividades son desarrolladas por los hombres, aunque en tiempos de cosecha cuentan con la ayuda de las mujeres; por ejemplo, hay productos como el maíz, el maní o el arroz, en los que la mujer se encarga del secado y tratamiento pos cosecha del mismo, adelantando actividades de comercialización, que incluyen la producción y venta de quesos, bollos de maíz, o la venta de carnes de cerdo o res, resultantes de la labor de los hombres.

Por otra parte, se constituye en un elemento fundamental de la economía de las familias de Palenque, porque garantiza la disponibilidad de dinero en efectivo en la comunidad, siendo quizás el principal recurso de ingresos en el corregimiento, la venta de dulces tradicionales como: las cocadas, a base de coco con guayaba, ajonjolí y leche; el caballito, a base de papaya; el enyucao, a base de yuca; las bolas de maní y de tamarindo; las alegrías, a base de millo y miel de panela con coco y anís; entre otros. Estos productos suelen ser reconocidos por su delicioso sabor, así como por la particular forma de ser ofrecidos a los consumidores, en palanganas que son portadas por las mujeres palenqueras, en la cabeza. (Pérez, 2005).

¹⁴ Fuente: www.mahates-bolivar.gov.co

¹⁵ Fuente: AGUILERA DÍAZ, María M. *El Canal del Dique y su Subregión: Una Economía Basada en la Riqueza Hídrica*. No. 72. Mayo de 2.006.

Para el desarrollo de esta actividad informal, las mujeres se trasladan a distintas ciudades, donde producen y venden sus dulces, realizando giras que pueden durar unas pocas semanas o varios meses dependiendo de sus necesidades¹⁶; las ventas de los dulces tienen siempre un propósito (llevar comida a los hijos, pagar la universidad, comprar electrodomésticos, etc.) y mientras éste no se cumpla, las mujeres no regresan a su casa. Durante su ausencia los varones asumen la responsabilidad del hogar, y por lo general, las mujeres niñas mayores o que quedan en casa se encargan del cuidado de los menores.

Generalmente no viajan solas, ya que acuerdan desplazarse con otras mujeres de la comunidad, sin embargo, su forma de producción es individual y aunque comparten costos indirectos (alojamiento y alimentación) no los directos relacionados con la compra de insumos ni tampoco las actividades de venta, por lo que se afirma que cada una hace su negocio por separado. La preparación de los dulces es artesanal, en consecuencia, algunos de sus productos deben consumirse casi que de inmediato, por ejemplo el enyucao si se hace en la mañana hay que comérselo a medio día afirma una palenquera¹⁷.

Finalmente, al margen de lo anterior subsisten servicios diversos en el casco urbano, de muy pequeña escala, como: los patios de las casas que desde tiempos ancestrales han servido al sustento de la alimentación familiar con la cría de cerdos, aves de corral y cultivos de verduras, hortalizas y plantas medicinales; los mototaxistas que prestan transporte hasta la carretera principal; pequeñas tiendas (cuatro en total, con provisiones básicas que se venden al menudeo, o como en el caso del aceite, por cucharadas y el arroz, por porciones); una papelería; una farmacia; un restaurante; un depósito; dos locales que prestan servicios de comunicación; un carpintero y un electricista/constructor. Estos servicios subsisten, en todos los casos, en la informalidad.

Por otra parte, en San Basilio de Palenque habitan aproximadamente 4.000 personas pertenecientes

¹⁶ Aunque inicialmente, la generación pasada se desplazaba a ciudades cercanas como Cartagena, Santa Marta, Riohacha, Barranquilla, Sincelejo, Montería, etc., las nuevas generaciones han tenido que buscar mercados más alejados de su territorio como Caracas (Venezuela), Ibagué, Bogotá, Villavicencio y sus alrededores, lo cual ha significado más tiempo fuera de sus hogares y mayores riesgos para su integridad física.

¹⁷ Entrevista a María de los Santos Cassiani, realizada el miércoles primero de junio de 2.011.

a cerca de 400 familias repartidas en un poco más de 400 viviendas¹⁸. Sin embargo, existe también población palenquera fuera de este territorio y actualmente puede llegar a 10.000 personas quienes viven en ciudades de la región, como Cartagena en los que se forman Palenques móviles dada la movilidad del Palenquero. Esta población, que representa aproximadamente el 20% de la población total¹⁹ del municipio de Mahates y el 0,3% del total de afrodescendientes en Colombia, se constituye en una de las cuatro categorías de afrocolombianos reconocidas en el nivel nacional²⁰ y sobresale en el contexto colombiano e internacional por una particular realidad histórica, social y cultural que la ha hecho merecedora al reconocimiento como obra maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad por parte de la UNESCO en el año 2.005. La comunidad de San Basilio de Palenque presenta distintas formas de articulación social dentro de las cuales sobresalen: las Juntas Comunitarias, los kuagros y las redes familiares, estructuras que constituyen tal vez su principal fortaleza comunitaria, y, actualmente, se caracteriza su población por ser joven y por tener una distribución poblacional en permanente expansión.

Las redes familiares en San Basilio de Palenque son concebidos como espacios fundamentales de socialización. La familia es el espacio primordial de socialización de los palenqueros y no se reduce al núcleo padre-madre-hijo, todos: tíos, primos y abuelos, se conciben como parte de ésta. En la comunidad las relaciones de parentesco juegan un papel primordial como factor fundamental para la identidad cultural y en su inconsciente colectivo toda la comunidad se considera como una sola familia, por esta razón cuando hay migraciones a otras ciudades, generalmente todos se establecen en el mismo sitio o barrio y reproducen su identidad y sus costumbres en el medio urbano. Las redes familiares contemplan los parientes consanguíneos y los afines, siendo los primeros considerados

¹⁸ Los términos afrocolombiano y afrodescendiente son equivalentes y denotan doble pertenencia tanto a las raíces negro-africanas (*iafroí*) como a la pertenencia a la nación colombiana. En, *Colombia: Una nación multicultural. Su diversidad étnica*. Dirección de Censos y Demografía. Departamento Nacional de Estadísticas DANE. Octubre de 2.006, p. 19.

¹⁹ Dentro de la población negra o afrocolombiana se pueden diferenciar cuatro grupos importantes: los que se ubican en el corredor del Pacífico colombiano, los raizales del Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, la comunidad de San Basilio de Palenque y la población que reside en las cabeceras municipales o en las grandes ciudades. En, *Colombia: Una nación multicultural. Su diversidad étnica*. Dirección de Censos y Demografía. Departamento Nacional de Estadísticas DANE. Octubre de 2.006, p. 19.

²⁰ En el marco del proyecto la Gran Expedición Humana que buscaba analizar comunidades indígenas, negras y aisladas alrededor del país, un estudio demográfico concluyó que la edad media de hombres y mujeres de 21 años. Ver: Revista Terrenos No 6. Instituto de Genética Humana de la Universidad Javeriana. Bogotá D.C.

más cercanos y sobre los que el sistema de deberes y derechos es más claramente definido. El sistema de parentesco reconoce la descendencia tanto por parte del padre como de la madre, aunque la familia de la madre adquiere una mayor importancia en términos de los procesos de crianza de los pequeños. No es extraño que las abuelas o las tías por parte de la madre asuman las labores maternas ante las ausencias prolongadas de la madre por motivos laborales.

En cuanto a los rasgos culturales de los Palenqueros, esta comunidad se caracteriza por tener una profunda consciencia de lo colectivo y una identidad cultural inigualable, producto de un largo proceso histórico anclado en el legado africano pero también en la incorporación de nuevos elementos propios de sus experiencias en América. Lo anterior, le ha permitido definir modos de ser, de pensar y de relacionarse muy particulares. Su rasgo constitutivo es la sensibilidad musical de su humanidad o, con mayor precisión, el grado de libertad individual y colectiva que describe su humanidad, y que se expresa a través de la música o con un profundo sentido musical. El Mapalé es una danza frenética que celebra la libertad; el Bullerengue es una danza cadenciosa que expresa el trámite entre la vida y la muerte y celebra la tristeza. Las palabras *llo*, *botrocolo* y *chamukina* describen matices de los conflictos, y la cadencia de la oralidad Palenquera o en el revuelto entre la lengua propia y el español, que tiene más de acento que de sentido o el trámite de sus tensiones y dimensiones, la creatividad que anima su solución.

La cosmovisión palenquera se enfoca en el Lumbalu y lo mágico-religioso²¹. Todos los fenómenos y expresiones culturales en San Basilio de Palenque están cruzados por una forma propia de percibir y vivir el mundo, la naturaleza y la espiritualidad. Todo ello se expresa con el Lumbalu, una cosmovisión particular de los palenqueros que es totalizante. La religiosidad está presente en el manejo de la salud y la enfermedad, en las relaciones con la naturaleza, en los rituales fúnebres y en las prácticas de lo mágico-religioso o también llamadas brujería. Dentro de ésta, el ritual fúnebre o baile de los muertos es considerado como la última costumbre de profunda raigambre cultural africana entre los pobladores cimarrones y, en este, los palenqueros expresan, por medio de la

²¹ La religiosidad palenquera es producto de una fusión histórica entre las creencias y prácticas de tres culturas distintas: la africana, la indígena y la cristiana. En ella se encuentran en permanente diálogo lo natural y lo sobrenatural, lo real y lo no real, el palenque de acá (regido por la naturaleza) y el palenque de allá (regido por el creador), por lo que es considerada como animista.

música y la danza tradicionalmente llamada de dolor, su solidaridad de grupo y refuerzan el sentido de comunidad²².

La medicina tradicional en Palenque es una práctica preventiva y curativa que se ha venido desarrollando desde los tiempos de la formación de estos pueblos y que encierra un complejo de saberes ancestrales. Los cimarrones desde su llegada a tierras americanas ya tenían consigo abundante información acerca de la importancia curativa de muchas plantas. En estos territorios fueron fortaleciendo este conocimiento con el descubrimiento de poderes curativos en otras especies. La medicina tradicional en su aplicación no solo tiene en cuenta la problemática somática sino también la situación espiritual vinculada a la afección del cuerpo, es por ello que para tratar muchas de las afecciones se hace necesario que se adelanten dos procedimientos simultáneamente: una pócima, cataplasma, bajo un sobo con algún mentol para atacar la afección somática y un rezo o secreto (porque no es conocido por el común de las personas) para resolver la dificultad espiritual que acompaña a la problemática somática. Es frecuente en la comunidad la utilización de plantas tales como: la verbena, toronjil, matarratón, yerbabuena, enjica, escobilla, orégano, cascarilla, la capitana, anamú, eucalipto, hojas de achiote, de guanábana, de almendra, bicho, tabaco, guarumo, árnica, cola de babilla, cola de caballo, yanten, zarzaparrilla, bordo, cruceta, paraíso, hombresolo, colicencio, sangrina buena, sangrina mala, tabaco, hígado de cotea, cerbatana mora, juan de la verdad, sábila, cadillo de bolsa, entre otras.

La música y la danza, son considerados medios de expresión de vida. Las expresiones musicales palenqueras tradicionalmente se han visto desde dos ámbitos. Primero, la música y la danza para festejar, es decir, aquella constituida por diferentes estilos o repiques instrumentales llenos de alegría, a través de las cuales las personas expresan movimientos corporales espontáneos o individuales llamados *pases*. O si es en pareja, a través del Entrompao, Paraíto, Paseo o Encloche a lo Palenquero. Estos modos de bailar son típicos de ritmos como el Mapalé, la Páyala, el Son Palenquero, la Chalusonga, la Champeta, y ritmos comerciales caribeños como el Vallenato, el Merengue y la Salsa.

²² En: www.mincultura.gov.co, y, www.eltiempo.com.co Noviembre de 2.005.

Segundo, la música y la danza llamada tradicionalmente de dolor, esto es, aquellos que conllevan movimientos, goces, sentimientos, expresiones y emociones compartidas y tonos melancólicos. Estas danzas corresponden con los aires del Lumbalu, el Bullerengue Sentado y el Son Palenquero. En ellos se evidencia el crucial lugar de la mujer y de las abuelas, ya que incluye los procedimientos rituales del duelo (Luto colectivo) y constituye uno de los ejes más auténticos de la religiosidad palenquera, la tradición oral y la congregación de las redes familiares y kuagros en San Basilio de Palenque. Todos los géneros musicales (Bullerengue, el Mapalé, la Póyala, el Son Palenquero, la Chalusonga, y la Champeta) encuentran un momento en la cotidianidad colectiva, que incorpora su esencia en los dos conceptos anteriores. Por ello, las agrupaciones, escuelas o instituciones musicales conformadas en Palenque interpretan o desmenuzan estos estilos sin ningún esfuerzo (Valdés. 2.006).

La oralidad típica: las palabras de los abuelos en el patio. Teniendo en cuenta que la cultura palenquera es oral-visual y sus conocimientos se transmiten de una generación a otra por tradición oral, los mitos, las leyendas, los cuentos, los chistes, las historias y las décimas, entre otras, así como los procedimientos judiciales se constituyen en elementos claves para el entendimiento de su cosmovisión o la forma particular concebir el mundo. Por medio de los relatos cada generación retoma y transmite la memoria y el entendimiento del mundo de acuerdo a los momentos de cada época, éstos han tenido una función preponderante desde el punto de vista pedagógico pues contienen el conjunto de relaciones sociales, económicas, territoriales, ambientales que atraviesan el mundo de la vida palenquera y orientan a la comunidad lo bueno y lo malo, lo que se debe hacer y lo prohibido. En tiempos pasados, los mayores eran los encargados de transmitir a sus hijos y nietos, sobre todo en las noches, la oralidad de la comunidad, la cual se encuentra estrechamente ligada a la lengua palenquera. Existen múltiples relatos propios de Palenque que encuentran en la lengua su modalidad privilegiada de existencia; haciendo referencia, incluso, a sitios y personajes que se remontan a la memoria africana. Uno de los más conocidos, debido a que ha sido objeto de innumerables referencias y estudios, es el de Catalina Luango de Angola²³.

²³ Este es un mito del mohán, típico de las zonas ribereñas, que narra el encantamiento de Catalina por un pez en la Ciénaga de Palote el cual se la llevó a su mundo y la convirtió en mohana; esto explica que la mujer Palenquera debe tener cuidado con los forasteros. En este mismo sentido se hallan una gran cantidad y variedad de leyendas e historietas de gran significado cultural.

Costumbres políticas tribales de San Basilio de Palenque.

En la organización social de San Basilio de Palenque se encuentran las *Juntas Comunitarias*, que a diferencia de los *kuagros*, están conformadas por personas de diferentes grupos de edad y se constituyen con un propósito definido y desaparecen una vez éste se haya cumplido. Una persona puede pertenecer a varias *juntas* al tiempo así como ser representada cuando se encuentra ausente por un tercero. Estas Juntas son formas de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen, y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad. De acuerdo con lo contemplado en la Ley 70 de 1.993 y el decreto 1745 de 1.995.

Para tales propósitos los Consejos Comunitarios formulan su reglamento interno y desde el punto de vista de la administración ambiental del territorio sus planes de manejo. El reglamento interno recoge aspectos tales como: definición, objetivos, gobierno y administración e instancias del mismo, en el cual destacamos el papel de la Asamblea y la Junta Directiva, lo mismo que los miembros y el patrimonio de estos.

Respecto a los planes de ordenación y manejo del territorio colectivo, estos están dirigidos a proteger la integridad cultural, su uso y usufructo colectivo de los recursos naturales, los trasposos y legado de la propiedad hereditaria de los troncos familiares y en términos general la sustentabilidad de este, como soporte de la soberanía alimentaria como alternativa a las dificultades de insatisfacción alimenticia que se presenten. Al reglamento de usos y trasposos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias (plan de ordenación y manejo del territorio colectivos).

En cuanto a los cabildos, estos son entendidos, desde el punto de vista histórico, como asociaciones de personas, autorizadas por la legislación colonial; tienen muchos elementos en común con las cofradías, al menos en el origen y en algunos propósitos, pero se diferencian en que en el cabildo predomina el laicismo, mientras que en la cofradía predomina el eclesiasticismo. Desde el punto de vista de sus fines, si bien en el Cabildo se adoraba algún Santo, a su interior primaba la ayuda mutua entre sus miembros, también incluía en ciertos casos la instrucción y capacitación de sus

miembros (Gutiérrez, 2.000), lo mismo que la celebración de los ritos fúnebres cuando fallecía algún integrante y la realización y participación en los bailes, fiestas y tambores; al respecto Meter Wade, nos dice “En Cartagena había cabildos con nombres tales como Arará, Angola, Mandinga, Carabalí, Mina, Congo, Balantas entre otros, los cuales se agrupaban en una especie de sociedades de ayuda mutua donde los esclavos y los negros libres podían congregarse para hacer bailes y celebraciones según la costumbre de sus comunidades africanas”. En un sentido más amplio, los cabildos era algo así como el capítulo, consejo ó cámara que ostentaba la representación de todos los negros de un mismo origen y estaban organizados de la siguiente manera: un magnate esclavizado, cuando no el mismo jefe de la tribu, pero generalmente el más anciano, era el Rey del Cabildo, quien allá en su país, recibía otro nombre y a quien en castellano se le daba el de capitán o capataz.

La función del rey, el capitán y capataz están regulados por un reglamento que establece unas funciones y reglas claras de comportamiento, solidaridad y ayuda mutua entre sus miembros para garantizar de esta forma la convivencia y el cumplimiento de los objetivos como corporación.

Los *Kuagros*: amigos como hermanos. Los kuagros²⁴ o grupos de edad son la forma organizativa más característica y relevante de la estructura social palenquera, están conformados por miembros de un mismo rango de edad y, en general, tienden a ser establecidos entre los niños del mismo sexo y a estar ligados a un sector residencial determinado, aunque un kuagro puede estar fácilmente conformado por dos partes: una masculina y otra femenina. Los kuagros tienen vocación de permanencia y un individuo no puede pertenecer a más de uno. La genealogía de los kuagros se remonta al legado africano de los esclavizados y, sobre todo, a las formas organizativas que permitieron defender a la comunidad cimarrona; desde entonces han hecho parte de la estructura

²⁴ Los Kuagro son articulaciones de organización social bastante escasos en el mundo en general. África es el continente con mayor número de reportes etnográficos sobre la presencia de grupos de edad: De una muestra etnográfica del mundo que incluye 547 culturas, solamente un cuatro por ciento tiene grupos de edad, y 16 de las 23 culturas que los tienen se encuentran en África. Palenque de San Basilio es el único caso reportado sobre la existencia y centralidad de los grupos de edad en América Latina. A través del kuagro se tramitan temas de interés comunitario, como nacimientos, noviazgos, casamientos y muertes, pero también se perpetúan valores como la honestidad, la solidaridad, la colectividad y en esencia se constituye como una unidad que teje en su conjunto a la sociedad palenquera: hoy los grupos de edad continúan animando las rutinas del trabajo agrícola, el cuidado del ganado y las vivencias de trances como el matrimonio y la muerte. Sus lazos aún sostienen los conjuntos o compuestos de casas y se proyectan en la dirección política del poblado, pese al proceso acelerado de cambio del presente siglo. En: www.mincultura.gov.co, y, www.eltiempo.com.co; Noviembre de 2.005.

social de la comunidad constituyéndose en el espacio de socialización privilegiado de los individuos más allá de la familia.

En palenque, existen formas organizativas propias vinculadas a las diferentes actividades socio-culturales de la comunidad, tales como son los kuagros que son grupos de personas de edades contemporáneas y que tuvieron sus orígenes en las situaciones de conflictos que debieron asumir los palenques en el pasado. Hoy el kuagro sigue existiendo en Palenque como grupo de personas dedicadas a actividades de solidaridad entre sus miembros. Impera en el kuagro reglas precisas que regulan la relación de sus miembros desde el punto de vista del ingreso, funcionamiento y sesiones de reunión, actividades económicas, compromisos con la comunidad y participación activa en la vida de estos.

El casco urbano está dividido en dos barrios, barrio arriba y barrio abajo y los habitantes de cada uno de éstos tienden a constituir kuagros entre ellos, siendo poco probable que se presenten varios kuagros en el mismo grupo de edad; la dinámica misma de los kuagros puede llevar a que se fusionen dos o más de ellos, o se fragmente uno de ellos dependiendo de las alianzas y tensiones que se establecen al interior y entre los kuagros.

Cada kuagro adquiere un nombre que lo identifica como tal, al igual que cada uno es liderado por el miembro más destacado. En la actualidad son vigentes Los Chiffas Caros, Los Olayeros, Benkos Ku Suto, Flor del Medio, Las Amigas, Los Almendros, Nuevo Milenio, Criollo Ku Suto, Orisa, Las Responsables, Sueæo de Juventud, Atrévete, Los Socios, El Progreso y Juventud se Impone. La pertenencia a un kuagro implica un conjunto de derechos y deberes para con los demás miembros. Pertenecer a éste significa el derecho a participar en las actividades colectivas organizadas por el mismo. Dicha pertenencia también implica los deberes de solidaridad y reciprocidad entre sus miembros que se manifiestan en las actividades cotidianas y en situaciones extraordinarias; la solidaridad se ve reflejada en una fiesta, un trabajo o en la muerte.

El Palenquero, es la lengua criolla que se habla en el poblado, constituye un testimonio vivo del legado Áfricano Ki-Kongo y Ki-Mbundu. Legado que asimismo tiene numerosas expresiones en la

cultura del poblado y de otras poblaciones en el Caribe colombiano (Friedemann y Patiño, 1983; Schwegler, 1.996).

Costumbres judiciales tribales de San Basilio de Palenque

La legislación tribal palenquera está compendiada en diez artículos, que ellos llaman *“Reglamentación divina y humana de nuestro pueblo”* (Ochoa, 2005). Los artículos que la componen, ordenan lo siguiente: i) *“Amar y adorar a Dios todopoderoso”*. Lo anterior por la fe religiosa que San Pedro Claver les inculcó a su llegada al puerto de Cartagena. Este santo era noble y caritativo, les daba comida y les conseguía ropa; ii) *“No robar”*. En Palenque robar era considerado un grave delito y antiguamente lo castigaban con la muerte; iii) *“No matar”*, y a pesar de esta prohibición en su legislación, en Palenque se han cometido crímenes horribles que fueron castigados con la ley del talión: ojo por ojo y diente por diente; iv) *“No mentir”*, los palenqueros no le mentían a los propios, pero sí a los forasteros; v) *“No se perezoso”*: los palenqueros en su mayoría tienen cultivos de maní; la agricultura y la caza es su principal oficio, también se dedican a la cría de aves y *engorde* de cerdos; vi) *“Cumplir exactamente las ordenes del cacique”*: este artículo se refería a las órdenes impartidas por el Cacique Palenque, sobre cumplimiento de lo ordenado por los Alcaldes y por los Presidentes y Gobernadores del entonces Estado Soberano de Bolívar; vii) *“Efectuar los matrimonios conforme al rito Palenquero”*: los hombres y mujeres del palenque debían casarse con los mismos de su raza y si lo hacían con otra persona distinta, el hombre era encarcelado, y si era una mujer, la montaban en un burro con dos canastones llenos de maní y se la entregaban a sus padres, pero si además había algún otro reclamo, lo arreglaban con armas blancas y pandillas; viii) *“No desear la mujer del otro”*: los palenqueros poco desobedecen este precepto y el que comete acto deshonesto con la mujer de otro y se lo comprueban, a ambos los amarran espalda con espalda y les aplican una golpiza a razón de diez fuetazos por cada hombre y mujer que pase de veinte años; con esta medida a los pocos días ambos mueren; ix) *“Ser valiente y morir por la raza”*: los palenqueros son arrojados y valientes, y si hay alguno al que le noten cobardía, en todas las ceremonias y fiestas lo amarran a un poste vestido de mujer y todo el que pasa le grita al odio: Se

valiente y muere por tu raza; x) “Respetar la doncella y morir por su virginidad”²⁵.

La justicia comunitaria actual en San Basilio de Palenque

En las sociedades multiculturales la autosuficiencia jurídica de los pueblos indígenas es solamente parcial, ya que estas sociedades se distinguen en el marco de la sociedad nacional, según el tipo de proyección que adopten y que mantienen sobre la base de elementos discretos de identificación etnográfica. Es decir, es su identidad cultural la que define los procedimientos a seguir.

San Basilio de Palenque, aún conservan un conjunto de normas que integran todo un sistema de derecho propio que alimentan su convivencia, resuelve sus conflictos y desarrollan un complejo de relaciones intraétnicas; entre estas prácticas mencionamos “*el salimiento y el jalao*”, como forma de propiciar la unión matrimonial y el compromiso de pareja; la dote como medio económico de resolver la no disposición y ausencia de voluntad para acceder al matrimonio, a pesar de haber hecho uso de la novia, el descantillo como respuesta de los familiares de la muchacha “ofendida” por aquel que no accedió al matrimonio, y la negación como situación extrema que no induce a la dote, ni tampoco al matrimonio. A estas formas jurídicas se agregan otras como la solución dialogal de los conflictos, el papel que desempeñan los troncos familiares y los mayores que en su condición de portadores de la sabiduría, actúan como mediadores en un conjunto de situaciones que a diario se presentan.

Para el ejercicio y puesta en práctica de la justicia ancestral, las comunidades afrodescendientes cuentan con instrumentos idóneos en correspondencia con las distintas formas organizativas que regulan sus relaciones. En San Basilio de Palenque, se sigue la costumbre tribal de que el adulto mayor, resuelva los conflictos invitando a conciliar a las partes en desacuerdo, esto es conocido como *justicia comunitaria*. En San Basilio de Palenque, los adultos mayores son muy respetados desde que Benkos Biohó fundó esta comunidad; los consideran por la costumbre de crianza. Se respeta a los adultos mayores por sus saberes, liderazgo, su trayectoria de vida como agricultores y

²⁵ Es importante explicar que Palenque para el Estado colombiano se equipara a un pueblo indígena, y lo cobija la jurisdicción indígena.

músicos; los niños les preguntan por las tareas que los profesores les colocan. Por lo que estos son, a su vez, maestros. Por eso a adultos mayores como Rafael Cassiani Cassiani, le llaman el maestro. Este señor guarda, custodia y conserva las tradiciones culturales de Palenque desde su grupo musical *Tabalá*, por eso el avala cuanto proyecto se formula para esta comunidad.

Hoy, en Palenque hay diversidad cultural, no solo en su cotidianidad sino que producto de la multiculturalidad se aplica la justicia ordinaria; es decir, el código de policía regula parcialmente los problemas jurídicos en esta comunidad, ya que tiene un corregidor Segundo Cáceres Reyes²⁶. Él es quien administra la justicia del Estado colombiano en esta región. En San Basilio de Palenque no hay miembros de la policía como parte de la fuerza pública, por lo que se apoya en la Guardia Cimarrona que existe desde la fundación del poblado, como justicia tribal.

La Guardia Cimarrona se encarga de la seguridad local, está conformada por 30 señores adultos, sectorizados (que se reúne los lunes, semanalmente) puesto que en cada porción del territorio de San Basilio hay un guardián. Lo anterior fortalece la justicia ancestral, del respeto y de la obediencia, donde con solo pronunciar la palabra se reducen las eventualidades, llamase riñas, hurto, violencia intrafamiliar, etcétera²⁷. El corregidor se apoya también en el adulto mayor, ya que cuando alguno de estos concilia un problema comunitario infunde respeto y liderazgo, y con solo pronunciar unas palabras se acababa el conflicto. Cuando hay un conflicto de tipo intrafamiliar, entra la guardia a conciliar, sienta a las partes y le da la razón a quien la tiene, si no hay conciliación se le hace el llamado a la parte correspondiente y se le envía a la comisaria de familia (Ubicada en la Alcaldía de Mahates). La justicia ancestral le colabora a la justicia ordinaria, esto es una forma de manifestación del multiculturalismo.

El multiculturalismo forma parte de la realidad mágica de Palenque, ya que vemos casos como el de Héctor Olivera Ortiz, quien es blanco caucásico y que nació en Ovejas (Sucre), se casó con María de los Santos Cáceres Cañate, y forma parte de la Guardia Cimarrona en San Basilio de Palenque, rompiendo el artículo séptimo de lo que ellos llaman *“Reglamentación divina y humana de nuestro*

²⁶ Estudia cuarto semestre de Salud Ocupacional a distancia en la Universidad de Cartagena.

²⁷ Entrevista a Segundo Cáceres Reyes, corregidor de San Basilio de Palenque.

pueblo". (Ochoa, 2.005), el cual reza: los hombres y mujeres del Palenque debían casarse con los mismos de su raza y si lo hacían con otra persona distinta cogían al hombre y lo ponían preso y si era una mujer, la montaban en un burro con dos canastones llenos de maní y se la entregaban a sus padres; si había algún otro reclamo lo arreglaban con armas blancas y pandillas.

CAPÍTULO III

ESTADO DEL ARTE SOBRE EL MULTICULTURALISMO Y JUSTICIA COMUNITARIA ACTUAL EN COLOMBIA.

Para una mejor comprensión del trabajo de campo realizado en San Basilio de Palenque, y para abordar el conocimiento de *La justicia comunitaria actual en el Palenque de San Basilio*, se realizó un estado del arte sobre el Multiculturalismo y la Justicia Comunitaria en Colombia. Tomamos el documento de Beatriz Eugenia Sánchez, *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena*, ya que en las últimas décadas del siglo XX el multiculturalismo se convirtió en uno de los temas más debatidos en las ciencias sociales, y en Colombia es un problema político importante²⁸.

Multiculturalismo en Colombia. Las relaciones interétnicas entre indígenas y blancos.

Hablar de las relaciones interétnicas en Colombia a través de la historia es hablar de un diálogo entre sordos donde la diferencia ha sido considerada como una desventaja, un obstáculo para el progreso y el desarrollo. Más que intolerancia, el problema se resume en una palabra: desconocimiento.

Hace 500 años los conquistadores españoles se encontraron con los aborígenes americanos y pensaron que estaban ante indio originario de la India. Hoy en día aún no sabemos quiénes son los indígenas colombianos. Siempre se les ha definido, descrito y clasificado desde la perspectiva occidental. Juan de Solórzano y Pereyra, "Caballero del Consejo de su Majestad en los Supremos de Castilla e Indias", en la primera mitad del siglo XVII afirmaba que las gentes que habitaban en el Nuevo Orbe descendían del padre Adán y que desde hacía mucho tiempo esperaban ser

²⁸ Publicado en *el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo II.

descubiertos por los españoles para ser salvados por estos del salvajismo, la barbarie y el pecado. Recurrió a la interpretación de las Sagradas Escrituras, en particular a las profecías de Isaías, para fundar tales afirmaciones. En 1.984, Gerardo Reichel Dolmatoff, explicaba que los primitivos habitantes de Colombia procedían, probablemente, de Siberia, y sustentaba su teoría en hallazgos arqueológicos científicamente comprobados. Ninguno de estos dos estudiosos dio valor alguno a las tradiciones de los diferentes pueblos sobre su origen, porque ambos las consideraban narraciones más o menos fantásticas: leyendas sin ninguna base, inventos de un grupo que no fue capaz de hallar mejor explicación a su existencia. Las explicaciones dadas por Occidente, en cambio, sí podían considerarse válidas, por tener una base racional y por estar sustentadas en las fuentes del máximo saber en cada época (la Biblia o la ciencia). Ante estas razones se encuentran las cosmovisiones indígenas con explicaciones diferentes del universo, de la existencia del hombre y de las relaciones que deben mantenerse entre el hombre y las demás criaturas que pueblan el universo. Se elevan voces, como la de un joven u'wa que gritó: "Nosotros siempre hemos estado aquí. No vinimos de ningún lado, no atravesamos ningún mar. Sira nos puso aquí y aquí es donde queremos morir"²⁹. Este grito era válido en 1.650 y lo sigue siendo aún hoy.

Los indígenas colombianos

A la llegada de los europeos a lo que es hoy en día el territorio colombiano se calcula que existían alrededor de tres millones de indígenas agrupados en diversas comunidades, cada una de las cuales tenía una cultura diferente. El contacto que tuvieron a partir de ese momento con Occidente modificó para siempre sus vidas. Algunas de las culturas no sobrevivieron a dicho contacto, fueron absorbidas totalmente por la cultura hispánica, como ocurrió con los muiscas, que habitaban el altiplano Cundi-boyasence. Otras como los Caribes, de la llanura Caribe, perecieron en la lucha contra el invasor. Finalmente otras, como los guámbianos, huyeron hacia las cimas de las montañas, refugiándose en zonas que consideraron a salvo de los recién llegados. No contaban con que el

²⁹ Véase acta de la "Audiencia u'wa por la vida

hombre blanco había llegado para quedarse y que a través de 500 años de historia, continuaría avanzando hasta que el encuentro entre los dos mundos se hiciera inevitable.

Pero, *¿quiénes son los indígenas en el tercer milenio?* Responder a esta pregunta es más complicado de lo que a simple vista parece. Dado que casi todas las comunidades indígenas han tenido a través de la historia algún tipo de contacto con la sociedad blanca, es decir la no indígena, que ha modificado las estructuras tradicionales de su cultura, no puede hablarse de la existencia de indígenas “puros” que hayan conservado intacta su cultura original, pues es evidente que una relación que se inició hace 500 años ha dado sus frutos. Los pueblos indígenas colombianos de hoy son una mezcla de tradición, adaptación, imposición y recreación. Sus historias son un verdadero tejido en el que se entrecruzan raíces ancestrales, imposiciones del conquistador, interpretaciones a los elementos foráneos y estrategias de supervivencia. Ante todo son pueblos vivos que se encuentran en una permanente dinámica pero que se ven obligados, hoy más que nunca, en virtud del fenómeno de la globalización, a establecer relaciones con el blanco (Santos: 1.998).

“La Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC- es una asociación de comunidades indígenas que agrupa buena parte de los pueblos ancestrales existentes en Colombia”, basándose en los datos recolectados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- y por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional -DPN-, se estimó, en 1.993, que en Colombia habitan 574.482 indígenas agrupados en 81 grupos étnicos diferentes. Cada etnia mantiene una cultura diferente, pero todas, con excepción quizás de algunos grupos que habitan en lo más profundo de la selva amazónica, mantienen vínculo con Occidente.

El tipo de relación que cada etnia ha establecido con la sociedad mayor, así se denomina en la literatura especializada a la sociedad occidental, ha sido fundamental para definir su existencia. Algunas han hallado la manera de mantener la esencia de su cultura viva, creando formas de transmisión de sus valores a las nuevas generaciones. Otras han empezado a morir, a perderse dentro de los senderos que los llevan a la modernidad, en medio de la ruptura de relaciones entre los viejos y los jóvenes. La mayoría están en medio de un proceso acelerado de cambio en el que se han visto enfrentadas a la pérdida progresiva de sus tierras a manos de los colonos, guerrilleros,

paramilitares y narcotraficantes, de sus sistemas de organización social a mano del Estado, y de sus almas a manos de grupos de misioneros católicos y protestantes. Adicionalmente existen comunidades que, tras décadas de haber sido consideradas extinguidas por los antropólogos y las autoridades estatales, han iniciado un proceso de “reindianización”, reclamando para sí una identidad indígena³⁰

A pesar de las diferencias entre los pueblos indígenas que habitan hoy en Colombia, y de las distintas formas y niveles de relación que han entablado con la sociedad mayor, puede decirse que el camino de estas etnias tiende a unirse, pues todos se encuentran ante desafíos similares. Retos de los que depende su existencia como pueblos.

El primero de ellos es la propia Constitución de 1.991: la Casta reconoció el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana y consagró todo un catálogo de derechos y garantías a favor de los pueblos indígenas. Sin embargo, este mismo reconocimiento puede convertirse en un arma de doble filo si el desarrollo que se da a los mandatos constitucionales no es el adecuado. En efecto, el reconocimiento a las diversas etnias como parte integrante de la nación, beneficiarias de una protección especial en su calidad de grupos en desigualdad de condiciones al resto de la sociedad, determinó la formulación de una oferta institucional que, en ocasiones, no responde a las necesidades de los pueblos, ni a su cosmovisión; bien sea porque ha sido elaborada bajo concepciones occidentales, o bien en razón a que el proceso de comunicación no es el adecuado a la hora de implementar las medidas. En todo caso proyectos que pretenden proteger a los indígenas y mejorar su nivel de vida pueden terminar desquiciando la lógica de interrelaciones al interior de una comunidad. Algo apenas lógico si se tiene en cuenta la cantidad de recursos que del presupuesto nacional son transferidos, por mandato legal y constitucional, a los resguardos que no estaban preparados para asumir semejante responsabilidad. Además el Estado se enfrentó a un problema inesperado: establecer contacto con los diferentes pueblos indígenas sin conocerlos.

³⁰ Sobre la descripción de las comunidades indígenas de Colombia véase, entre otros, Pineda (1.995); Instituto Colombiano de Antropología -Ican- (1.990). *¿Hacia dónde van los pueblos indígenas?*

El segundo reto al que se enfrentan estos pueblos está constituido por los megaproyectos de desarrollo económico que se están llevando a cabo en sus territorios tradicionales, particularmente de explotación de recursos naturales y de construcción de hidroeléctricas. Proyectos que necesariamente afectan, de manera profunda, la existencia de las comunidades que habitan en la zona de explotación. La respuesta que desde mediados de la década de los setenta se ha venido dando, es la conformación de organizaciones étnicas y políticas que buscan defender su cultura, su tierra y sus formas de desarrollo. Este proceso se ha dado, sobre todo, en las etnias más numerosas y curtidas en las relaciones con la sociedad mayor: los grupos andinos, los de la Sierra Nevada de Santa Marta, los embera y los wayuu. La mayoría de los pueblos de la selva y del Llano, sin embargo, han tenido problemas para adoptar esta forma de lucha, pues se trata de comunidades con una organización política descentralizada que han debido afrontar un contacto con el blanco tan brutal y, en ocasiones sorpresivo, que se han visto reducidas en poco tiempo sin tener oportunidad de elaborar una verdadera estrategia de supervivencia. Estas organizaciones han logrado romper el silencio y plantear públicamente el debate sobre el modelo de desarrollo y los derechos de los pueblos indígenas. Así mismo han convocado la solidaridad internacional, inscribiendo la lucha de los indígenas colombianos en el marco de los movimientos cosmopolitas³¹. Sin embargo, también han generado rupturas y enfrentamientos al interior de las comunidades.

En efecto, la conformación de estas organizaciones requiere apoyo del cabildo, que no es una forma tradicional de gobierno, sino una institución implantada por los españoles. Los miembros del cabildo son elegidos popularmente, por lo que la figura no tiene nada que ver con la existencia de autoridades tradicionales cuyo poder no se funda en una elección democrática. Los nuevos líderes, aquellos que han aprendido a hablar con los blancos, no siempre concuerdan con los ancianos, particularmente en aquellos puntos en los que la tradición impide cualquier tipo de negociación. De esta manera no es extraño encontrar al interior de cada comunidad diversas versiones de la cultura y de la tradición, a veces incluso contrapuestas³². División que las mencionadas organizaciones contribuyen a acrecentar.

³¹ El concepto de cosmopolitismo ha sido ampliamente trabajado por Santos (1.995a).

³² Para un claro ejemplo de la separación entre la lógica manejada por los cabildos y la racionalidad de las autoridades tradicionales, véase los capítulos XIV y XV del documento, *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*.

El último gran desafío está constituido por la presencia y los continuos enfrentamientos en los territorios indígenas de grupos guerrilleros, paramilitares y de las Fuerzas Armadas del Estado. Si bien los grupos indígenas son mirados con desconfianza por los actores de derecha -pues se les acusa de simpatizar con la guerrilla- han proclamado su neutralidad en el conflicto, y a través de toda suerte de pactos, han logrado permanecer en sus territorios sin ser objeto de desplazamientos masivos, algo que no pudieron evitar las comunidades negras.

A pesar de la dificultad de estas pruebas debe recordarse que las etnias indígenas han estado permanentemente enfrentadas a todo tipo de retos, y han tenido la habilidad y la fuerza para sobrevivir en un mundo en el que eran invisibles y en donde su desaparición no causaba dolor a nadie. Ahora, que están empezando a romper el silencio, tienen mayores probabilidades de continuar existiendo que hace cinco siglos, cuando eran un número mayor pero no se encontraban preparados para enfrentar el avasallante impulso destructor de los conquistadores. Hoy en día, pese a sus diferencias, se está formando un sentimiento de solidaridad entre los diversos pueblos. Sentimiento que los lleva a unirse para continuar la lucha³³.

El derecho como espejo de las relaciones interétnicas a través de la historia

Las relaciones interétnicas en Colombia son como un juego de anillos concéntricos, una historia cíclica que sin embargo ha empezado a abrirse, que tiene la oportunidad de romperse para dar paso a una verdadera comunicación intercultural. A través de la historia éstas han sido construidas sobre dos ejes: por un lado, en la necesidad de civilizar a los indígenas, y por el otro, en la conquista de las riquezas que estos pueblos tienen y que resultan atractivas y hasta necesarias para el desarrollo de la sociedad mayor. Para analizar la manera como se han desarrollado estas relaciones resulta útil recurrir al desarrollo normativo. El Estado ha tratado a través de la historia de regular el contacto

³³ Abogada de la Universidad de los Andes de Bogotá y candidata a doctor por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Este trabajo fue elaborado bajo las directrices del profesor Boaventura de Sousa Santos, quien interactuó con la investigadora de manera constante, elaborando conceptos y conclusiones en cada fase de la investigación. Así mismo, para el desarrollo de la investigación fue fundamental la colaboración de Claudia Patricia Beltrán, María Isabel y María Claudia Camacho, estudiantes de último año de derecho de la Universidad de los Andes.

entre blancos, indígenas y negros por medio de la expedición de leyes encaminadas a proteger la vida y la integridad de los nativos, quienes desde finales de la Colonia han sido considerados como una raza débil, a punto de desaparecer; facilitándoles, al mismo tiempo, su asimilación a la sociedad mayor (Santos, 1.995a: 313 ss.)³⁴.

La historia de la regulación de las relaciones interétnicas puede dividirse en dos grandes bloques: antes y después de la Constitución de 1.991. En el primero los indígenas eran prácticamente invisibles, la legislación que se ocupaba de ellos era marginal y se interesaba solo en aspectos puntuales de la relación entre la sociedad mayor, el Estado y las comunidades indígenas. De hecho estaba orientada, en su mayor parte, a facilitar la integración de las etnias a la cultura occidental. En contraste, con la expedición de la Constitución de 1.991 los indígenas adquirieron un protagonismo inusitado (Gros, 1.993). La consagración del carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana constituyó el punto de ruptura en las relaciones interétnicas. Por primera vez en la historia, una Constitución reconoció a los pueblos indígenas como parte de Colombia, al tiempo se les otorgaba una serie de derechos con el fin de garantizar su existencia como sujetos colectivos culturalmente diferentes al resto de la sociedad. Derechos que, dado su número y la estrecha relación que guardan con los aspectos más sensibles del régimen económico del país, colocaron a las etnias en una posición de hipervisibilidad (*de 1.500 a 1.990: la invisibilidad constitucional*).

Los años de dominación hispánica

Los primeros siglos transcurrieron bajo el dominio de los españoles. La Conquista y la Colonia fueron épocas de desconocimiento durante las cuales se trató de eliminar física y culturalmente a los grupos nativos. En un primer momento el objetivo de los españoles fue apropiarse del oro y de las riquezas del Nuevo Orbe. Sin embargo, a medida que pasó el tiempo, fueron planteándose

³⁴ La concepción de los pueblos indígenas como comunidades primitivas destinadas a desaparecer, fue compartida por los pensadores occidentales a través de todo el siglo XIX y buena parte del XX. Resulta interesante comprobar que tanto la filosofía liberal como la marxista desestimaron la importancia de este tipo de comunidades. Para ambas era evidente que estas colectividades debían evolucionar para dar paso a grupos acordes con el modelo de sociedad que cada corriente filosófica planteaba.

discusiones éticas en España sobre la legitimidad de la acción de los conquistadores. El primer gran debate giró alrededor de la condición de los nativos americanos, ¿se trataba de hombres o de bestias?, Se decidió que eran hombres, si bien se encontraban en un lamentable estado de salvajismo. Al considerarlos humanos se planteó el segundo gran interrogante: *¿cómo justificar ante los ojos del mundo y de Dios la invasión de las nuevas tierras cuando sus habitantes no habían dado motivos para que se les declarara la guerra?* La respuesta consistió en el deber de difundir la fe cristiana. Unidas a éstas se presentaban consideraciones que hoy podrían ser clasificadas como humanitarias (Solórzano y Pereyra, 1.972: 81): mejoramiento de las condiciones de vida de la población, educación, salud y desarrollo de sus primitivos sistemas de producción³⁵. Una vez justificada la invasión, los soberanos de la península procedieron a establecer las reglas que se debían seguir frente a los aborígenes. Las leyes expedidas en esta primera etapa buscaban, ante todo, proteger a los indígenas, evitando que fueran esclavizados por los recién llegados. Prueba de ello es el texto del encargo que los Reyes Católicos hicieron a Nicolás de Ovando³⁶.

Estas benéficas intenciones, plasmadas en las Leyes de Indias, no fueron llevadas a la realidad. Ni el más benevolente de los observadores podría calificar de dulce el trato que los soldados españoles y sus capitanes dieron a los indígenas. Pueblos enteros fueron arrasados a medida que el proceso de descubrimiento y conquista avanzaba desde la costa hacia el interior. En un comienzo el sometimiento se dio a sangre y fuego, pero, poco a poco los instrumentos se fueron sofisticando. Las misiones fueron uno de los recursos que se emplearon con mayor éxito en esta tarea. Las comunidades religiosas tenían la infraestructura necesaria para enfrentar poblaciones particularmente belicosas y *“suavizar sus costumbres”*. Contaban con los recursos, el personal idóneo y el tiempo necesario. El método de acción era similar en todos los casos: las misiones agrupaban a los indígenas en poblados, pues de esta manera era más fácil evangelizarlos. Con el fin

³⁵ M.P. Antonio Barrera Carbonell: sentencia T-342 de 1.994: “Resulta interesante comprobar qué tan vigentes continúan siendo estas razones para justificar la intervención de Occidente y del Estado colombiano en la vida de los pueblos indígenas. En 1.994 la Corte Constitucional dijo que el mejoramiento de la calidad de vida (concebida desde una perspectiva totalmente occidental y capitalista) era el argumento que justificaba la intervención de las agencias estatales y de las organizaciones religiosas en la comunidad nukak makú.

³⁶ Que procurase con gran vigilancia y cuidado que todos los indios de la Española -actual Cuba- fuesen libres de servidumbre, y que no fuesen molestados de alguno; sino que viniesen como vasallos libres, gobernados y conservados en justicia: y que procurase, que en la Santa Fe Católica fuesen instruidos; porque su intención era que fuesen tratados con amor y dulzura, sin consentir que nadie les hiciese agravio.

de garantizar su sedentarización definitiva promovían el cultivo de productos como el trigo y la cría de animales domésticos. Así mismo, los religiosos tomaron a su cargo la educación de los jóvenes enseñándoles el español, desincentivando el empleo de las lenguas vernáculas y promoviendo el abandono de los ritos y prácticas tradicionales. Esta estrategia no fue solo empleada por los españoles, más adelante también los criollos la promovieron con la intención de pacificar a los indígenas más agresivos. La misión fue además vista como el medio idóneo para incorporar pacíficamente territorios que se consideraban en la naciente república de principios del siglo XIX como “países limítrofes”³⁷.

Al mismo tiempo, la Corona creó una serie de instituciones especiales para los indígenas, con el fin de regular su trabajo, protegerlos de los abusos y facilitar su conversión al cristianismo. Estas fueron la encomienda, la mita y el resguardo. Las dos primeras demostraron ser un éxito para reducir la población indígena; a través de ellas se entregaba un grupo de personas al cuidado de una autoridad civil, quien podía exigirles determinados trabajos y trasladarlos de un lugar a otro. La tercera apareció a finales del siglo XVI, y consistía en el reconocimiento por parte del Estado de porciones de tierra a las comunidades en calidad de propiedad colectiva, que no podía ser enajenada, para que permanecieran allí bajo el cuidado de autoridades eclesiásticas y civiles. En contraprestación las comunidades quedaban obligadas a pagar tributo y a aportar mano de obra en beneficio del sistema económico y del mismo Estado. Esta última institución constituyó la máxima expresión de la política de sometimiento de España sobre las tierras americanas. La segregación física de las comunidades indígenas se combinaba con la separación del régimen jurídico, tributario y político. De esta manera se producía una especie de burbuja protectora que pretendía separar a los indígenas del mundo externo. Paradójicamente, al asegurar la conservación de la tierra a las comunidades indígenas, estos grupos pudieron preservar su identidad, readecuando sus expresiones culturales y resistiéndose a la dominación de manera soterrada.

Esta figura fue rechazada por las autoridades españolas asentadas en territorio americano. Encomenderos, curas doctrineros y soldados ejercieron toda clase de presiones, de hecho y de

³⁷ Véase al respecto Eduardo Triana (1.987: 131).

derecho, para evitar su conformación, pues por este sistema perdían buena parte de su poder (Triana, 1.987: 112). Ante estos hechos la reacción de los grupos indígenas fue de dos tipos: algunos se sublevaron, sufriendo la acción militar de la Corona. Otros, intuyendo las contradicciones existentes entre la política diseñada desde España y los intereses particulares de sus representantes, optaron por emplear las mismas leyes del invasor. Se conocen memoriales y pleitos iniciados por caciques indígenas en los cuales reclaman los derechos de sus pueblos ante las acciones de quienes pretendían apropiarse de las tierras comunales (Triana, 1.987: 113). En ocasiones estas actuaciones surtieron efecto. A pesar de ello, la balanza se inclinó a favor de los blancos. En el siglo XVIII se consideró que los grupos aborígenes poseían tierras de una calidad excepcional, que no se justificaba dado el reducido número de sus integrantes. De esta manera se procedió a disolver buena parte de los resguardos, en particular los ubicados en la sabana de Bogotá. Las tierras fueron rematadas, pasando a manos de terratenientes criollos quienes las arrendaron a los mestizos.

Los primeros años de la república

Las ideas de la Ilustración, que inspiraron el movimiento de Independencia en América, determinaron una nueva dinámica en las relaciones interétnicas. Los principios de la Revolución Francesa -individuo, igualdad y propiedad privada- no eran compatibles con la institución del resguardo, pues implicaba propiedad colectiva sobre la tierra, así como atar a los indígenas a una localidad específica. En consecuencia, la política indigenista en el periodo comprendido entre 1.810 y 1.890, se concentró en la disolución de los resguardos y en la integración plena a la civilización de las comunidades. En este momento los miembros de la joven república buscaban afanosamente su identidad. La nueva élite pretendía ser reconocida como europea, y percibía a las comunidades indígenas como pueblos llamados a desaparecer “debido a su baja presencia numérica, se hablaba de ellos como de tristes reliquias de una nación que agoniza” (Triana, 1.987: 110). Y consideraba que el mestizaje sólo era aceptable dentro del vulgo. Sin embargo, Europa, y concretamente España, no los reconocía. La contradicción, evidente, Bolívar supo expresarla en la Carta de

Jamaica³⁸ donde desarrolla su idea de la revolución como una forma legítima de afincar raíces. En este texto reconoce que a los americanos les ha sido negada la identidad, son “los otros” tanto para los indígenas como para los españoles³⁹.

Una vez libradas las batallas de independencia, la política indigenista de Bolívar y de sus sucesores fue la de eliminar cualquier vestigio del colonialismo español, al cual atribuía el atraso de la región. Debía eliminarse de tajo la discriminación racial y legislar en términos de igualdad para todos los habitantes de la república. La calidad de ciudadanos debía extenderse a todos los indígenas, teniendo como base su conversión en propietarios individuales de sus tierras. En consecuencia las leyes expedidas en esta etapa promovían la parcelación de los resguardos, de manera que cada familia indígena se convertía en propietaria de una porción de la tierra. Se eliminaron las restricciones en torno a la venta de la tierra y se promovió la educación entre los jóvenes indígenas. El resultado fue la desaparición de la mayoría de las comunidades de la región andina, la segmentación de la tierra y la pérdida de identidad de muchos grupos que se fundieron dentro de la naciente *sociedad nacional*. Sin embargo, ello no ocurrió en todas las comunidades, algunos resguardos nunca se disolvieron y otros continuaron funcionando como tales pese a su disolución legal.

La desarticulación de la Gran Colombia en 1.830, trajo como consecuencia la necesidad de fijar unos nuevos límites territoriales. La política sobre áreas de frontera implicaba la articulación de las diversas etnias indígenas existentes en los llanos y regiones de la Orinoquia y Amazonía, las cuales no habían sido dominadas por los españoles. Se trataba de áreas desconocidas y temidas que, sin embargo, era indispensable integrar. En este período se expidieron leyes como la 11 de 1.874, que fijaba las líneas de acción a las que el Estado debía sujetarse para establecer con las *tribus no reducidas* que habitaban en los Llanos Orientales “relaciones regulares y pacíficas que fomenten su civilización y aseguren la tranquilidad de las poblaciones civilizadas establecidas en el mismo

³⁸ Eduardo Triana (1.987: 107), afirma: No somos indios ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles: en suma siendo nosotros americanos por nacimiento y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar éstos a los del país y que mantenernos en él contra, la invasión de los invasores.

³⁹ Dirigida en 1.815 a un súbdito inglés

territorio⁴⁰. La estrategia más empleada fue la de enviar misioneros, para que estos redujeran a los grupos indígenas de la zona, por medio de la evangelización, pues la experiencia había demostrado -a lo largo de todo el periodo colonial- que se trataba de una táctica efectiva. Así mismo se propició la colonización de estas áreas por parte de campesinos mestizos.

La ley 89 de 1.890

En el siglo comprendido entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX, el país intentó entrar en la modernidad, al mismo tiempo que se debatía en profundas y sangrientas contradicciones internas. Las guerras civiles, en la que se batían liberales y conservadores, eran la constante. Enfrentados en sus concepciones filosóficas y políticas, así como por sus intereses económicos y sociales, liberales y conservadores sólo parecían estar de acuerdo en un punto: los indígenas debían desaparecer como pueblo y como cultura, pues representaban una raza en decadencia que frenaba el desarrollo del país. No obstante cada partido tenía una idea de la forma en la que la asimilación debía realizarse.

La posición de los liberales era asimilar rápidamente la comunidad indígena, ya que su forma de organización social era contraria al completo desarrollo del individuo y al progreso. La disolución de los resguardos, incorporando estas tierras al mercado y a la producción, y el mestizaje acelerado, constituían los caminos más efectivos para tal fin. Los conservadores, por su parte, consideraban que el indio debía mantenerse separado. La iglesia era la llamada a *suavizar* las costumbres de los salvajes por medio de la evangelización. El mestizaje debía ser prudente, a la vez que debía propiciarse la migración de origen europeo con miras a limpiar al país de su *mancha indígena* (Gros, 1.997)

La victoria de los conservadores, en 1.884, y el ascenso al poder de Rafael Núñez, trajo consigo la adopción del segundo de estos esquemas para las relaciones entre el Estado y los indígenas.

⁴⁰ Decreto del 30 de julio de 1.824 y decreto sobre civilización de indígenas expedido el 11 de julio de 1.826.

Esquema que fue plasmado en la Ley 89 de 1.890, la cual rigió durante más de 100 años las relaciones entre el Estado y las comunidades indígenas. Esta norma fue expedida con el propósito de que su vigencia fuera temporal, pues pretendía crear un régimen de transición que permitiera la asimilación de los indígenas a la civilización en un período de cincuenta años. Rescataba la figura del resguardo y clasificaba a los indígenas en tres categorías: los “*salvajes*”, que debían ser reducidos por medio de la acción de los misioneros católicos; los “*semisalvajes*”, aquellos que por medio de misiones se encontraran en proceso de civilización: para ellos debía dictarse un régimen especial concertado entre el gobierno y las autoridades eclesiásticas, y los “*civilizados*”, quienes estaban sujetos a las disposiciones de la Ley 89 de 1.890.

Para esta categoría de indígenas se diseñó un modelo organizativo basado en el resguardo. Las parcialidades indígenas, que corresponde a una comunidad independientemente considerada del territorio que ocupa, debían establecerse en poblados fijos, los cuales estarían gobernados por un cabildo (institución de origen español)⁴¹. Los miembros del cabildo debían ser elegidos, anualmente, de manera democrática por la comunidad. Sus funciones eran las de manejar el gobierno económico de la parcialidad, llevar un censo y administrar la distribución y adjudicación las tierras comunales. Las comunidades tenían cierto grado de autonomía, pues los conflictos que surgían entre los miembros de la parcialidad y las faltas *contra la moral* eran atendidos por sus propias autoridades. No obstante, los delitos y los conflictos que involucraba a personas no indígenas debían ser remitidos a la jurisdicción ordinaria.

La Ley 89 de 1.890, pese a su concepción etnocentrista y de ser en esencia discriminatoria, garantizó a los indígenas la posibilidad de mantener sus resguardos, lo que permitió, al menos para las comunidades andinas, la preservación de su identidad. Sin embargo esta ley no siempre se respetó, las presiones en contra de los resguardos fueron numerosas y con frecuencia se recurrió a la violencia para obligar a los indígenas a abandonar sus territorios. Uno de los argumentos más usados para lograr la disolución de los resguardos fue el de la desaparición de la comunidad

⁴¹ El cabildo hoy en día es la forma que reviste la organización de la mayoría de comunidades indígenas. Su implementación no presentó mayores problemas en las comunidades organizadas en cacicazgos, particularmente en las de la zona andina, pero su aceptación ha sido mucho más difícil en zonas de las regiones pacífica, la Orinoquía y la Amazonia, donde habitan comunidades que han desarrollado formas descentralizadas de poder.

indígena, pues la Ley 89 preveía que en caso tal, las tierras del resguardo debían declararse como bienes de uso público. La cuestión de la identidad indígena pasó entonces a ser de vital importancia, posibilidades de conservar sus tierras.

Ante la ofensiva de los colonos y terratenientes, los indígenas de los Andes no permanecieron sumisos, lucharon por que se respetaran los derechos que la Ley 89 les había reconocido. Algunos, como Manuel Quintín Lame, se levantaron enfrentándose a los blancos. Sus protestas fueron controladas de manera violenta por el ejército y la policía. Otros lucharon en el campo legal, empleando las leyes de los blancos. Por el contrario, las comunidades de la selva y del llano, dado su aislamiento, fueron más vulnerables a la penetración blanca. Desconocidos y temidos, los indígenas de la Orinoquía y la Amazonía sufrieron la invasión de sus tierras por parte de campesinos andinos que huían de La Violencia. Así mismo, durante las primeras décadas del siglo XX fueron esclavizados por los explotadores de caucho, sin que el Estado interviniera. Estudios adelantados recientemente han comprobado la existencia de un verdadero sistema de esclavitud sobre los indígenas del Amazonas por parte de caucheros colombianos y peruanos, fenómeno que permaneció oculto para la mayoría. Ahora bien, durante esta fase Colombia vivió uno de los períodos más sangrientos y convulsivos de su historia. El papel desempeñado por los indígenas durante el período denominado La Violencia, comprendido entre 1.945 y 1.965, no es del todo claro.

Este periodo de la historia de Colombia, en el que el enfrentamiento entre los dos partidos políticos tradicionales dejó una cifra de muertos que ha sido calculada entre cien mil y trescientos mil (Sánchez y Peñaranda 1.995: 22), no ha sido analizada desde la perspectiva de los grupos étnicos (Sánchez y Peñaranda 1.995: 38). Si bien se tienen registros de levantamientos indígenas, en especial en el departamento del Cauca, que tuvieron lugar durante esta etapa, se ha dado por descontado que obedecieron a un problema de tierras y no a enfrentamientos por motivos políticos. Es evidente, sin embargo, que las comunidades étnicas sufrieron el impacto de la violencia generalizada que se desató en esta fase histórica. Su simple ubicación geográfica hace imposible que hayan escapado a ella. La ausencia de registros históricos más exactos y estudios sobre la materia constituye un silencio que grita, que refleja la poca o nula atención que se ha concedido a los indígenas en la historia colombiana contemporánea.

La búsqueda de la integración a través del desarrollo rural

Con la expedición de la Ley 81 de 1.958, sobre el fomento agropecuario de las parcialidades indígenas, se dio inicio a un nuevo esquema de relaciones entre el Estado y las comunidades indígenas. Los indígenas pasaron de ser considerados bárbaros, a ser considerados como sectores atrasados del campesinado, dueños de una tecnología rudimentaria que limitaba su capacidad de asimilar los valores políticos económicos, sociales y morales de la sociedad. Las relaciones se plantearon entonces en términos de desarrollo y no de asimilación. Por lo tanto se sugirió la necesidad de facilitarles el acceso al crédito; a la tecnología, y de promover su organización en cooperativas, etcétera. Todo esto obedecía a las teorías que desde los países desarrollados se elaboraban para explicar el fenómeno del subdesarrollo y el atraso de Latinoamérica. Esta etapa fue convulsiva, pues correspondió a todo el proceso de reforma agraria. En muchas regiones del país, especialmente a partir de la década de los setenta, se incrementaron la toma de tierras por parte de campesinos e indígenas. Si bien la beligerancia campesina fue disminuyendo, al mismo ritmo del desmonte de los programas reformistas, no ocurrió igual cosa con los indígenas.

Los indígenas colombianos, por su parte, se hallaban claramente divididos en dos categorías: los asentados en la región andina que, curtidos en la dinámica de las relaciones con el Estado y la sociedad mayor, tuvieron la capacidad de organizarse. Ellos sumaron a las reivindicaciones inherentes a la tierra otras de igual significación como las de recuperación cultural, derecho a la organización y autonomía; y, por otro lado, los indígenas de la selva y de los llanos, encomendados a las misiones católicas, y desde la década de 1.960 al Instituto Lingüístico de Verano (perteneciente a grupos evangélicos), habían logrado sobrevivir con dificultad al período anterior. En esta nueva etapa se enfrentaron a dos nuevos retos. Oleadas de colonos, desposeídos de sus tierras en los Andes y alentados por las políticas de migración y colonización del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -Incora-, se instalaron en sus tierras ancestrales con una violencia inusitada. Al mismo tiempo, el Estado adelantó obras de infraestructura, en especial apertura de carreteras, con el objetivo de integrar estas áreas a la economía nacional, y permitió la entrada de multinacionales por medio de concesiones mineras. Estos factores provocaron rápidamente la destrucción de los grupos indígenas, o su reducción forzada a poblados.

Este período, sobre todo la década de los setenta, se caracterizó por el proceso de creación y consolidación de organizaciones indígenas regionales. En esta etapa se formaron el Consejo Regional Indígena del Cauca, el Cabildo Mayor de San Andrés de Sotavento (en Córdoba y Sucre) y el Consejo Regional Indígena del Vaupés. Un poco más adelante nació un nuevo movimiento conformado por la etnia guambiana (Cauca y Nariño) que se denominó Autoridades Indígenas Tradicionales. Todas estas organizaciones lideraron movimientos por la recuperación de tierras y la defensa de los indígenas, e iniciaron un proceso de recuperación de las raíces y la identidad indígenas.

Los primeros pasos hacia el reconocimiento

En la década del setenta casi todos los países latinoamericanos se enfrentaron a la crisis del proyecto nacional-populista, según el cual el Estado tenía un papel fundamental en la construcción de la nación; era el encargado de producir una democracia real, asegurar la modernidad y el desarrollo, construir la identidad nacional y articular a los diversos actores colectivos. En Colombia, la crisis se vivió en los años ochenta, pero se debió a causas distintas ya que el modelo nacional-populista tuvo en este país una aplicación de baja intensidad (Gros, 1.997). En efecto, el Estado colombiano se mantuvo débil durante casi todo el siglo XX, tanto desde el punto de vista de su participación directa en la actividad económica, como en su papel de agente modernizador e integrador. La crisis a la que se enfrentó Colombia a partir de los ochenta, tuvo su origen en un sistema político que no supo transformarse para enfrentar la modernización. Se quedó anclado en un esquema bipartidista que no abrió un espacio para la expresión de las nuevas contradicciones sociales. Ante el derrumbamiento del sistema político tradicional, se trató de implementar nuevas formas de gestión social. Era imperativo que el Estado se reforzara, que su poder se relegitimara. Para ello se acogieron los nuevos conceptos que a nivel mundial se estaban imponiendo: la democracia participativa, la descentralización, el desarrollo auto sostenido y la solidaridad social. No es de extrañar, entonces, que durante estos diez años la política indigenista del Estado cambiara

fundamentalmente por medio de la expedición de leyes que contemplaban los conceptos de etno-educación y etno-desarrollo⁴².

En los marcos de planeación y desarrollo se empezaron a incluir programas específicos para las poblaciones indígenas, siempre fundados en el concepto de autogestión y autonomía.

En este período el Estado dejó de decidir, por sí sólo, los lineamientos de la política indigenista e inició la construcción de un proceso de diálogo con las comunidades y sus organizaciones. Este cambio no correspondió únicamente a la voluntad unilateral del Estado, sino que fue presionado por un proceso de reconstrucción cultural y de lucha por la recuperación de tierras promovido por las comunidades indígenas, que venía dándose desde los años setenta. A lo anterior se unió la presión de la comunidad internacional que, en pleno auge de las corrientes ecologistas y de protección al medio ambiente, identifica a las comunidades indígenas con los guardianes de la selva tropical. Esta etapa, además, se caracterizó por la gran cantidad de resguardos que el Incora tituló a favor de las comunidades indígenas, en particular aquellos ubicados en la áreas de frontera⁴³.

En el inicio de la década de los ochenta, las luchas de las organizaciones regionales fueron confluyendo en unos objetivos comunes, lo que llevó a la necesidad de establecer nexos de coordinación y evidenciar la utilidad de construir un frente común de lucha frente al Estado. Con tal fin, en 1.982 se formó la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, bajo el lema "*Unidad, Tierra, Cultura y Autonomía*". Este proceso de revitalización y visibilidad de la lucha de los pueblos indígenas durante este período no fue un fenómeno aislado en Colombia, correspondió a un

⁴² Eduardo Triana (1.987). El primero de estos conceptos puede ser entendido como el proceso educativo que se construye sobre los valores propios de una cultura tradicional, compatibilizándolos con las estructuras de pensamiento de la cultura propia de la sociedad mayor. El segundo se refiere al fortalecimiento de la capacidad de decisión autónoma de las comunidades étnicas, en los aspectos relacionados con su desarrollo social y económico.

⁴³ Gros sostiene que ello formaba parte de una estrategia del Estado colombiano para relegitimarse. En un país en el que las fronteras no han sido desarrolladas, y en el que estos territorios se han dejado en manos de la colonización espontánea y la guerrilla, el Estado vio en los indígenas potenciales interlocutores con los cuales era posible construir un diálogo que reforzara la legitimidad de un Estado hasta entonces invisible. Al reconocer a las comunidades indígenas, el Estado realizaba un acto de soberanía, a la vez que, por medio del gobierno indirecto accedía al control, así fuera simbólico, de extensas zonas. Paralelamente, con la constitución de resguardos en la selva amazónica, el Estado colombiano demostró a la comunidad internacional que se encontraba comprometido con la política global de protección al medio ambiente (Gros, 1.997).

movimiento mundial que ha tenido lugar desde finales de la década de los sesenta y que continúa presentándose hoy en día⁴⁴.

1.991-1.997: el período de la hipervisibilidad de lo indígena

La Constitución de 1.991 consagra en su artículo séptimo el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana. Es la primera Constitución en toda la historia de Colombia como república en la que se hace un reconocimiento de semejante naturaleza. Hasta el momento la cuestión indígena era mirada como un asunto accesorio, un poco exótico. La nación colombiana se había acostumbrado a mirarse como mestiza, aceptaba que no era del todo homogénea, pero la heterogeneidad se analizaba como un asunto de subculturas regionales, no como una cuestión de diferencias étnicas⁴⁵. De pronto, sin que aparentemente mediara aviso alguno, lo étnico, en especial lo indígena, adquirió un protagonismo inusitado. El indígena se hizo visible, al saltar de los libros de historia a las primeras páginas de los periódicos. La presencia de tres indígenas en la Asamblea Nacional

⁴⁴ Santos explica la preeminencia que éste ha adquirido en las dos últimas décadas por la intensificación de dos factores básicos. El primero de ellos es la dialéctica entre los globalismos localizados y 108 localismos globalizados dentro del proceso emergente de un sistema mundial de producción, que busca incorporar a todo el planeta, incluso las regiones más remotas, en el proceso de acumulación de capital. Esto ha producido que muchos pueblos tradicionales hayan sufrido las consecuencias de la integración (o de los intentos de hacerlo) de sus territorios, lo cual, constituye, sin duda alguna, una amenaza para sus formas tradicionales de vida en los aspectos económicos, sociales, de organización y ejercicio del poder y la autoridad, y de resolución de conflictos, incluso, a nivel espiritual. El segundo factor es el nacimiento de una coalición transformativa, de orden transnacional, entre las organizaciones no gubernamentales indígenas y no indígenas. Estas organizaciones se han ocupado de dirigir la atención de la opinión pública internacional hacia los casos de violación de los derechos de los pueblos indígenas. Así mismo se han dedicado a presionar a las organizaciones internacionales y a los Estados nacionales para que condenen este tipo de comportamientos y exijan detener el proceso de destrucción de estas culturas a través de la adopción de medidas efectivas para protegerlas. La combinación de estos dos elementos, unida al protagonismo que han ido adquiriendo los pueblos indígenas dentro de la preocupación mundial por la protección del medio ambiente, dio un enorme impulso a las luchas indígenas. Luchas que a partir de ese momento dejaron de ser problemas locales para convertirse en asuntos transnacionales objeto de discusión en los foros internacionales. Las decisiones de los Estados nacionales sobre los conflictos generados por los pueblos indígenas existentes en sus territorios dejaron de ser, a partir de este período, un asunto totalmente interno. La opinión pública internacional, las recomendaciones de las organizaciones internacionales y hasta las consideraciones de otros Estados empezaron a contar en el proceso de toma de decisión. El peso de estos factores, lejos de disminuir, se ha ido incrementando con el tiempo. Es más, casi puede afirmarse que la posibilidad de que una causa indígena triunfe, o al menos no naufrague de forma inmediata, depende en gran medida de la capacidad del pueblo afectado de dar a conocer a la comunidad internacional su situación y de agrupar las solidaridades que con ello despierte: Santos (1.995a: 313 ss.).

⁴⁵ Véase el capítulo I de la obra *El Kaleidoscopio de las Justicias en Colombia*.

Constituyente fue el primer signo de ese cambio, luego entonces, ¿cómo se explica este fenómeno si se tiene en cuenta, además, que la población indígena no alcanza a representar el 2% de la población total?

Antecedentes al reconocimiento de lo indígena en la constitución de 1.991

El movimiento indígena en Colombia había resurgido con fuerza a partir de los años setenta, sin embargo, ni el número de sus integrantes, ni el tipo de métodos que emplearon para obtener sus objetivos, pueden explicar el reconocimiento que obtuvieron en un período relativamente corto (20 años). Quizás las razones que motivaron el cambio deben buscarse más en el ámbito internacional que en el nacional.

En primer lugar es necesario referirse a la crisis de base que desde mediados de siglo XX viene afrontando el liberalismo como sistema fundado en la existencia de un contrato que legitima el monopolio de la fuerza en manos del Estado. Este contrato se basa, a su vez, en la idea de una “verdadera naturaleza humana”, y apunta a la existencia de una comunidad homogénea en términos de racionalidad (Santos, 1.995a). Ahora bien, esta “naturaleza humana universal” empezó a ser fuertemente cuestionada. Desde el punto de vista antropológico, se ha comprobado la existencia de comunidades con racionalidades diferentes a la de Occidente. Por otro lado, desde el punto de vista epistemológico, se ha concluido que el lenguaje es contingente y es determinado culturalmente. Todo esto contraría el postulado de los liberales clásicos. La relatividad cultural se impone a medida que se acepta que la conformación de una persona depende primordialmente de la cultura en la que se desenvuelve, lo cual, hace entonces, que el liberalismo pierda los fundamentos que le permitieron afirmarse como universalista, al mismo tiempo que se diluyan los fundamentos que lo legitimaban para imponerse como cultura universal (Jaramillo, 1.996).

El segundo elemento importante es la crisis que atraviesa el sistema económico. A partir del informe Brundland y la Cumbre de la Tierra de Río, en 1.992, se comenzó a buscar un nuevo modelo socio-económico que permita el crecimiento económico, a la vez que se garantice la calidad ambiental

para las futuras generaciones⁴⁶. El nuevo paradigma, el *desarrollo sostenible*, ha encontrado sus únicos ejemplos hasta ahora en los sistemas indígenas de producción a pequeña escala, con uso múltiple de recursos, subexplotación del medio ambiente y manejo adecuado de las dinámicas comunitarias con saberes especializados del contexto biosocial. No resulta sorprendente, entonces, el interés que genera en la comunidad internacional la protección de estos grupos indígenas que son percibidos como “*guardianes verdes*”. Su existencia está asociada con la conservación de la selva húmeda tropical y los recursos que en ella se encuentran. Este interés se ha expresado en instrumentos de derecho internacional, en los cuales se consagran derechos para las comunidades indígenas que buscan garantizar las condiciones necesarias para que sus culturas continúen vivas. Los principales instrumentos han sido la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Agenda 21. Así mismo, es importante anotar que desde hace un par de años la ONU tiene un grupo especial trabajando en la elaboración de una declaración de los derechos de los pueblos indígenas.

El primero de estos instrumentos, el Convenio 169 de la OIT, se celebró en 1.989. Constituyó un cambio total en la posición de la Organización Internacional del Trabajo en materia de indígenas, pues en 1.957, con el Convenio 107, había presentado una propuesta integracionista. Colombia integró el nuevo instrumento a su legislación interna por medio de la Ley 21 de 1.991, norma que fue expedida por el Congreso cuando aún se encontraba vigente la Constitución de 1.886. Por medio de este tratado se reconoce a las comunidades indígenas como pueblos, lo que implica considerarlos sujetos colectivos de derecho que gozan de autonomía, lo que no implica la autodeterminación. Además, reconoce el derecho de estos pueblos a participar en las políticas que los afectan, participación que presupone la creación previa de unos canales adecuados de comunicación; reivindica la relación que han logrado establecer estos pueblos con el medio ambiente, y admite la importancia del vínculo entre la comunidad indígena y la tierra; por último, establece la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas antes de iniciar cualquier proyecto de explotación económica que afecte su integridad cultural.

⁴⁶ Véase al respecto Angarita (1.995).

La Agenda 21 surgió de la Cumbre de la Tierra llevada a cabo en Rio de Janeiro en 1.992, y recoge los principios que desde los años setenta se han ido formulando en materia de protección al medio ambiente y desarrollo sostenible. Sus disposiciones constituyen, más que mandatos, objetivos que deben buscarse a través de las diferentes políticas estatales. En estos se reconoce la relación histórica entre comunidad indígena y tierra, así como el valor de los saberes que estos grupos han tejido sobre los territorios en los que habitan; pretende proteger a dichos territorios de la depredación occidental, para lo cual establece en cabeza de los gobiernos el deber de dotar de autoridad a los pueblos indígenas, de manera que se les permita alcanzar el desarrollo sostenible.

Finalmente, el proyecto de declaración de derechos de los pueblos indígenas de la ONU busca reconocer a los indígenas como un actor diferente a los grupos minoritarios, los cuales se encuentran cobijados por la Declaración de 1.992. Reconoce a estos pueblos como nuevos sujetos del derecho internacional, diferentes a las minorías étnicas. Establece en cabeza de este sujeto el derecho a la igualdad, y consagra mecanismos para hacerla real. Consigna una serie de reivindicaciones específicas tendientes garantizar la autodeterminación de estos pueblos y, por último, procura la internacionalización de los acuerdos que se realicen entre estos grupos étnicos y los Estados en los que se encuentran ubicados, con miras a garantizar su cumplimiento.

Estos instrumentos han transformando los pilares de la modernidad. Es así como la categoría de sujeto, el principio de la igualdad y el interés general, han sido reformulados para atender las exigencias de la relatividad cultural. El primero, el concepto de sujeto, se ha ampliado para dar cabida a nuevos actores sociales, ya no individuales sino colectivos, tales como los pueblos indígenas. La igualdad ha sido reinterpretada, ya no desde una perspectiva formal, sino desde una visión material que impone el tratamiento diferenciado para sujetos que se encuentran en situaciones diferentes. Esta nueva lectura de la igualdad permite la *“acción afirmativa”* para lograr la equidad. Por último, el principio del interés general también se ha transformado, de modo que ya no excluye de plano los intereses particulares de los grupos minoritarios (Sánchez, 1.997). Los pueblos indígenas del mundo han sabido, de una u otra forma, aprovechar estas nuevas armas. Quizá esta sea la explicación al hecho de que desde los años setenta las luchas indígenas hayan desbordado el ámbito nacional para plantearse en terrenos internacionales.

El hecho de que estos instrumentos se hayan producido en el campo del derecho internacional a favor de los derechos de estas comunidades, no garantiza que al interior de los Estados-nación se reconozcan y protejan estos derechos. Para los Estados nacionales que albergan en sus territorios poblaciones indígenas, las nuevas concepciones en torno a los pueblos tradicionales y sus derechos no dejan de presentar toda clase de reparos y de representar una seria amenaza para las bases filosóficas y jurídicas sobre las cuales se encuentran erigidos y sobre las cuales fundan su legitimidad y poder. El reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas implica para los Estados-nación en los que habitan, la transformación de dos conceptos que han sido fundamentales en la construcción del modelo de Estado de Derecho liberal: los derechos individuales y la soberanía. En efecto, la lucha de las comunidades tradicionales por no desaparecer, por continuar existiendo como tales, implica el reconocimiento de derechos -de naturaleza fundamental- que se ubican en cabeza de la colectividad como tal y no de sus individuos independientemente considerados. Así mismo, demanda el reconocimiento de la autonomía, en sus dimensiones política, económica y jurídica, de estas comunidades⁴⁷.

La primera de estas pretensiones trae como consecuencia para el Estado el deber de adoptar una serie de medidas tendientes a lograr la efectividad del principio de igualdad material de manera que se garantice la sobrevivencia de estos pueblos, la preservación de sus culturas y la reproducción del grupo como una entidad diferente. Estas decisiones representan un gasto elevado por lo que las mismas implican, por ejemplo, el diseño e implantación de un sistema de educación que garantice el respeto de las culturas tradicionales, o la adquisición de las tierras que las comunidades requieren para continuar su forma tradicional de producción agrícola. Pero además, traen consigo un enorme costo en términos de proyectos de desarrollo de mercado, propuestos por el capitalismo. Los sistemas de producción indígenas son incompatibles con el sistema occidental. Permitir que áreas del territorio desarrollen una economía diferente a la de mercado produce una disminución, que puede llegar a ser considerable dependiendo de la cantidad de población indígena con la que cuenta el Estado, en los índices de producción nacional. Así mismo, dado que la concepción de la propiedad y del uso de la tierra de la mayoría de las comunidades indígenas no puede conciliarse

⁴⁷ Véase al respecto Sotelo (1.998: 111-136).

con los megaproyectos de infraestructura -como lo son la construcción de represas e hidroeléctricas en áreas boscosas o selváticas- ni con los grandes proyectos de explotación de los recursos naturales, cuyo ejemplo perfecto es la explotación de hidrocarburos, el reconocimiento del derecho colectivo a la supervivencia de los pueblos indígenas significa abstenerse de adelantar este tipo de proyectos en sus territorios tradicionales. Decisión que puede tener un costo demasiado alto para un Estado en vías de desarrollo.

La segunda de las aspiraciones de los pueblos indígenas presenta dificultades casi tan grandes como la primera. La autonomía que las comunidades indígenas reclaman actualmente no implica su separación de los Estados de los que hacen parte. En cambio repercute en la recuperación de las tierras ancestrales y en la capacidad de decidir el manejo de los recursos existentes en ellas, en el respeto por la organización tradicional y por la identidad cultural, así como en la posibilidad de desarrollarse de acuerdo con sus patrones culturales. La obtención de estas metas sólo es posible si se elimina el monopolio sobre la creación de leyes que detenta el Estado. En efecto, la autodeterminación de los pueblos indígenas exige que estos puedan darse sus propias normas, así como la posibilidad de hacerlas cumplir a través de sus propias autoridades. Esta pretensión ha sido recibida por los Estados-nación como un intento para crear una competencia legal interna a su tradicional facultad de dictar, de manera exclusiva y excluyente, las leyes que deben regir la vida de la nación. La autodeterminación ha sido vista, entonces como una amenaza a la soberanía del Estado (Santos, 1.995: 313 ss).

Los temores de los Estados nacionales frente a los cambios de fondo que implica el reconocimiento del derecho de las comunidades étnicas a existir como tales, explica la parca producción de instrumentos de derecho internacional para la protección de estos pueblos. Explica también las dificultades a las que se han enfrentado los grupos étnicos, y las asociaciones que los apoyan, en su lucha por el derecho a existir siendo diferentes. Ahora bien, frente a las discusiones que durante esta época se estaban dando a nivel internacional, y al interior de diversos Estados, surge el caso de Colombia: un Estado nacional en el que la cuestión indígena había ocupado un lugar modesto a lo largo de su historia reciente y donde el imaginario popular había relegado a los pueblos indígenas a grises vestigios de gloriosas razas del pasado. Es en este país donde una Asamblea Constituyente

reconoce a los indígenas el derecho a existir como pueblos, con todas las implicaciones que ello tiene, estableciendo como únicos límites –a primera vista— el principio de unidad de la república y los derechos fundamentales. Al mismo tiempo impone al Estado, y a la sociedad, una serie de compromisos y obligaciones que buscan garantizar el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. Se trata de un importante compromiso que, sin embargo, pese a su magnitud, no estuvo precedido por un proceso de discusión público sobre la conveniencia y las posibilidades de adquirirlo. Las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente sobre la cuestión indígena no se basaron en un consenso entre los diversos estamentos de la sociedad. Fueron producto de la labor de los grupos de indígenas presentes en la Asamblea, que venían construyendo una propuesta coherente desde 1.988. El trabajo de estos constituyentes y de sus equipos perseguía objetivos claros, y dada su novedad no contó con grandes opositores⁴⁸.

A esto se unieron factores más o menos circunstanciales como la simpatía generalizada que despertó la causa indígena y el apoyo que encontraron en el Movimiento 19 de Abril (Fals Borda, 1.975). Por otra parte, la premura del tiempo y la cantidad de materias que se debían analizar y decidir impidieron que los debates tuvieran la profundidad necesaria. De hecho, la adopción de los artículos referentes a los pueblos indígenas no presentó, en un principio, mayores polémicas porque al parecer no existía conciencia plena de la profundidad del cambio que las mismas representaban y de las exigencias que tal consagración plantearían en el futuro cercano.

La asamblea nacional constituyente

La Asamblea Nacional Constituyente fue convocada en 1.990, en medio de una profunda crisis de legitimidad del Estado colombiano. Una vez convocada los setenta miembros elegidos popularmente tuvieron cinco meses para elaborar una nueva propuesta de Constitución. A lo largo de este tiempo debieron abordar temas tan disímiles como los derechos fundamentales y la organización del

⁴⁸ El verdadero opositor de los movimientos indígenas fue el Gobierno Nacional, el cual, según los testimonios de Lorenzo Muelas y de Francisco Rojas, fue el responsable de que no se aprobaran en segundo debate en plenaria disposiciones que hasta el momento contaban con el apoyo de la mayoría de los constituyentes.

Estado, por lo que no es de extrañar que temas como la diversidad y el pluralismo no gozaran de una discusión verdaderamente profunda⁴⁹. Las propuestas presentadas sobre el tema, 42 proyectos elaborados por los mismos constituyentes y once propuestas recogidas de las mesas de trabajo⁵⁰, se limitaban a mencionar la necesidad de crear un estatuto especial para los indígenas sin ahondar en los puntos que este debía contener. De hecho solo tres propuestas se ocupaban a fondo del tema de la diversidad cultural: las presentadas por la ONIC y la elaborada por el movimiento Autoridades Tradicionales Indígenas.

La primera de estas organizaciones llegó a la Asamblea con dos propuestas⁵¹. La primera, *“La Colombia que queremos”*, fue elaborada exclusivamente por los indígenas con base en las discusiones que se llevaron a cabo entre 1.988 y 1.990. Se trataba, más que de un proyecto concreto, una enunciación de principios en los que debería fundarse el Estado colombiano: democracia participativa y pluralista, respeto a los derechos humanos, justicia y paz, protección al medio ambiente y promoción al desarrollo económico. La segunda, *“Tierra, Autonomía y Cultura”*, fue elaborada durante el III Congreso Nacional Indígena, este congreso se celebró en junio de 1.990 y en él se designó a Francisco Rojas Birry como el candidato a la Asamblea Nacional Constituyente, en el que se tomó conciencia del compromiso existente con los demás grupos étnicos, es decir, con los negros y los raizales⁵².

La base del proyecto era el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural del pueblo colombiano. A partir de este principio se pretendía consagrar de autonomía a las diferentes comunidades, entendida ésta como la capacidad que tiene un pueblo para definir y responder a las

⁴⁹ Las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, en las que quedaron registrados todos los debates, son prueba de esta afirmación.

⁵⁰ Las mesas de trabajo intentaron involucrar a la sociedad civil de una manera directa. En estas se recibieron las iniciativas privadas, que fueron más tarde remitidas a un centro de sistematización, donde se clasificaron y consignaron en un documento que debía entregarse a los constituyentes para su discusión.

⁵¹ La Organización Indígena Colombiana publicó este material bajo el título Derechos Indígenas en Colombia, material básico de consulta (1.995).

⁵² Los raizales son el grupo étnico que habita en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Proviene de los antiguos esclavos africanos que se mezclaron con ingleses y otros europeos. Poseen una identidad cultural muy definida, a pesar de estar amenazada por la intensa ola migratoria que desde el continente viene afrontando el archipiélago desde la década de los setenta. Por esta razón, y siguiendo la nueva filosofía interétnica de la Constitución de 1.991, la Corte avaló una ley que restringía la inmigración hacia esta zona. Véase la sentencia 0-530 de 1.993, Corte Constitucional de Colombia.

necesidades relativas al desarrollo de todos los aspectos de su vida. Por otro lado, el movimiento Autoridades Tradicionales Indígenas, que agrupa a los cabildos de Nariño y Cauca, presentó un candidato a la Asamblea, Lorenzo Muelas, quien presentó una propuesta reelaborada de manera conjunta con el sociólogo Orlando Fals Borda, elegido a la Asamblea por el M-19, basada en el cambio del concepto tradicional de “*unidad nacional*” con el fin de reconocer la existencia de la diversidad dentro de la unidad. En consecuencia se proponía aceptar la existencia de un Estado unitario con varias territorialidades. Los pueblos indígenas y los demás grupo étnicos debían contar con un régimen de autonomía en el cual se reconocían las instituciones tradicionales de cada pueblo. Este régimen debía apartarse totalmente del fijado por la Ley 89 de 1.890, que establecía un patronato y desconocía la capacidad jurídica a los indígenas.

Pese a presentar diferencias, ambos proyectos reconocían a los indígenas como parte de la nación colombiana, si bien reclamaban un territorio autónomo, articulado al país, para cada comunidad como condición *sine qua non* para mantener su existencia como grupos diferenciados étnica y culturalmente. De igual manera, los dos proyectos establecían que el ejercicio de la autonomía de las autoridades indígenas debía tener como límite a los derechos humanos. Además, coincidían en exigir la destinación de recursos del Estado a las comunidades indígenas para que éstas pudieran implementar sus propias alternativas de desarrollo y superar el estado de miseria en el que la mayoría se encontraban sumidas. La autonomía de los grupos indígenas fue justificada desde todos los puntos posibles. Jurídicamente se apeló a la existencia de convenios internacionales, suscritos por Colombia, que prohíben la discriminación y afirman los derechos de los grupos étnicos. Como razón política se aseguró que la autonomía es el fundamento de la democracia y la forma moderna de unidad nacional. También se argumentó el hecho de que los indígenas conocen, mejor que nadie, la manera de proteger el medio ambiente, por lo que no pueden estar sujetos a órdenes de las entidades estatales en esta materia. Finalmente, se aseguró que no es posible pensar en formas de auténtico desarrollo si están ligadas a formas de dependencia.

Las propuestas recibieron en el primer debate el apoyo de los constituyentes. Sin embargo, en plenaria se negaron varios puntos aceptados en las comisiones. Además, la comisión codificadora realizó algunos cambios que modificaron la esencia de lo aprobado. Los puntos más polémicos de la

discusión fueron: la propiedad colectiva de la tierra, pues se argumentó que constituía un retroceso histórico; el reconocimiento a los grupos negros y raizales de los mismos derechos de los indígenas, pues se consideró que se trataban de comunidades integradas a la sociedad mayoritaria; y, la consagración de un capítulo especial para las etnias. Asuntos como los derechos culturales, la autonomía y la creación de los territorios indígenas no afrontaron, en principio, resistencia para su aceptación. Sin embargo, se presentó un fuerte debate al momento de crear mecanismos que los hicieran eficaces. Finalmente, la aprobación de la expresión “*pueblos indígenas*” y el reconocimiento de la jurisdicción indígena no presentaron problema alguno.

El texto de la constitución

El reconocimiento de la diversidad como principio fundante del Estado no se limitó a la consagración de un principio general en el texto de la Constitución. El mismo constituyente se ocupó de consagrar una serie de disposiciones para garantizar la realización efectiva del reconocimiento y el respeto de las culturas diferentes a la de la sociedad mayor, en particular con relación a los pueblos indígenas, quienes lograron un reconocimiento mucho mayor que el obtenido por las negritudes o por los raizales de San Andrés y Providencia.

Las disposiciones constitucionales se ocuparon de dos temas, íntimamente ligados entre sí, en relación con los pueblos indígenas: sus derechos y las reglas que deben regir las relaciones entre estos, el Estado y la sociedad mayor. Ambos tópicos giran alrededor de tres principios: el respeto a la diferencia, la autonomía y, pese a la aparente contradicción, la unidad nacional. La Carta pretende garantizar la existencia de grupos cultural y étnicamente diferenciados, estableciendo para todas las condiciones para su desarrollo y reproducción, sin abandonar la pretensión de construir una única nación dentro de un único Estado: diversidad en la unidad, autonomía sin para-Estados. Sin embargo, sus disposiciones no son tan diáfanas como podría desearse. A través de ellas se plantea la tensión entre unidad y diversidad, a veces sin una fórmula que logre conciliar ambos polos. Es el legislador, entonces, quien debe hallar los caminos para traducir a la realidad los propósitos constitucionales.

Las relaciones interétnicas a la luz de la nueva constitución

La mayoría de las disposiciones consagradas en el texto de la Constitución referentes a los pueblos indígenas no son de aplicación directa. Es decir, para aplicarlas a la realidad se requiere la intervención del poder legislativo. Las políticas de esta rama del poder se han caracterizado por ser desvertebradas y por estar diseñadas desde la perspectiva occidental, lo que ha traído como consecuencia serias dificultades al momento de implementarlas en las comunidades indígenas. Curiosamente la rama judicial, que en principio debía tener un papel marginal en la elaboración de la política de la diversidad y del pluralismo, ha adquirido un papel protagónico hasta el punto en el que hoy puede decirse que los fallos de la Corte Constitucional han sido el motor en el proceso de construcción de una nación pluriétnica y multicultural.

En cuanto al trabajo del Congreso colombiano, este tiene la responsabilidad de desarrollar los principios de respeto a la diferencia y pluralismo a través de la expedición de leyes. Sin embargo, no ha sido capaz de asumir en su totalidad semejante reto. El desarrollo legislativo que se le dio a estos preceptos constitucionales durante los primeros años fue bastante modesto, siendo calificado de decepcionante por parte de las organizaciones indígenas⁵³. Aunque a partir de 1.994 se incrementó sin llegar a colmar las expectativas de las comunidades y organizaciones indígenas.

Durante el período comprendido entre julio de 1.992 y diciembre de 1.997, el Congreso produjo 410 leyes. De estas, 18 se refieren, directa o indirectamente, al tema de las comunidades indígenas. En líneas generales puede decirse que el desarrollo que el Congreso ha efectuado de la Constitución en materia de protección y promoción de la diversidad étnica y cultural no ha sido coherente. Pese a la presencia de dos senadores indígenas, la mayoría de las normas que se ocupan del tema indígena han sido elaboradas desde el punto de vista occidental. De esta manera se tienen normas que no pueden ser aplicadas pues su contenido no se ajusta en lo más mínimo al orden social que poseen los pueblos indígenas, o peor aún, normas que al ser aplicadas generan rupturas y enfrentamientos al interior de las comunidades.

⁵³ Véase, Organización Indígena de Colombia, 1.995

La mayoría de las leyes aprobadas se ocupan de satisfacer las necesidades de la sociedad en general, y abren un capítulo aparte para los indígenas, aunque casi todas regulan su situación con los mismos parámetros que emplean para la población marginada. Sin embargo, debe resaltarse los intentos por desarrollar la participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones. Si bien los consejos en los que tienen representación cumplen funciones de asesoría, y no profieren conceptos vinculantes, por primera vez se tiene en cuenta la opinión de las comunidades tradicionales en un nivel tan alto. Quizás el principal reparo que puede hacerse de tal tendencia es el hecho de que no se ha tenido en cuenta que el concepto de participación manejado por las comunidades étnicas puede resultar diametralmente opuesto al de la sociedad mayor. Esta observación es igualmente válida para los intentos por promover el desarrollo de los pueblos indígenas.

Con respecto al desarrollo de los principios constitucionales por parte del gobierno, este tampoco ha sido capaz de responder a cabalidad al reto que plantea la Constitución Política pues su papel en el desarrollo de la nueva Constitución ha sido confuso. Las líneas de acción que desde la administración central se han planteado se limitan a hablar de respeto a los derechos de los indígenas y de la necesidad de desarrollar los mandatos constitucionales, pero no plantean cómo hacerlo. En realidad no puede hablarse de una verdadera política indigenista, ya que cada agencia actúa de acuerdo a sus prioridades pues los mandatos gubernamentales son tan amplios que permiten cualquier interpretación. No es raro, por lo tanto, que se presenten enfrentamientos entre ministerios ante problemas concretos en los que se ven involucradas comunidades indígenas. En cuanto a los planes y programas de desarrollo elaborados por el gobierno, estos contemplan la “*variable étnica*”, pero desde una perspectiva generalizante, es decir, se refieren a los indígenas como si fueran una comunidad más o menos homogénea, sin reconocer la enorme diversidad que puede hallarse entre las aproximadamente 81 etnias existentes en el territorio colombiano. 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 legalmente⁵⁴, sin preguntarse si las condiciones sociales y culturales de cada comunidad lo permiten.

Este propósito estatal exige la construcción de canales de comunicación que permitan establecer una verdadera relación entre el Estado y las autoridades indígenas, para lo cual se han empleado diversas estrategias. Una de ellas ha sido la creación de resguardos dentro de los cuales la población indígena está organizada en cabildos donde la autoridad recae en cabeza de un gobernador elegido democráticamente. De esta manera, el Estado cuenta con un interlocutor fijo, evitando el engorroso problema de ubicar a la autoridad en comunidades que tienen una organización tradicional de tipo descentralizado. La imposición de este sistema ha generado problemas al interior de los grupos que habitan en la selva y en la región de los llanos, pues su organización tradicional se caracteriza por la ausencia de una autoridad central. En grupos, como los u'wa, se ha fraccionado el poder al interior, de manera que los ancianos detentan la autoridad mágico-religiosa, y los jóvenes, que hablan adecuadamente el castellano, manejan las relaciones con los colonos y con las autoridades estatales.

Otra estrategia ha sido la de establecer una agencia gubernamental que canalice las relaciones Estado-etnias. De acuerdo con la Ley 52 de 1.990 y el Decreto 2035 de 1.991, es la Dirección General de Asuntos Indígenas, dependencia del Ministerio del Interior, la encargada de definir y proponer la política en materia indigenista previa concertación con las comunidades indígenas. También es la responsable de promover acciones para que las comunidades indígenas sean debidamente atendidas por el gobierno y tenidas en cuenta en el presupuesto nacional, y la de ejercer la representación legal de los miembros de las comunidades para que las autoridades del

⁵⁴ Según el Plan Nacional de Desarrollo de 1.994-1.998: "la política para los pueblos indígenas estará orientada a consolidar los derechos reconocidos en la Constitución Política de 1.991, relativos a su participación en la vida nacional y la toma de decisiones que los afectan. Para este efecto, se impulsará la conformación de entidades territoriales indígenas, la culminación de la legalización y el saneamiento de las tierras indígenas y la participación en los programas de desarrollo humano sostenible". El programa agrega que: "los representantes de los pueblos indígenas participarán en la evaluación del impacto ambiental de los proyectos de desarrollo que afecten los territorios y las culturas de sus comunidades. De igual modo, se estudiarán y aplicarán las tecnologías y conocimientos desarrollados por las poblaciones indígenas y se impulsarán sus iniciativas de preservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los recursos en sus territorios". En lo concerniente al "*reordenamiento territorial*", el plan prevé acciones "para la capacitación de las autoridades indígenas en las áreas básicas de gestión pública".

Estado respeten y protejan su integridad y autonomía cultural. La dirección, sin embargo, no ha podido cumplir cabalmente su misión de intermediación. Tras la Constitución Política de 1.991 las organizaciones indígenas reclaman para sí ese papel y se han presentado roces entre éstas y la dirección que han llevado al rompimiento de relaciones entre la agencia y la ONIC⁵⁵. Así mismo, algunas comunidades pretenden liberarse de intermediarios y trabajar directamente con las autoridades. Como conclusión puede decirse que la aplicación de la “*política gubernamental*” se ha traducido en enfrentamientos entre las diferentes agencias, ausencia de líneas de acción frente a los problemas que se presentan y, por supuesto, improvisación. Así mismo las relaciones entre las comunidades y las organizaciones indígenas y las agencias gubernamentales son difíciles, pues se basan en la mutua desconfianza.

El desarrollo del principio de respeto a la diversidad a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Ante la baja productividad del legislativo y las contradicciones internas del ejecutivo, los jueces -en particular la Corte Constitucional- han asumido un papel protagónico en la fijación de las reglas de juego en las relaciones interétnicas. Este tribunal fue la primera instancia oficial en desarrollar y aplicar los principios constitucionales en un caso concreto, en 1.992, cuando ninguna de las otras ramas del poder público había tomado conciencia de lo que implicaba el artículo 7 de la Constitución Política. Desde ese momento las decisiones judiciales, provenientes de la acción de tutela y de la acción de inconstitucionalidad, han sido el motor de la política indigenista del Estado. Es más, Congreso y Gobierno Nacional ciñen sus leyes y decretos a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y esperan en cada nuevo caso, luces para enfrentar situaciones complejas sobre el tema. En este campo la tutela ha sido la acción más empleada. De 26 fallos en los que se analizan problemas relativos a la diversidad⁵⁶, sólo cuatro corresponden a acciones de inconstitucionalidad.

⁵⁵ En el documento “*A cinco años de la Constitución... por la autonomía, la cultura y el territorio*”, la ONIC la acusa de desconocer a las organizaciones indígenas, de pretender suplantar a los pueblos indígenas en su vocería ante las instancias públicas y privadas, y de impedir que las comunidades manifiesten su negativa dentro de la consulta que debe hacerse antes de iniciar un proyecto de explotación de recursos naturales en su territorio.

⁵⁶ Sentencia T-380 de 1.993. M. P.: Eduardo Cifuentes. Corte constitucional (1.993).

Resulta sorprendente que un instrumento como la tutela, diseñado para defender derechos fundamentales en casos concretos, se haya convertido en el instrumento para fijar las líneas de acción de todo un Estado frente a unos grupos disímiles entre sí. A través de la acción de tutela se ha ampliado la categoría de sujeto de derecho y se ha reconocido la naturaleza fundamental a derechos que hasta el momento se consideraban colectivos, pertenecientes a los derechos de segunda y tercera generación.

Este camino de construcción de las relaciones entre el Estado, la sociedad y las comunidades indígenas, presenta sus riesgos e inconvenientes. En primer lugar, las decisiones cambian dependiendo de los magistrados que las estudian y de las particularidades de cada caso. Pero tampoco debe perderse de vista el hecho de que los fallos de tutela tienen un efecto interpartes: no existe obligación de las autoridades de aplicar la misma decisión a otro caso. Por otro lado, no es tarea del juez fijar políticas, por lo tanto sus pronunciamientos no cubren, casi nunca, las expectativas que se generan en torno a ellos. Finalmente, algunos antropólogos critican el papel de la Corte al calificar como etnocéntricas las sentencias producidas hasta el momento. Una de las más duras críticas ha sido Esther Sánchez Botero, quien afirma que la Corte no ha sido neutral frente a las diversas concepciones culturales. Considera que las sentencias han sido construidas desde la lógica occidental, de manera que no han analizado el efecto que generan los derechos que se reconocen a las comunidades indígenas dentro de sus propias racionalidades. Incluso, afirma, que la tutela no es más que un instrumento que la sociedad mayor emplea para facilitar la integración de los pueblos indígenas: los indígenas son orientados a redefinir sus creencias, razones y motivaciones en términos tales que sean comprensibles a la cultura occidental, abandonando la lógica que es inherente a sus culturas, por lo cual, se genera dependencia, pues coloca a las etnias no como actores protagónicos en la lucha por defender sus derechos, sino como receptores de unos derechos dados por la sociedad mayor. Como si lo anterior fuera poco, el juez valora y cuantifica todos los perjuicios en términos materiales, lo que produce desorganización social al interior de las comunidades debido a las expectativas creadas en el orden material. Estas críticas pueden tener parte de verdad. Sin embargo, lo cierto es que ante los jueces constitucionales es que se han librado las más importantes batallas para definir las reglas que deben guiar las relaciones entre las etnias indígenas y la sociedad mayor. Es en este campo donde los indígenas han logrado, a partir de la

nueva Constitución, las mayores victorias en el camino a su reconocimiento como pueblos con su derecho a ser diferentes.

Las reglas del juego. A través de sus sentencias, la Corte Constitucional ha ido estableciendo los cánones a los que deben ceñirse las relaciones interétnicas tras la nueva Constitución.

La identificación del indígena

El primer gran interrogante que surge en cualquier relación es el de conocer a la contraparte. Los primeros pronunciamientos de la Corte se referían a las comunidades indígenas como grupos minoritarios, reconocidos y protegidos por la Constitución, pero sin ahondar demasiado en el asunto. La Corte ha sido constante en considerar a la comunidad indígena como un sujeto colectivo autónomo, titular de derechos fundamentales, los cuales se radican y predicen del grupo, que aparece dotado de singularidad propia. De acuerdo con la nueva Constitución, “la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser un sujeto que tiene derechos y puede contraer obligaciones”⁵⁷. Esta nueva persona posee sus propios derechos fundamentales que no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos, ni con los de sus miembros individualmente considerados. Derechos que tienen que ver con la existencia de las condiciones necesarias para que la comunidad pueda continuar existiendo como un grupo diferente de la sociedad mayor, y que dado su carácter de fundamental son susceptibles de ser protegidos a través de la acción de tutela. Las siguientes sentencias de tutela de la Corte Constitucional son un buen ejemplo del reconocimiento de derechos fundamentales colectivos en cabeza de los pueblos indígenas: T-001 de 1.994, M. P.: José Gregorio Hernández; T-496 de 1.996 M. P.: Carlos Gaviria (Sánchez, 1.997: 39). Sin embargo, la definición de lo que es pertenecer a una etnia, y por lo tanto ser calificado como indígena, tuvo que esperar hasta 1.994 cuando se demandó la constitucionalidad de la Ley 48 de 1.993. Esta ley exime de la prestación obligatoria del servicio militar a los indígenas que conservan sus prácticas culturales y que residen con su comunidad. El demandante, un

⁵⁷ Los 26 fallos fueron producidos en el periodo comprendido entre 1.992 y el primer semestre de 1.997.

indígena que residía en la ciudad, consideró que tal disposición significaba una verdadera sanción para aquellos indígenas que, por motivos ajenos a su voluntad, no residieran en su territorio, o no conservaran intactas sus prácticas tradicionales. En su concepto, es el Estado el responsable de la vinculación forzosa de estos individuos a la sociedad occidental, pues a través de sus políticas de reforma agraria y de impulso a la colonización, ha despojado de las tierras a muchas comunidades indígenas, obligando a sus miembros a procesos intensos de aculturación.

Esta demanda fue estudiada por la Corte, en la sentencia C-058 de 1.994. En esta ocasión el juez constitucional se preguntó si las exigencias de vivir en el territorio y conservar la integridad cultural, social y económica para efectos de eximir del servicio militar a los indígenas, violaban la cultura e identidad étnica que la Constitución protege. Para responder a este interrogante se consideró que la protección que brinda la Carta a los grupos étnicos minoritarios no tiene como objetivo a los miembros de estos grupos, individualmente considerados, sino a la comunidad étnica. Considerada esta como un sujeto con personería jurídica, titular de ciertos derechos fundamentales. Para la corporación judicial la ley objeto de estudio tiene como fin garantizar la protección a los pueblos indígenas, en su condición de grupo minoritario, pues el sustraer durante un año a un indígena de su comunidad para que cumpla con los deberes militares, es considerado una posible amenaza a la conservación y existencia de estos grupos humanos. Era entonces razonable que el legislador eximiera a los indígenas de cumplir con el deber constitucional de prestar el servicio militar.

Esta exención, sin embargo, está condicionada a que el indígena sea efectivamente miembro de una comunidad diversa a la sociedad mayoritaria. Por ello la ley exige que el individuo beneficiado con la excepción cumpla dos requisitos con los que se busca que sean efectivamente sólo los indígenas que vivan como tales y dentro de su comunidad los cobijados por la norma. Lo contrario sería vulnerar el derecho a la igualdad de los demás colombianos. En consecuencia, la disposición legal fue declarada constitucional. Esta decisión implica que para ser indígena, en Colombia, se requiere de dos condiciones: conservar las prácticas y costumbres ancestrales; y, no separarse ni de la comunidad ni del territorio que tradicionalmente se ha ocupado. Dentro de esta lógica, si un indígena abandona el territorio que tradicionalmente ha ocupado su comunidad y se integra a la sociedad nacional, pierde el derecho a ser tratado de una manera especial.

Este fallo se basó en una serie de equívocos. En primer lugar, partió de considerar a los indígenas como un fenómeno rural desconociendo que existen comunidades como algunos grupos embera-chamíes que residen en barrios urbanos⁵⁸. En segundo lugar, identifica el abandono del territorio y de la vida en comunidad con la integración al mundo occidental, cuando si bien la relación con la tierra es importante para todas las culturas amerindias, algunas de estas han desarrollado mecanismos de adaptación que permiten a sus miembros preservar su identidad así vivan dentro de una comunidad occidental, un ejemplo son los wayuu, que aunque vivan en la ciudad se envían entre ellos “*la palabra*”, es decir, que continúan acudiendo a los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos⁵⁹. En tercer lugar, desconoció los lineamientos que ha establecido el derecho internacional en materia de identificación de los pueblos indígenas⁶⁰, según los cuales lo que fija la pertenencia a un grupo étnico son factores objetivos como la religión, la lengua y factores subjetivos tales como la conciencia y la voluntad de permanecer en un grupo que se reconoce como diferente. Pero quizás el principal error de la Corte es el que en esta ocasión fue incapaz de ver la realidad, de romper con el modelo de indígena que la sociedad occidental ha construido: un ser alejado de la sociedad mayor, que habita en regiones de difícil acceso, que viste de un modo característico y que actúa de acuerdo a una lógica incomprensible para quienes piensan desde una racionalidad occidental.

La decisión no fue unánime. Se opuso el magistrado Eduardo Cifuentes quien en su salvamento de voto sostuvo que exigir la residencia a un indígena en un determinado territorio para eximirlo del servicio militar viola los derechos a la igualdad y de las minorías. Consideró que el territorio es un elemento aleatorio, por lo que la ley priva a miembros de las comunidades indígenas de un beneficio al que tienen derecho sin que exista un fundamento objetivo y razonable. Esta posición cobra valor en la medida en que hacia el futuro permite la revisión de la postura adoptada por la Corte.

⁵⁸ “*La Revolcadera de los Jal*”. Este artículo refleja la existencia de comunidades embera-chamíes en las ciudades que conservan sus prácticas y creencias tradicionales, al tiempo que mantienen fuertes vínculos con las comunidades rurales (Tomás Bolaños, 1.997).

⁵⁹ Véase el convenio 169 de la OIT.

⁶⁰ Véase el Convenio 169 de la OIT

Relación entre el Estado y los pueblos indígenas.

El artículo primero de la Carta consagra el pluralismo como uno de los pilares axiológicos del Estado Social de Derecho colombiano, mientras que el artículo séptimo afirma que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Para la Corte este reconocimiento no puede entenderse como una consagración retórica, sino en función de los fines y obligaciones estatales⁶¹. En consecuencia, ha reinterpretado el papel del Estado a la luz de las exigencias del pluralismo, imponiéndole una serie de deberes. Es así como debe garantizar a estas comunidades, entre otras cosas, el respeto a sus cosmovisiones, las condiciones necesarias para que su cultura y su forma de vida puedan desarrollarse y el derecho a la propiedad sobre sus tierras -que en su caso reviste el carácter de fundamental (Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1.992, M.P.: Ciro Angarita B)-, así mismo está obligado a optimizar las posibilidades de autorrealización de estos pueblos⁶². Sin embargo, la Constitución adolece de una fuerte contradicción interna. El Estado que consagra es democrático, participativo y pluralista, pero a la vez está fundado en el respeto de un único concepto de dignidad humana: la solidaridad y la prevalencia del interés general frente al particular. La Carta, como se anotó con anterioridad, no trae una fórmula para resolver la gran pregunta: *¿qué significa la pluriétnicidad y la multiculturalidad dentro de una república unitaria?*

Hasta el momento no se ha encontrado una respuesta. La Corte ha ido tejiendo una teoría de las relaciones interétnicas a partir de los casos que ha estudiado, sin embargo, los hilos son con frecuencia lanzados en diferentes direcciones lo que hace imposible concluir el tapiz. Si bien en el plano general todas las sentencias coinciden en señalar la importancia del artículo séptimo de la Constitución Política y los deberes que de tal condición se derivan, a la hora de solucionar casos concretos en los que se enfrentan claramente los intereses de la sociedad mayor y de la colectividad indígena se presentan toda clase de posiciones. La alta corporación ha analizado lo correspondiente al respeto a las cosmovisiones indígenas, el manejo del interés general, la participación y la

⁶¹ Véase, por ejemplo, la sentencia T-567 de 1.992, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1.992, MP.: Ciro Angarita E.

⁶² Así lo dispuso la Corte Constitucional al ejercer el control automático sobre el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas suscrito en Madrid el 24 de julio de 1.992 y de su Ley aprobatoria 145 de 1.994. Sentencia C-104 de 1.995, MP.: Hernando Herrera.

autonomía en sus dimensiones jurídica y económica. No obstante aún son muchos los temas en los que no se ha presentado un caso que permita a la Corte sentar doctrina. En consecuencia, son muchos los espacios que aún continúan en blanco.

Respeto efectivo a la identidad cultural

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución significó el abandono de cualquier política asimilacionista por parte del Estado colombiano, es decir, que éste renunció a su pretensión de crear una sociedad homogénea mediante la supresión de las especificidades de los miembros de los pueblos indígenas. También debería implicar la renuncia a los intentos integracionistas, es decir, a la búsqueda de una unidad social construida sobre la igualdad jurídica de acuerdo a la cual todos los individuos son iguales sin que cuenten las consideraciones étnicas. La consagración constitucional de este principio no tuvo, sin embargo, un efecto mágico. Pese a la promulgación de la nueva Carta las prácticas tradicionales del Estado no desaparecieron, ni se borraron las normas que durante más de un siglo rigieron las relaciones entre el Estado y las etnias. La Corte entró en este punto a cumplir un papel interesante, pues por medio de la judicialización de ciertos conflictos inyectó los principios constitucionales a la cotidianidad de las relaciones interétnicas. Sin embargo no todos los fallos logran transmitir un mensaje de respeto por la diferencia y relatividad cultural. En algunos se observa un marcado proteccionismo, así como la tendencia a medir el nivel de calidad de vida y de bienestar por medio de los parámetros occidentales.

El caso nukak makú

Uno de los fallos más importantes en relación al respeto por la diferencia fue el producido con ocasión del caso de los *nukak makú*. Este grupo es una comunidad nómada de cazadores y recolectores que ocupa parte de la Amazonia. Su existencia era oficialmente desconocida hasta 1.988, cuando un grupo de 40 de estos indígenas hizo su aparición en un pueblo de colonos. Sin

embargo, parece que desde mediados de la década de los sesenta esta etnia había empezado a tener contactos con los habitantes mestizos de la zona. Desde esa época la Asociación Nuevas Tribus de Colombia -ANTC-, organización de orientación evangélica, había sostenido contacto permanente con algunos clanes, estudiando su lengua y su cultura. En el momento en que se interpuso la acción de tutela ésta asociación había construido un campamento permanente en la zona, donde prestaba servicios de salud, realizaba estudios lingüísticos y culturales, y adelantaba una labor de proselitismo religioso. La acción de la ANTC incluía la enseñanza de la agricultura y el establecimiento de los diferentes grupos nukak con los que tenía contacto, en núcleos permanentes.

La tutela fue instaurada por dos personas no indígenas que actuaron como agentes oficiosos de la comunidad. Los demandantes argumentaban que el grupo indígena se encontraba en peligro de desaparecer física y culturalmente debido a los contactos interculturales con un organismo cuya acción necesariamente trae consigo la pérdida de la identidad indígena. Aseguraban que los misioneros evangélicos habían introducido concepciones religiosas y prácticas cotidianas que atentaban contra la esencia de la identidad cultural de los nukak. En particular les preocupaba la supresión de la medicina tradicional, lo que implicaba la redefinición de la cultura, así como la agrupación de los indígenas en asentamientos más o menos permanentes. En concepto de los accionantes, establecer núcleos de este tipo contribuye a la difusión de enfermedades respiratorias y gastrointestinales. Argumento que sostuvieron con varios trabajos que se habían desarrollado en casos similares en Brasil⁶³.

La ANTC se defendió argumentando que gracias a su labor, el grupo nukak makú existía, pues por su acción pacificadora los colonos no habían eliminado a un pueblo al que consideraban salvaje y peligroso. También aseguró que los contactos que habían tenido con la etnia se habían desarrollado de una manera pacífica y respetuosa de su identidad cultural: los misioneros aprendieron lentamente la lengua y la lógica del grupo y, con estas bases, habían iniciado el proceso de evangelización procurando no causar traumatismo a sus pupilos. La asociación sostuvo, en los alegatos que

⁶³ Los demandantes citan, entre otros, el trabajo de Gilio Brunelli: "*De los espíritus a los microbios*", elaborado en 1.984. Investigación que se efectuó con la etnia zoro en la Amazonia brasileña. Véase sentencia T-342 de 1.994, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

presentó ante la Corte, que su presencia había sido aceptada y agradecida por los nukak; como prueba presentaron una grabación en la que un hombre, a quien presentaban como líder de uno de los clanes, daba el visto bueno a la presencia de los misioneros. Es necesario interrogarse sobre la idoneidad del líder de un clan específico, para representar a toda la etnia. Más aún cuando entre los nukak makú el liderazgo rota constantemente.

El caso planteaba dos conflictos: el primero, presentado por los demandantes, giraba alrededor de los contactos interculturales. Básicamente la pregunta que se planteaba es si estas relaciones deben limitarse con el fin de preservar intacta una cultura indígena, o si por el contrario se justifica la relación con miras a mejorar la calidad de vida de los indígenas; el segundo que fue el considerado por la Corte, se desarrollaba en torno al control y la protección que deben ejercerse sobre un grupo étnico que aparece sorpresivamente dentro del territorio nacional, ¿puede una organización no estatal ejercer dichas funciones sin estar bajo la supervisión del Estado colombiano? En efecto, el juez constitucional percibió el asunto más como un problema de libre desarrollo de la personalidad que como un problema de respeto a la diversidad. Partió de considerar a los indígenas como seres racionales con la libertad de conocer y escoger nuevas alternativas para elaborar y seguir su plan de vida. En consecuencia, no consideró dañino el contacto con los misioneros evangélicos siempre y cuando no existiera violencia o engaño. Además, en últimas, consideró el asunto como un problema político, preguntándose si quien debe ejercer control sobre el grupo recién “descubierto” es el Estado o una asociación religiosa.

El primer paso de la Corte en su análisis fue intentar aproximarse a un grupo que le era del todo desconocido. Para ello recurrió a la poca información existente, la cual provino de la asociación demandada y de estudios realizados por antropólogos de la Universidad Nacional y del Ministerio de Gobierno. Trabajos que presentaban una etnia nómada cuyas principales características son la agrupación en pequeñas bandas, así como la ausencia del concepto de propiedad privada. Así mismo, coincidían en anotar que este pueblo se hallaba en peligro de desaparecer a causa de la acción de los colonos. Estas personas no sólo invadieron los territorios del grupo, también han diezmado a sus miembros y, de manera involuntaria, les han transmitido enfermedades para las cuales los organismos de los indígenas no han desarrollado defensas naturales.

A continuación, la Corte analizó el papel del Estado frente a la diversidad, el cual está llamado a protegerla de las amenazas, en este caso, por parte de los colonos. Esta obligación se desprende del texto de la Constitución, del derecho internacional (Convenio 169 de la OIT) y de la legislación interna. Es pues un deber jurídico que, al parecer, no inmiscuye a la sociedad civil, ya que en ningún momento se hizo mención de la misma. Según la corporación judicial la protección a los grupos indígenas está ligada a la protección del medio ambiente. Se consideró que las comunidades indígenas son un recurso humano que se estima parte integral del ambiente, pues ocupan zonas de ecosistemas excepcionales que deben conservarse como patrimonio cultural y natural de la nación. El proteger a los aborígenes garantiza, por ende, proteger al ambiente.

En cuanto a la acción evangelizadora del ente demandado, la Corte la consideró aceptable, pues el indígena es un ser humano dotado de capacidad de raciocinio y al que se le debe permitir conocer diversas opciones de vida. Sería violatorio de su autonomía negarle el acceso a nuevos conocimientos si estos le ayudan a elegir su propio destino. Por lo tanto, según la Corte, la acción de la ANTC no vulneraba el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando no incurriera en violencia o engaño. Más adelante será justamente ese el punto en el que se fundamentará la concesión de la tutela: del informe del Ministerio de Gobierno se permite inferir que los misioneros impusieron, aprovechando su manejo del idioma y su calidad de prestatarios de los servicios médicos, sus doctrinas religiosas coaccionando la voluntad de los indígenas.

La Corte consideró que en virtud del principio de igualdad material, debe dispensarse un trato especial a los nukak -respetando su idiosincrasia y su diferencia cultural- de modo que el Estado está en la obligación de atender de manera preferencial las necesidades primarias insatisfechas de esta comunidad. En particular en lo referente a salud. Esto indica que se consideró a esta comunidad como un grupo vulnerable, dadas las condiciones de pobreza en las que vive. Finalmente, se afirmó que la preservación cultural de una etnia no implica que el Estado se limite a evitar que tenga contacto con la sociedad mayor para conservar su pureza cultural. El Estado está en el deber de atender las condiciones que exige la dignidad humana (entendida desde los parámetros occidentales), por lo tanto debe prestar los servicios médicos que la comunidad requiera. Igualmente esta prestación se puede dar por medio de particulares, siempre y cuando estén bajo la

supervisión estatal. Frente al argumento presentado por los accionantes, según el cual las prácticas occidentales de medicina influyen en la cosmovisión del grupo, la Corte aseguró que no se corría tal riesgo. Afirmación que no justificó. Ante todo, consideró, se debe salvar la vida de los indios por encima de cualquier concepción de respeto a la diversidad. A lo largo de esta sentencia primaron los argumentos políticos. La decisión se tomó atendiendo, básicamente, dos consideraciones: la primera apuntó hacia el papel del Estado como el protector legítimo de las comunidades débiles y el responsable de guardar la diversidad cultural y étnica. La segunda hizo referencia al problema de la soberanía, que aunque no se plantea directamente, permea todo el discurso. El problema de fondo, que permite entender la decisión, es el hecho de que un ente no estatal se encuentra ejerciendo poder de manera autónoma sobre una comunidad que se encuentra en el territorio nacional.

La tutela fue concedida a favor de los indígenas, pues la ANTC no estaba cumpliendo la condición de permanecer sujeta al control estatal. En este fallo el asunto de la diversidad cultural recibió un curioso tratamiento. Aunque la Corte se interesó por la cultura nukak y buscó información sobre la misma, nunca abandonó la concepción occidental de dignidad humana, que consideró universal. Paradójicamente aceptó la existencia de una comunidad que posee una filosofía especial basada en su nomadismo, pero consideró la situación de sus miembros bajo los mismos parámetros que a los integrantes de la sociedad mayor. Pese a que se concedió la tutela y se ordenó al Ministerio de Gobierno —División de Asuntos Indígenas— y al Ministerio de Salud controlar las actividades de la ANTC, esta sentencia ha sido fuertemente criticada. En particular se señala que fundamenta la protección de los derechos fundamentales de los indígenas en consideraciones prevalentes con el derecho ambiental y no, como es lo deseable, con el valor intrínseco de la diversidad. (Angarita, 1.999).

La inconstitucionalidad del término “salvaje”

El segundo fallo importante en materia de respeto a las cosmovisiones es la sentencia C-139 de 1.996, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria, en la que se declaró inconstitucional el artículo primero de la Ley 89 de 1.890, entre otros. El texto de la norma es el siguiente: Artículo 1, “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 estas incipientes sociedades deben ser gobernadas.

Contrario a lo que podría esperarse no fue un individuo, ni una comunidad, ni una organización indígena, quien demandó esta norma, fue un grupo de personas pertenecientes a la sociedad mayor.

La intervención de la ONIC en el proceso apuntó hacia la defensa de la ley. En el memorial presentado por el secretario general de la organización, se afirma que la Ley 89 debe ser considerada como una conquista de los pueblos indígenas de Colombia “por cuanto ha representado la posibilidad de conservar una legislación propia, conforme a los usos y costumbres indígenas, y de poseer tierras comunales bajo la figura del resguardo”. En consecuencia para la ONIC, la demanda representaba una amenaza contra los logros de los indígenas en su lucha por el respeto a la diferencia. En concepto de esta organización, que reclama para sí el papel de representante de todas las comunidades indígenas, no importa cuál sea la denominación que reciban los miembros de las comunidades, siempre que se les respete su derecho a ser diferentes y a gobernarse por medio de sus propias autoridades.

El fallo de la Corte desconoció los argumentos de la organización. La corporación dio importancia a los términos empleados por las leyes para referirse a las comunidades indígenas, pues a través de los mismos se otorga reconocimiento al valor de los pueblos indígenas y a su derecho a ser diferentes. En consecuencia los términos “*salvajes*” y “*reducción a la civilización*”, se declararon inconstitucionales, pues su uso desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural. Se aclaró, eso sí, que la declaración de inexecutable de esta norma no implicaba la desaparición de la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas de dictar sus propias normas y procedimientos dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley. La autonomía fue ratificada como un derecho de los pueblos indígenas, siempre que se respeten unos límites mínimos impuestos en consideración a su pertenencia a una república unitaria. Con relación a este punto la sentencia se basó en el análisis del conflicto que surge entre los principios de diversidad étnica y cultural por un lado, y la unidad

política y la protección de los derechos fundamentales por el otro. La Corte afirmó que: existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal (Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1.994. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Al estar presentes ambos principios en la Carta es necesario que el intérprete asuma una posición que permita conciliarlos. En consecuencia la Corte optó por no adoptar ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional. En su concepto, si bien la Constitución parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural, este principio no es absoluto, pues se encuentra sometido a las limitaciones impuestas por los demás preceptos constitucionales.

Claro está que no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre el principio de diversidad. Existe un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de ley, pues al afectarlo se pondría en peligro la preservación de la diferencia cultural. Una limitación de este tipo sólo puede estar justificada cuando se funda en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. En otras palabras, las comunidades indígenas tienen el derecho colectivo a mantener su singularidad cultural. Este únicamente puede ser limitado cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de sus miembros, que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad. Es necesario, en consecuencia, construir un nuevo paradigma interpretativo fundado en la equidad, para aquellos casos en que la diversidad étnica y cultural se encuentre enfrentada a otros principios cuya jerarquía es considerada superior. En este punto la Corte no quiso especificar cuáles son esos principios que deben primar sobre el reconocimiento de la diversidad. Tal vez porque no es posible fijarlos de una manera a priori y sólo en cada caso concreto pueden determinarse, consideró que no era su papel hacerlo. En todo caso este es el punto clave para el diseño de las políticas estatales y la resolución de conflictos. La ausencia de una regla clara ha sido señalada como una falla en la jurisprudencia por parte de las

autoridades que hubieran preferido un pronunciamiento explícito. Sin embargo los indígenas, sus organizaciones y quienes se consideran sus defensores, han sabido moverse en esta zona gris, siempre en busca de restringir al máximo los límites a su autonomía.

En concordancia con lo expuesto, al entrar a estudiar la norma demandada, la corporación la declaró inexecutable: se trata de una ley basada en una concepción etnocentrista, que considera a quienes no son partícipes del conjunto de valores prevaleciente en el país como personas disminuidas psíquicamente, urgidas de un tratamiento paternalista. Tal actitud, que niega la validez de otras formas de ver, entender y actuar en el universo es incompatible con la filosofía pluralista y el derecho a la igualdad que es base de la actual Constitución. Por otro lado, la Corte afirmó el autogobierno indígena, que sólo puede ser limitado por las disposiciones legales expedidas en concordancia con la Constitución. Ni el Gobierno Nacional ni las autoridades eclesiásticas pueden intervenir en la esfera del gobierno indígena. Aquí se hizo referencia a la evolución que han tenido las leyes al tratar este tema, reiterándose que no se ha hecho cosa diferente que abrir posibilidades a los indígenas de asumir la conciencia de su propia identidad, y de concederles autodeterminación y autogobierno. Este fallo significó que, al menos en el plano normativo, los indígenas han dejado de ser considerados como seres incapaces de tomar la dirección de sus vidas. Se les reconoce como personas con una racionalidad diferente, pero tan válida como la occidental, que exige que se les brinde las condiciones necesarias para su desarrollo. Constituyó el rechazo al paternalismo y la reivindicación de los pueblos indígenas a determinar sus propias formas de gobierno y jurisdicción.

Las dos sentencias analizadas en esta sección difieren profundamente, pero tienen un elemento en común: en las dos se presupone la pertenencia de los indígenas a la nación colombiana. Son una parte viva de ésta que necesariamente debe relacionarse, de algún modo, con el Estado y la sociedad mayor. Podría decirse que no es justo que se obligue a estos grupos minoritarios a entablar relaciones que los llevarán necesariamente a modificar sus cosmovisiones y a perder parte de su tradición cultural. Sin embargo, debe recordarse que la mayoría de estos grupos han tenido contacto, y fuerte, con la sociedad mayor. Incluso los grupos que habitan en la selva han experimentado la acción de colonos, misioneros y, en menor medida, de las autoridades. Los fallos

de la Corte sólo buscan que esas relaciones, inevitables ya, se desarrollen dentro de un marco que no implique la destrucción de los más débiles.

La autonomía económica

La autonomía económica de los pueblos indígenas está compuesta por dos elementos, implica tanto el derecho que tiene cada comunidad indígena de determinar autónomamente sus prioridades económicas y los métodos más adecuados para llevar a cabo su desarrollo, como la posibilidad de dedicarse a otras actividades si así lo desean. Según el derecho internacional los pueblos indígenas tienen el derecho de decidir libremente sus objetivos prioritarios en materia de desarrollo económico y el derecho de ser consultados por lo menos durante la etapa de elaboración de los programas que los afectan. Los principales instrumentos que se han producido a nivel internacional en esta materia son el Convenio 169 de la OIT y el Convenio de Madrid. El primero, en su artículo séptimo, establece que los pueblos indígenas deben tener el derecho de decidir sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte cualquier aspecto de sus vidas. Así mismo establece el derecho que tienen de participar en la toma de decisiones sobre los proyectos que los afecten directamente. El segundo, se basa en una directiva del Banco Mundial, la 420 de 1.991, según la cual “es indispensable proteger los pueblos indígenas de los proyectos económicos que podrían perjudicarles, pero deberían poder asociarse a los proyectos que les convienen” (Shelton, 1.994: 83-88). Por medio de este convenio se creó el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos de América Latina y el Caribe, cuyo objetivo es el establecimiento de mecanismos destinados a apoyar los procesos de autodesarrollo de pueblos, comunidades y organizaciones indígenas. Con este fin el fondo está encargado de proporcionar recursos financieros y técnicos para facilitar la realización de programas, siempre que estos hayan sido concertados con los pueblos interesados.

En el ámbito nacional las leyes han mantenido su característico silencio al respecto. A nivel gubernamental el tema ha despertado algún interés, de modo que se desarrollaron algunos planes y programas por parte del Plan Nacional de Rehabilitación -PNR-, en su momento, y por la Red de Solidaridad después, como estrategias de autogestión de las comunidades más pobres. Sin

embargo, hasta 1.993 el tema del etno-desarrollo parecía un asunto menor que sólo interesaba como estrategia para mejorar las condiciones de vida de los grupos indígenas y que encajaba dentro de la filosofía de la democracia participativa. Súbitamente, el tema cobró una importancia inusitada.

Todo empezó con la sentencia T-380 de 1.993, cuyo ponente fue el magistrado Eduardo Cifuentes. Los hechos que motivaron la interposición de la tutela fueron los siguientes: entre junio de 1.988 y noviembre de 1.990 se llevó a cabo por parte de una compañía particular, una explotación forestal en Chajeradó, municipio de Murindó (Antioquía). El área en la cual se realizó la explotación era una zona de reserva forestal donde, además, se había constituido el resguardo de la comunidad indígena embera-catio del río Chajeradó, mediante resolución 103 de diciembre 18 de 1.989 del Incora. El aprovechamiento forestal se produjo sin permiso previo de Codechocó, entidad oficial encargada de velar por la conservación de los recursos naturales de esa parte del territorio, pero mediante convenio con algunos miembros del cabildo de Chajeradó. Codechocó, concedor de la explotación ilegal, permitió que continuara el aprovechamiento ilícito que se venía haciendo en las riberas de los ríos Chajeradó, Tebará y Taparal, desconociendo así sus funciones de vigilancia y de restauración del medio ambiente. La explotación forestal intensiva, con utilización de maquinaria pesada sobre más de 3.400 hectáreas de bosque húmedo tropical, causó graves perjuicios al ecosistema y al sistema económico de la comunidad indígena de la zona basado en la explotación sostenible de los recursos del bosque.

La Corte se enfrentó al caso preguntándose la manera como deben explotarse los recursos naturales en los territorios indígenas y teniendo en cuenta la tensión que la pregunta genera entre la razón económica y la razón cultural. Tensión a la que se suma el elemento ecológico ya que la Constitución es reiterativa al exigir la protección al medio ambiente. El fallo que dio respuesta a este interrogante fue construido sobre dos ejes: el primero no fue otro que el principio del reconocimiento de la diversidad, el cual “supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental” (M. P.: Eduardo Cifuentes, Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1.993). Este reconocimiento de la igualdad de todas las culturas, implica aceptar el valor de los diferentes modelos económicos correspondientes a cada construcción colectiva de pensamiento. Con esta

base se afirmó que no existe un sistema económico “*constitucional*”, ya que la Constitución acepta tanto el sistema capitalista como la economía de subsistencia de las comunidades indígenas. Ambos modelos de actividad económica están igualmente garantizados, siempre que se realicen dentro de los límites del bien común y de una manera coherente con la función social y ecológica que tiene la propiedad; por su parte, el segundo eje de la decisión fue el deber constitucional del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, uno de cuyos aspectos es la obligación de conservar las áreas de especial importancia ecológica.

A la luz de estos parámetros se concluyó que en Colombia cualquier actividad económica debe desarrollarse no sólo dentro de los tradicionales límites del bien común sino, además, en consonancia con la exigencias propias de una ética ambiental que permita el desarrollo sostenible cíclo los recursos ambientales y atendiendo las demandas que se desprenden del pluralismo. En el caso específico de la explotación de recursos naturales en un territorio indígena, éste se encuentra condicionado a que no se realice con desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Por lo tanto no puede llevarse a cabo una explotación de los recursos naturales que agote los recursos primarios y deje sin base a la economía de subsistencia de las comunidades indígenas, las cuales otorgan prioridad a los valores de uso simbólico frente al valor del cambio. Al efectuar este reconocimiento la Corte sentó las bases para afirmar que en un conflicto entre diversidad étnica y cultural y las exigencias del sistema económico capitalista, prevalece dicha diversidad, y ello puede conducir a justificar concretamente una limitación eventual a la libertad económica⁶⁴. Es interesante que una sentencia de tal categoría no haya tenido mayor trascendencia dentro de la opinión pública. Al parecer en ese momento no se tomó conciencia de las implicaciones que podría tener el beneficiar el principio de la diversidad sobre la libertad económica.

Los fallos que se refirieron al derecho de las comunidades indígenas de participar activamente en el proceso de toma de decisión sobre los proyectos económicos que las afectan tampoco crearon polémica al ser promulgados. No obstante cada uno de ellos significó para las comunidades y organizaciones indígenas importantes pasos para la consolidación de su autonomía económica. Así,

⁶⁴ Véase Angarita, 1.999

la sentencia T-428 de 1.992 resaltó la obligatoriedad de la consulta antes de iniciar la construcción de cualquier obra pública, con el fin de determinar la conveniencia de la misma. Tres años más tarde, la sentencia C-104 de 1.995, recordó el deber del gobierno de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en los proyectos que las afectaran. Si bien estos dos pronunciamientos no dijeron nada diferente a lo consagrado por el parágrafo del artículo 330 en relación con el derecho de los grupos étnicos a ser consultados, sí fueron un recordatorio del poder que a través de la nueva Constitución se ha entregado a los indígenas: el de participar en la toma de decisiones en la realización de todos los proyectos de explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios. Territorios en los que actualmente se concentra la mayor diversidad ambiental y bajo los cuales se encuentran ricas reservas de hidrocarburos.

El derecho a la participación

El Estado colombiano es, según la Constitución de 1.991, democrático, participativo y pluralista; está fundado en el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general frente al particular. Todos estos principios, consagrados en el preámbulo en y los primeros artículos de la Carta, tienen un alcance, son una pauta de interpretación ineludible y están dotados de fuerza vinculante⁶⁵. De acuerdo con estos principios las comunidades indígenas tienen el derecho de participar tanto en la toma de decisiones que las afectan, como en la vida política del país. Pero, *¿cómo debe darse esta participación? ¿Es aceptable que se imponga a estas comunidades el mismo esquema que a los demás habitantes del país, diseñado bajo los preceptos de la cosmovisión occidental cuando sus lógicas propias conciben la participación bajo otros parámetros?*

⁶⁵ Así lo ha expresado la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T- 567 de 1.992. M. P.: José Gregorio Hernández.

La participación de los pueblos indígenas en la vida política del país

Las primeras sentencias en las que la Corte analizó el tema de manera directa se referían a la participación indígena en la vida política del país. El primer fallo fue la sentencia T-305 de 1.994. El caso que motivó esta decisión fue el siguiente: los indígenas del Vichada (zona de los Llanos Orientales) recibieron la visita de una comisión de capacitación sobre la nueva Constitución enviada por el Corpes-Orinoquía y la ONIC. Gracias a esta comisión se enteraron de los derechos fundamentales que poseen como ciudadanos y de la existencia de unos mecanismos dirigidos a proteger dichos derechos. En particular se les señaló la importancia de contar con la cédula de ciudadanía como documento de identidad e instrumento para poder ejercer sus derechos. El 17 de octubre de 1.994 y por intermedio de Hernando Sánchez, presidente del Consejo Regional Indígena del Vichada, solicitaron a la Registraduría Nacional del Estado Civil que se llevaran a cabo los trámites de cedulaación en sus territorios. La respuesta sólo llegó dos meses después, en una carta por medio de la cual se le informaba que la Registraduría ya había adelantado una campaña de cedulaación en la zona y que no contaba con los recursos para visitar a cada una de las comunidades del departamento. De modo que si los indígenas deseaban ser cedulados debían acudir a los puestos fijos de la entidad.

Este caso pone de presente el interrogante sobre si existe una obligación en cabeza del Estado de realizar campañas de cedulaación destinadas a los indígenas para que estos puedan participar en las elecciones. La Corte consideró que tal obligación no existe ya que la ley no prevé un régimen especial para los indígenas. Estas personas deben acudir en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos ante la Registraduría para obtener su documento de identidad. Aunque en la sentencia la Corte reconoce la importancia de este documento como único medio para ejercer el derecho al sufragio -puerta de entrada para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político- consideró que las limitaciones de orden presupuestal impiden mantener comisiones de cedulaación en las regiones más apartadas del país.

El segundo de los fallos, la sentencia T-383 de 1.994 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria, se produjo cuando un candidato a la Cámara de Representantes perteneciente a la etnia curripaco,

demandó la circular número 003 expedida por el secretario de gobierno del departamento del Guainía. Por medio de este acto administrativo, dirigido a los corregidores, inspectores departamentales y radio-operadores de equipos de la gobernación del Guainía, se prohibía realizar conversaciones y conferencias de carácter político por radio en un idioma diferente al castellano. Medida que se justificó argumentando que de esta manera se buscaba garantizar la imparcialidad absoluta en los debates electorales.

El demandante alegaba que con esta medida se vulneraban sus derechos a la igualdad, a la participación política y al acceso gratuito a los medios de comunicación. Es necesario precisar que más del 70% de los habitantes del departamento del Guainía son indígenas pertenecientes a las etnias curripaco, piapoco, puinave, banavia y piratapuyo, cada una de las cuales tiene su propia lengua pero emplean la curripaco como vehículo para establecer relaciones entre sí. La extensión de este departamento, así como la deficiencia de sus vías, hace que buena parte de las comunicaciones se realicen por medio de transmisiones radiales.

La Corte no analizó el problema referente a los derechos a la participación política y al acceso gratuito a los medios de comunicación del solicitante, pues al parecer los aparatos radiales del departamento no pueden ser clasificados dentro de la categoría de bienes públicos. Asumió el estudio del caso desde la perspectiva del derecho a la igualdad, preguntándose si era posible limitar el uso de la lengua curripaco. La respuesta a este interrogante fue un no rotundo. En primer lugar, el artículo 10 de la Constitución Política reconoce la oficialidad de las lenguas indígenas que se hablan en sus respectivos territorios. Acudiendo a la definición de *“territorio indígena”* establecida por el Código de Minas se concluyó que este corresponde a las áreas poseídas por una comunidad, que comprenden no sólo las habitadas y explotadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de las actividades económicas y culturales. Dado que el 90% del territorio del departamento cabe dentro de esta definición, la Corte concluyó que el curripaco es la lengua oficial del departamento y que su uso no puede ser restringido por ninguna decisión administrativa sin contrariar a la Constitución. Reforzó lo anterior haciendo referencia al tratado internacional de *“Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”* de la ONU, en el cual se estableció que una de las formas de la discriminación racial es el restringir el uso de una lengua por parte de un

grupo minoritario. Así mismo, estableció que el derecho de las comunidades indígenas a participar en las decisiones que los afectan y en los diversos aspectos de la vida nacional, sólo es posible si se respeta su derecho a preservar su lengua. En consecuencia, se determinó que la prohibición contenida en la circular en mención desconoce principios fundamentales de la Constitución ya que provoca la incomunicación entre grupos y personas indígenas, para los cuales el servicio remediaba la falta de vías y de otros medios de comunicación. Por lo tanto, se concedió la tutela, como mecanismo de protección del derecho a la igualdad.

La consulta

El segundo tema importante en materia de participación se refiere al derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones sobre los proyectos de desarrollo que los afectan, el cual toma forma en la consulta. Este instrumento hizo su aparición con la Ley 21 de 1.991, por medio de la cual el Congreso integró a la legislación nacional el Convenio 169 de la OIT. Posteriormente, en la Asamblea Nacional Constituyente, el tema volvió a ventilarse, y en el párrafo del artículo 330 de la Constitución se consagró el deber de consultar a las comunidades indígenas antes de iniciar un proyecto de explotación de recursos naturales en sus territorios. Sin embargo, estas normas aún no han sido reglamentadas, de manera que no se ha establecido la forma como debe realizarse la consulta, ni la fuerza vinculante de la opinión emitida por los indígenas.

En las sentencias T-428 de 1.992, y T-380 de 1.993, la Corte se refirió, de manera puntual, a la existencia de un derecho en cabeza de las comunidades indígenas de participar en los procesos de decisión referentes a la realización de los proyectos de explotación económica que se efectúen en sus territorios. Pero no entró a establecer la manera como la participación debía darse. Sólo hasta 1.997, con la sentencia SU-039, proferida por la Sala Plena, la Corte fijó una posición al respecto. El caso que motivó tal sentencia es analizado al final de este capítulo, pues reviste una importancia especial.

La jurisdicción indígena

El Estado tiene, como uno de sus deberes más esenciales, el proveer de justicia a las personas que conforman su nación. Para ello está investido de jurisdicción, entendida ésta como la facultad de administrar justicia. En cumplimiento de este deber el Estado colombiano ha diseñado e implantado un sistema de administración de justicia que ha pretendido cubrir a toda la población. Sin embargo, este sistema no es el único, pues históricamente ha coexistido con múltiples sistemas de resolución de conflictos entre los que se cuentan los propios de los pueblos indígenas. Estos sistemas, que existían a la llegada de los europeos a América, fueron desconocidos por la cultura occidental, pues se les consideraba pertenecientes a un período anterior a lo que puede considerarse jurídico. Se les calificaba como sistemas de control social primitivos contruidos sin base racional y por lo tanto sustentados en el miedo y la superstición. Esta situación cambió radicalmente en 1.991: con la nueva Constitución, el Estado reconoció la jurisdicción indígena, y, por lo tanto, la diversidad étnica y cultural de la nación. Sin embargo, planteó al mismo tiempo una contradicción entre ésta y una concepción universal de la dignidad humana⁶⁶. La cual no sólo no es compartida por los sistemas de pensamiento indígena sino que es contradictoria con la mayoría de ellos.

Se trata, entonces, de un reconocimiento problemático ya que a lo largo de la Constitución se presenta una discordancia entre el respeto a la diversidad étnica y cultural del país, y en consecuencia, la existencia de una justicia indígena desarrollada a partir de las concepciones culturales de lo que es el hombre y el tipo de relaciones que debe tener con sus semejantes y con el medio que lo rodea. Pero por el otro lado, se impone una concepción universal de dignidad humana que está ineludiblemente unida a la teoría de los derechos humanos. De esta manera se tiene el reconocimiento de unas autoridades indígenas, que pueden resolver los conflictos que se presenten dentro del área que manejan, pero que deben acomodar sus decisiones a principios y reglas que no tienen nada que ver con su concepción de justicia y dignidad humana.

⁶⁶ El término contradicción, aquí y en adelante, es usado desde una perspectiva externa a la interpretación constitucional y, por lo tanto, no tiene en cuenta el hecho de que la labor judicial debe ver aquí no una contradicción sino una tensión que puede ser al menos parcialmente superada. De todos modos, incluso, desde el punto de vista interpretativo, los casos ligados al multiculturalismo representan lo que se denomina "*casos trágicos*", debido a la enorme que implica su solución en términos jurídicos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política, es al legislador a quien le corresponde, por medio de una ley, coordinar las relaciones entre la jurisdicción estatal central y las jurisdicciones indígenas. El reto que se le presenta no es pequeño. En cumplimiento del mandato constitucional debe establecer una vía de relación entre los sistemas indígenas y el sistema nacional que tenga la virtud de resolver una contradicción presente dentro del cuerpo de la misma Carta. Para ello deberá resolver una serie de interrogantes que podrían llamarse menores, pero cuya resolución dista de ser fácil. Estos son: i) *¿cuándo se está en presencia de un sistema de resolución de conflictos indígenas?* La pregunta parecería ser obvia, pero es necesario tener en cuenta que el determinar cuándo se está ante una comunidad amerindia y cuándo ante una comunidad campesina, es en sí mismo un asunto problemático. A lo anterior debe sumarse que gracias a los niveles de mestizaje cultural, existen comunidades indígenas cuyos sistemas de resolución de conflictos se asemejan en gran medida al sistema nacional frente a los cuales se tiende a negar su existencia; ii) *¿cuáles son las autoridades que imparten justicia en la comunidad indígena?* Este cuestionamiento hace indispensable el estudio de cada comunidad indígena, no sólo por la variedad de sistemas de autoridad y de tipos de organizaciones políticas existentes, sino también por la presencia, dentro de una misma comunidad, de varios niveles de autoridades que se encargan de resolver los conflictos dependiendo de factores como el parentesco de los involucrados y la gravedad del asunto; iii) *¿cuáles son los límites de la autonomía jurídica?* En particular esta pregunta se refiere a la imposición de los derechos humanos como límites universales de las jurisdicciones indígenas; iv) *¿cuál es el papel que entra a jugar la jurisdicción nacional cuando los mismos indígenas recurren a ésta en caso de no aceptar las decisiones que se toman al interior de la comunidad?*, y, v) *¿cuál es el papel de la jurisdicción nacional cuando se presentan conflictos interétnicos?* Todos estos interrogantes se enmarcan dentro de una gran pregunta: *¿cómo establecer relaciones de coordinación entre dos sistemas jurídicos concebidos a partir de principios y valores culturalmente distintos cuando uno de ellos tiene la pretensión de fundarse en principios que no pueden ser desconocidos bajo ninguna circunstancia?*

La situación de las justicias indígenas antes de la constitución de 1.991. Perspectiva histórica

La historia de la jurisdicción indígena en Colombia es curiosa. Si se tomaran tan sólo los puntos de partida y de llegada se diría que no ha evolucionado. En efecto, en 1.542, por medio de la *Legislación de Indias* se estableció que: “En los conflictos entre indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos” (Perafan. Et.al., 1.996: 17). Más de cuatro siglos después el artículo 246 de la Constitución estableció: “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional”.

A primera vista no se observa una diferencia notable entre las consideraciones que se hicieron los Reyes Católicos y las de los constituyentes de 1.991. En ambas normas se reconoce la existencia de mecanismos de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, y en ambas se permite su aplicación siempre y cuando estos respeten una serie de principios y valores “*justos*” desde la perspectiva occidental. Aparentemente no hay avance alguno, sin embargo, los cuatro siglos que las separan —período durante el cual la justicia indígena no existió para el Estado— hacen que la Constitución de 1.991 sea un gran avance en materia del reconocimiento a las realidades que durante mucho tiempo fueron invisibles para la ley.

En 1.821, con la independencia de la Nueva Granada, las élites dirigentes intentaron crear un modelo de Estado que respondiera a las ideas de la Revolución Francesa y del liberalismo clásico. En consecuencia implantaron el monismo jurídico: un Estado soberano no podía permitir que en su territorio coexistieran diferentes sistemas jurídicos, era necesario la centralización jurídica⁶⁷. Por lo tanto se negó, al menos en el plano formal, la existencia de sistemas de resolución de conflictos distintos a los ofrecidos por el Estado. Los indígenas, en la medida en que eran considerados ciudadanos en igualdad de condiciones a los demás miembros de la sociedad, quedaron sometidos

⁶⁷ Véase Benatti y Maues: 1.994.

a las leyes y a los jueces de la república. Desde ese momento quedó eliminada la posibilidad de reconocer la existencia, y mucho menos la legitimidad de las jurisdicciones indígenas dentro del Estado de Derecho liberal. Sin embargo, esta posición inicial se fue modificando con el tiempo. De la igualación inmediata por medio de la ley se pasó a reconocer la existencia de la diferencia —al menos como una realidad que era necesario modificar— y a diseñar un régimen de transición que permitiera la reducción de los grupos de “*salvajes*”. Es así como surge la Ley 89 de 1.890 que otorgaba a los cabildos indígenas la facultad de castigar las faltas menores de sus miembros, siempre y cuando no constituyeran delitos. En tal caso conocerían las autoridades judiciales nacionales.

Un poco más adelante, la Ley 72 de 1.892 estableció en su artículo segundo que: “el gobierno podrá delegar a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal o judicial sobre los catecúmenos, respecto de los cuales se suspende la acción de las leyes nacionales, hasta que, saliendo del estado de salvaje, ajuicio del poder ejecutivo, estén en capacidad de ser gobernados por ellas” (Benítez, 1.988: 17).

A partir de ese momento los grupos de indígenas que vivían en los resguardos quedaron sometidos al poder de las autoridades eclesiásticas. Los misioneros se convirtieron en sus legisladores y en sus jueces, situación que se perpetuó hasta bien entrado el siglo XX. Las comunidades indígenas que no eran objeto de la labor de los misioneros y que no estaban ubicadas dentro de un resguardo (la mayoría), quedaron sometidas a la jurisdicción nacional. Esta decisión no presentó problemas en materias como familia, litigios civiles y laborales -para su aplicación por parte de las autoridades de la república-, pues la presunción que acompaña a toda norma de derecho, según la cual todos deben conocerla, permitía aplicarla sin que se presentaran cuestionamientos en torno a su comprensión por parte de individuo pertenecientes a los grupos étnicos minoritarios. Es más, la concepción de igualdad como un principio formal, que imperaba en el momento, impedía al juez adoptar una actitud diferente. Sin embargo, en materia penal el esquema de delito -basado en los tres elementos clásicos de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad- presentaba serias dificultades a la hora de aplicarlo a un indígena. Aquí la presunción de conocimiento de la norma no bastaba para determinar la responsabilidad del implicado. Era necesario demostrar la intención, la culpa o el dolo

de quien había cometido la acción. Prueba complicada de obtener frente a seres que parecían actuar motivados por razones que escapaban a la lógica del mundo en el que se movía el juez. Entonces, *¿qué decir, por ejemplo, de aquel indígena que mata a otro porque está seguro de que se trataba de un brujo que lo ha hechizado?*

Es por esto que el único trato diferenciado que en materia judicial recibieron los indígenas durante la vigencia de la Constitución de 1.886 fue con respecto a su situación penal. Este tratamiento especial fue elaborado por los jueces a partir de sus sentencias, pues las leyes prácticamente no se ocuparon del asunto. El Código Penal de 1.936 establecía que la ley penal se aplicaba a todos los habitantes del territorio nacional que la infringieran, salvo las excepciones reconocidas por el derecho internacional. Excepciones entre las que no se encontraban los indígenas. Los jueces, no obstante, al enfrentarse a casos en los que la conducta de los indígenas escapaba a su lógica, optaron por declararnos inimputables. Es decir, ubicaron a los indígenas en la misma categoría de los retardados mentales, los niños y los dementes, pues, inimputable es aquel que “en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito no tuviere capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental”⁶⁸. Otros recurrieron a la exención de responsabilidad justificando la comisión del hecho tipificado con la excusa de que el indígena no podía saber que se trataba de un delito (Benítez: 1.988).

Durante la vigencia de este código se presentaron tres fallos importantes de la Corte Suprema de Justicia en materia del régimen penal que cobijaba a los indígenas. El primero se produjo el 23 de julio de 1.948: la corporación judicial estimó que las leyes 89 de 1.890 y 72 de 1.892 se encontraban vigentes, pero que para darles aplicación se requería por parte del defensor la prueba del estado salvaje del sindicado, que no se allegó. Consideró además que la inimputabilidad del procesado no tenía lugar, pues se trataba de un sujeto normal y en ningún caso se probó, como debía hacerse, trastorno mental. El indígena fue condenado a ocho años de presidio. La vigencia de las normas del fuero indígena fue ratificada en 1.950 por la misma Corte, al establecer que eran los misioneros los competentes para juzgar a los aborígenes.

⁶⁸ Véase Código Penal Colombiano, Decreto-Ley 100 de 1.980, art. 31.

Veinte años más tarde, en 1.970, la Corte Suprema de Justicia revisó su jurisprudencia. Por medio de la sentencia de casación del 14 de mayo la Corte consideró que el artículo 2 de la Ley 72 de 1.892 no podía aplicarse por contrariar el artículo 58 de la Constitución Nacional que suprimía las jurisdicciones particulares. Además, señaló que los indígenas carecían de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes. Se inclinó por el criterio de inimputabilidad, en cuanto el indígena juzgado se consideraba “*semisalvaje*”, dejando al acusado en libertad. Pese a estos pronunciamientos la mayoría de los jueces, siguiendo la orientación peligrosista⁶⁹ del código, consideraban al indígena como una amenaza latente para la sociedad, y en consecuencia le aplicaban las sanciones más severas posibles. Por otra parte no se contaba con abogados de oficio preparados para proveer de una defensa adecuada a los indígenas. De esta manera, algunos pasaban décadas encerrados en prisión esperando un juicio que no se llevaba a cabo por falta de defensor⁷⁰.

En 1.980 se expidió un nuevo Código Penal. Este código sólo se refiere a los indígenas en el inciso 3 del artículo 96. Dice la disposición: “Cuando se tratara de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”. Esta disposición parecía señalar a los indígenas, por el hecho de serlo, con el estigma de inmaduros psicológicos, estableciendo una especie de “*retraso mental cultural*”. Al menos así lo entendieron algunos jueces. Tal es el caso del juez quinto superior de Medellín, quien tuvo, en 1.981, la tarea de estudiar el caso de tres indígenas catíos que dieron muerte a otro miembro de su comunidad. Se solicitó un peritazgo psicológico, acompañado de un peritazgo antropológico, el cual estableció que los tres ostentaban retardo mental, Con base en ello dijo el juez: El retardo mental ha de entenderse en términos relativos. Los indígenas poseen capacidad para comprender y comportarse de acuerdo a las exigencias de su medio natural; más la carencia de elementos sobre los patrones que gobierna

⁶⁹ La escuela peligrosista del derecho penal fue iniciada por Cesare Lombroso (1.835- 1.909). En resumidas cuentas sostiene la existencia de individuos, y grupos humanos, que de manera innata poseen una tendencia hacia el delito. Estos individuos deben ser aislados de la sociedad, pues son incapaces de respetar las normas de ésta. El pensamiento de este autor se encuentra expuesto en su obra *Los criminales*.

⁷⁰ Conferencia de Miguel Vásquez ante la comisión redactora de la ley de justicia indígena (conformada por representantes del Ministerio de Justicia y del Derecho y por la Dirección General de Asuntos Indígenas), reunión celebrada en Bogotá en diciembre 6 de 1.996.

nuestro ambiente cultural los coloca en inferioridad mental, sicológica y personal de desenvolverse en él. (Benítez, 1.988: 129).

Argumento idéntico al que aparece en la exposición de motivos del actual Código Penal, el cual clasifica al indígena como inimputable. En este caso los tres indígenas fueron reintegrados a su ambiente natural, según lo dispuesto por el artículo 96 de la Constitución de 1.886. Esta postura fue asumida por la Corte Suprema de Justicia que en sentencia de casación del 20 de septiembre de 1.984 determinó que los indígenas no civilizados debían asimilarse a los inimputables. En consecuencia, en caso de cometer un hecho punible debían ser reintegrados a su medio natural. La clave del fallo estaba en que era preciso demostrar esa calidad de “no civilizado” por medio de un peritaje. Es decir, que prácticamente se transfirió el poder de la decisión del juez al antropólogo (aunque a veces el peritaje era presentado por un sicólogo), quien al establecer si el acusado era o no un salvaje sellaba su destino.

En esta última etapa los antropólogos y algunos abogados se dieron a la tarea de defender a los indígenas, tarea que llevaban a cabo insistiendo en la inimputabilidad de los acusados. Aunque al emplear esta categoría, se buscaba la protección de los indígenas, esto generó problemas al interior de las comunidades. Al devolverlos a su “*ambiente natural*” no los estaban reintegrando a la selva virgen sino a una comunidad más o menos integrada a la sociedad mayor la cual quedaba perpleja ante la negación del acceso a la justicia por parte del Estado. El indígena que había cometido el delito era intocable para el Estado, pero eso no lo podían entender quienes habían sufrido las consecuencias de su acto y demandaban algún tipo de sanción. De este modo era común acudir a la venganza de sangre, lo que con frecuencia degeneraba en verdaderas guerras al interior de la comunidad⁷¹.

⁷¹ Conferencia de Miguel Vásquez ante la comisión redactora de la ley de justicia indígena.

Reconocimiento de la jurisdicción indígena en la constitución de 1.991

En cuanto a los debates en la Asamblea Nacional Constituyente⁷², el tema de la jurisdicción indígena fue estudiado como una consecuencia lógica del reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana. Sin embargo, fue clasificado como uno de los “*asuntos menores*” y agrupado para su discusión junto con los jueces de paz, la conciliación y la elección popular de los jueces municipales⁷³. La comisión cuarta, encargada de desarrollar lo correspondiente a la rama jurisdiccional, fue escenario de los primeros debates sobre el tema. Desde un comienzo se planteó el dilema entre crear una jurisdicción especial para los indígenas, o reconocer los procedimientos y autoridades que tradicionalmente han tenido. Se optó por la segunda posibilidad, pues tal fue la solicitud de los constituyentes indígenas, quienes se convirtieron en el motor de la discusión⁷⁴. Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry aportaron sus propias propuestas para el reconocimiento de la jurisdicción indígena las cuales eran bastante similares. Ninguna de las dos implicaba la creación de una nueva jurisdicción, sino simplemente el reconocimiento de una realidad preexistente.

La exposición realizada por los constituyentes indígenas dejó en claro la diversidad de formas de resolución de conflictos existentes entre los pueblos indígenas, pero también que en muchas ocasiones se trataba de sistemas que se encuentran en proceso de reconstrucción, o que no tienen la capacidad de resolver todos los conflictos que se presentan al interior de las comunidades. Por esa razón desde un inicio se planteó la necesidad de que se articularan con la estructura nacional, pues no estaban lo suficientemente consolidados como para funcionar de manera totalmente independiente. Además, las dos propuestas coincidían en establecer como límite a sus autoridades el respeto a los derechos humanos. Este punto fue justificado con consideraciones referentes a la existencia de prácticas sancionatorias en algunas comunidades indígenas, tomadas del derecho

⁷² Esta sección fue elaborada con base en las actas de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente que reposan en los archivos de la Biblioteca Luis Ángel Arango.

⁷³ Asamblea Nacional constituyente, acta de la sesión plenaria del 4 de junio de 1.991.

⁷⁴ Asamblea Nacional constituyente, acta de la sesión de la comisión cuarta de mayo 15 de 1.991.

español, como el cepto⁷⁵ violatorias de los derechos humanos, las cuales debían ser proscritas. Las ponencias se apoyaron tanto en argumentos jurídicos como tradicionales. El eje de la argumentación descansaba en la consideración del reconocimiento de los sistemas jurídicos de las etnias como desarrollo lógico y necesario del derecho a la diferencia. Razón fortalecida con la consagración del principio, ya aprobado por la plenaria, según el cual Colombia es una nación multiétnica y pluricultural⁷⁶.

La consagración de la jurisdicción indígena, como una jurisdicción especial, fue aceptada por los demás constituyentes en la plenaria sin mayor discusión. Al fin y al cabo eran demasiados los temas que debían analizar como para profundizar en una materia que desde el principio había sido catalogada de menor rango. Esto no quiere decir que no se plantearan interrogantes sobre el funcionamiento de la misma, los cuales nunca fueron resueltos. Así, faltando un poco menos de un mes para finalizar el período de la Asamblea, alguien se preguntó cómo se pretendían articular la jurisdicción especial de los indígenas con la ordinaria. Un poco más adelante surgieron interrogantes en torno a la posibilidad de que la jurisdicción especial se convirtiera en una forma de segregar totalmente a los indígenas del sistema nacional, o si, por el contrario, significaba la posibilidad de que estos contaran simultáneamente con dos jurisdicciones. También se planteó un interrogante en relación con la autoridad encargada de dirimir los conflictos que se presentaran entre la jurisdicción nacional y la indígena. La falta de tiempo, tal vez, impidió hallar una respuesta.

Podemos concluir este capítulo, reconociendo que el principio de la diversidad étnico cultural ha empezado a ser desarrollado por las tres ramas del poder público en Colombia. La labor adelantada hasta el momento refleja cuán poco se había discutido el tema del reconocimiento de los derechos indígenas con anterioridad, a la Constitución Política de 1.991, al mismo tiempo que permite cuestionar la existencia de una verdadera voluntad política de compromiso real y efectivo en el

⁷⁵ El cepto es un instrumento de castigo compuesto por dos gruesos maderos, cada uno con medio círculo agujereado, que al unirse forman un hueco donde se introduce el cuello o una extremidad de la persona sancionada. El reo queda inmovilizado.

⁷⁶ Véase al respecto el acta de la sesión de la comisión cuarta de junio 5 de 1.991 de la Asamblea Nacional Constituyente: A pesar de este reconocimiento, en el debate se excluyó de manera tajante la posibilidad de reconocer jurisdicción especial a las comunidades raizal y negras, pues se consideró que no cuentan con un cuerpo de derecho propio. El constituyente Rojas Birry fue la única voz que se opuso a esta decisión.

proceso de respeto de la diferencia de los pueblos indígenas. Pero aun sigue un vacío en el derecho colombiano, pues el Palenque de San Basilio es asimilado a un pueblo indígena, lo cual es incorrecto dado que tiene sus características africanas, o sea de negro cimarrón, lo que lo hace un pueblo único en su especie en Colombia.

El trabajo adelantado por el Congreso es una clara prueba de esta afirmación. Se ha incorporado el componente étnico en varias normas, pero no se aborda de una manera verdaderamente pluralista. Las concepciones de lo que debe ser desarrollo, participación y calidad de vida continúan siendo construidas desde la perspectiva occidental. De manera que se sigue legislando para una sociedad homogénea, pese a que formalmente se incluya a los indígenas pero se excluye a los negros cimarrones.

Reconocemos el trabajo adelantado por el poder judicial, concretamente por la Corte Constitucional. De manera sorprendente esta corporación se tomó en serio el compromiso de desarrollar el principio de diversidad, convirtiéndose en la impulsora de la construcción de la política del reconocimiento. Sus fallos han obligado a que el Estado acepte que el artículo 7 de la Constitución Política, y las demás disposiciones concordantes, no sean meras declaraciones de principio sino que tengan fuerza vinculante. Esto les ha impuesto el deber de diseñar sus políticas teniendo en cuenta la variable indígena. No obstante, como ya se anotó, no es papel de la Corte dictar las políticas de acción del Estado. Las sentencias presentan vacíos, guardan silencio en determinados temas, creando desesperación entre las autoridades que preferirían contar con unas reglas del juego más claras. Sin embargo, debe abonársele a esta corporación haber creado conciencia en torno al tema y a la responsabilidad del Estado. Las reglas⁷⁷ que la Corte ha producido hasta el momento son las siguientes:

1. El nuevo Estado Colombiano debe definirse como un Estado Social de Derecho, basado en la democracia participativa, el pluralismo, la unidad y el respeto a los derechos fundamentales.

⁷⁷ Técnicamente se tratan de “subreglas” o “reglas adscritas”, esto es, normas derivadas de la decisión judicial.

2. El pluralismo es uno de los pilares axiológicos del Estado Social de Derecho colombiano, de acuerdo con el artículo 7 de la Constitución. Lo que quiere decir que éste se encuentra comprometido en llevar a cabo acciones tendientes a proteger a las comunidades indígenas, garantizando su respeto, y garantizando las condiciones necesarias para que estas pueden desarrollarse.
3. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución significó el abandono de la posición paternalista del Estado colombiano en relación con las comunidades indígenas. Así mismo, implicó el abandono del antiguo esquema de relaciones según el cual se buscaba integrar definitivamente a los indígenas dentro de la unidad nacional. Esto no quiere decir que se conciba la posibilidad de que estos grupos se aislen. Son parte integrante de la nación y en consecuencia la interrelación con los demás actores es, prácticamente, forzosa.
4. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. Se trata de un sujeto colectivo autónomo, titular de derechos fundamentales, los cuales se radican .y predicen de la comunidad misma, la cual aparece dotada de singularidad propia.
5. Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Se trata de derechos de carácter fundamental, susceptibles de ser protegidos por medio de la tutela. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el cual se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.
6. Las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social.
7. Las comunidades indígenas son parte de la nación colombiana. La autonomía política, económica y jurídica que les ha sido reconocida por el constituyente debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: 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.

8. La calidad de indígena de un individuo está determinada por dos elementos: el residir con su comunidad y el preservar los usos y costumbres tradicionales.
9. Las comunidades indígenas tienen el derecho a participar en la toma de las decisiones que los afectan, en particular sobre aquellas que involucran el desarrollo de proyectos económicos. Sin embargo, aún no se ha establecido cuál es el poder de decisión con el que cuentan en estos eventos ni cómo deben diseñarse los mecanismos de participación.
10. No hay una posición clara en relación a lo que ocurre cuando el interés de una comunidad se enfrenta al interés de la nación. En algunos casos se ha fallado a favor de la comunidad, entre otros a favor del interés nacional, y los fundamentos de los fallos han sido diferentes.
11. El tema de la protección a la diversidad étnica y cultural está íntimamente ligado al tema de la protección al medio ambiente y de la biodiversidad. Es frecuente que la protección a las comunidades sea empleada como una estrategia de preservación de ecosistemas frágiles.

Estas reglas, sin embargo, han sido elaboradas desde la perspectiva occidental. La Corte no ha creado un espacio en el que se pueda realizar un diálogo intercultural, pues dentro del proceso de toma de decisiones, sólo se concede un pequeño espacio para escuchar la voz de las comunidades implicadas, dentro de las pruebas y ocasionalmente en la audiencia pública. Espacio que parece ser más una concesión generosa del juez blanco, que un derecho de los pueblos indígenas. Puesto que la voz de las comunidades indígenas sólo tiene un espacio limitado ante la instancia judicial, y el fallador pertenece a la cultura de la sociedad mayor, es lógico que las decisiones estén inscritas dentro de la lógica occidental, de manera que no analizan aspectos relevantes para la cosmovisión del pueblo indígena involucrado.

Justicia comunitaria actual en Colombia

La justicia comunitaria es una figura que se dibuja en prácticas jurídicas concretas, es decir, heterogéneas y particulares, que permiten la reproducción de la vida en sociedad. Por lo mismo,

cabría preguntarse *¿qué es lo que hace de su diversidad un conjunto?* Una primera respuesta puede ser el hecho de estar por fuera del derecho estatal. Sin embargo, hoy la administración de justicia tiende a incorporar modelos de justicia comunitaria ubicados en la frontera en virtud del carácter informal que se les asigna. Los desarrollos en el tema de la justicia comunitaria y sus aportes en el campo del derecho alternativo y el pluralismo jurídico son decisivos para la reconceptualización de la justicia y la renovación de las prácticas jurídicas y sociales. Sin embargo, tradicionalmente las decisiones sobre política judicial han subestimado la complejidad de esta figura, y la investigación que sobre ella se adelanta es fragmentada o bien se limita a los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tan en boga en las propuestas de reforma a la administración de justicia en la región.

Sally Merry, (2.007) antropóloga y codirectora del Programa Paz y Justicia del Wellesley College de Estados Unidos, con su artículo *"Una clasificación de la justicia popular"*, se adentra en esa frontera borrosa entre el derecho estatal, los ordenamientos indígenas y la justicia popular, para mostrar cómo esta última es un espacio en disputa, lo que explica su tendencia a cambiar de forma y significado con el tiempo. A partir de una extensa y juiciosa exposición de diferentes formas de justicia popular en diversas partes del mundo, señala cuatro tradiciones culturales del siglo XX: la reformista, la anarquista, la socialista y la comunista, cada una con su propia visión sobre la contribución de la justicia popular a la transformación de la sociedad. Concluye la autora que aunque la justicia popular tiende más a reforzar las relaciones de poder que a transformarlas, introduce una nueva ideología de resolución de conflictos basada en la no violencia y en la oposición a la violencia del derecho, y que es allí donde reside su poder ideológico.

El análisis del escenario en el que se inscriben las prácticas jurídicas y las justicias comunitarias en la época contemporánea lo realiza Edgar Ardila (2.008), abogado e investigador de la Red de Justicia Comunitaria en Colombia, en su artículo *"Justicia comunitaria como realidad contemporánea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas"*. Cada vez es más evidente el reposicionamiento y una nueva interacción entre los principios de Estado, mercado y comunidad que configuran el eje de regulación actual. Esto se expresa en los cambios de la administración de justicia. En este contexto, el nuevo mapa se traza a partir de la actuación competitiva o articulada de

los principios y, en consecuencia, surgen las apuestas políticas que entrañan uno u otro mecanismo de justicia comunitaria. Así, se puede reconocer el principio de Estado en políticas que impulsan los mecanismos de justicia comunitaria como medio para fortalecer la capacidad ordenadora del Estado sobre la realidad social; o el principio de mercado, cuando el eje de la política se centra en la satisfacción de la demanda a través del impulso de mecanismos comunitarios que mejoren en calidad y diversidad las ofertas de justicia existentes; y se reconoce el principio de comunidad en las políticas que ubican su foco de atención en el fortalecimiento de la institucionalidad propia y en los procesos autor regulativos. A partir de este análisis, el autor plantea alternativas al papel que pueden cumplir los mecanismos de justicia comunitaria en la transformación de la sociedad.

Para que haya justicia comunitaria es necesario que haya administración de justicia y que haya comunidad. Si falta alguna de las dos, estaremos frente a otro tipo de situación. No será justicia comunitaria si se gestionan conflictos sin la obligatoriedad derivada del ámbito social específico. No será justicia comunitaria si el ámbito social en el que se inscribe la gestión no considera dinámicas de identidad y pertenencia. Según Ermo Quisbert, (2.009) la justicia comunitaria es un sistema auto gestionado, dado que los propios participantes implantan las normas que se les aplican. Es además consensual, ya que no se rige por el principio de mayoría sino por el de consenso.

Lo que Ermo Quisbert (2.009) dice, en verdad, es: la Justicia comunitaria es una institución de derecho consuetudinario que permite sancionar las conductas reprobadas de los individuos pero sin la intervención del Estado, sus jueces y su burocracia, sino directamente dentro la comunidad de individuos en la que las autoridades naturales de la comunidad hacen de equilibrantes entre las dos partes enfrentadas.

Respecto al concepto de justicia comunitaria, se establece que esta es una expresión que define los referentes y mecanismos de tratamiento de conflictos que desarrollan las comunidades, para resolver las controversias que surgen entre sus miembros. En Colombia existen innumerables expresiones de este tipo de justicia: mediadores naturales, médicos indígenas, parteras de comunidades negras, son algunos de los actores que ayudan en la resolución de conflictos en el ámbito comunitario. En su mayoría estas figuras son poco difundidas y se ignora su alto potencial como constructoras de paz. Sin embargo, su existencia e importancia son incuestionables.

En cuanto al origen de la Justicia Comunitaria, la Red de Justicia Comunitaria nace a finales de 1.995, con el objeto de contribuir al desarrollo de mecanismos comunitarios y pacíficos de tratamiento de Conflictos. Es concebida como una dinámica social en la que participan actores de distintos sectores: Organizaciones No Gubernamentales, Universidades, Entidades Estatales, Comunidades, entre otros. La Red desarrolla procesos de reflexión, investigación, difusión, implementación y acompañamiento de experiencias de Justicia Comunitaria. En la red participan organizaciones y personas interesadas en unir sus voluntades, recursos, conocimientos y esfuerzos, con miras a aportar al proceso de recomposición del tejido social, a través del trabajo colectivo en el área de Justicia Comunitaria. Los primeros gestores de esta iniciativa, nueve organizaciones no gubernamentales y varios actores individuales, concibieron la red como una necesidad social, surgida de la ausencia o desarticulación de acciones eficaces en pro de la justicia y la paz.

Cabe señalar que existen dos clases de Justicia Comunitaria: i) Los *Jueces de Paz*: La ley de Jueces de Paz acaba de ser expedida, esta figura deberá armonizarse con la de conciliación en equidad y muchas otras de Justicia Comunitaria. Tanto para su reglamentación como para su implementación; y, la *Justicia Étnica*: muchos pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas disponen de instrumentos propios de tratamiento de sus controversias.

Características de la Justicia Comunitaria

Las partes se representan a sí mismas, lo que hace que se trate de un sistema no profesional e informal, donde no intervienen profesionales del derecho ni se emplea un lenguaje jurídico específico. Tampoco participan las autoridades estatales, más allá de una intervención excepcional orientada a equilibrar a las partes en conflicto. Éstas, por otra parte, no se consideran como individuos aislados, sino en relación con la comunidad y con el ambiente en que se presenta el problema. Normalmente, la justicia comunitaria no tiende exclusivamente a la pena, sino que da importancia a la restitución del equilibrio y la reparación del daño.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA JUSTICIA COMUNITARIA ACTUAL EN SAN BASILIO DE PALENQUE

Hablar de justicia ancestral en Colombia causa un poco de curiosidad si tenemos en cuenta que en las facultades de derecho no se enseña nada sobre este tipo de costumbres jurídicas de algunas comunidades. En algunos de los eventos se toca un poco sobre la justicia indígena, la cual es reconocida y respetada por la Constitución Política de Colombia, al igual que la misma constitución ha reconocido la diversidad étnica y cultural. Pero hay unas normas ancestrales que son muy importantes en la medida en que con ellas se busca esencialmente la solución de los conflictos de manera pacífica y con el mutuo acuerdo de las partes, son normas que nacen principalmente de las costumbres adquiridas de la comunidades, con esta forma de justicia el Estado puede encontrar una salida al problema de la congestión de la Justicia⁷⁸.

En el marco de esa justicia, tenemos la de San Basilio de Palenque, normas que rigen a la comunidad de carácter consuetudinarias toda vez que se vienen aplicando desde hace mucho tiempo pero que no la encontramos escritas en ningún lugar, sino que se han mantenido a través de la tradición oral. Los abuelos y los padres siempre han mantenido la comunicación y manifestándoles a los descendientes cuáles son las reglas, pero esta forma de mostrar estas tradiciones casi siempre las hacen a través de cuentos, relatos de historias, entre otras formas. Jurídicamente se cree que en Colombia solo hay normas que se deben respetar, ya que son reconocidas por el Estado, tales como la normas del ordenamiento jurídico colombiano: constitución política, leyes, decretos, entre otros; y aquellas normas que se le han reconocidos a los indígenas dentro de sus territorios. Pero en realidad encontramos un corregimiento ubicado en los Montes de María, en el Municipio de Mahates, y es San Basilio de Palenque o Palenque de San Basilio que desde comienzo de su fundación, luego de la liberación de aquellos esclavos que crearon sus

⁷⁸ Miranda Cañate Efraín. Joven Palenquero. Estudiante de Derecho. Universidad Rafael Núñez, Miembro de la Asociación Juvenil Benkos Ku Suto de Palenque.

pueblos con unas prácticas culturales, jurídica, administrativas, gubernativas, entre otras, propias que lo diferenciaban de aquellos esclavizadores de origen español, vemos que estas tradiciones jurídicas ancestrales de este pueblo no son reconocidas por el Estado colombiano, muy a pesar de que se aplican desde hace más de cuatro siglos. Podemos mencionar algunas de estas normas como lo es el dote, descantillo, la forma de dividir los bienes de una herencia, la forma como se realiza la tradición, la manera como se hace el avalúo en caso de haber perjuicios y la competencia para resolver ciertos conflictos, entre otros. Es interesante observar y comparar desde el análisis cuantitativo la eficacia de la aplicación de las normas que rigen en el Palenque de San Basilio.

Palenque cuenta con una población de 4.000 habitantes, se encuestó el 11 % de la población, lo que nos dio un total de 50 encuestas aplicadas, se seleccionaron aleatoriamente 25 mujeres y 25 hombres. El 0.2% de la población encuestada está en el orden de los 14 a los 30 años. El 0.8% está entre los 40 y los 90 años. La encuesta estuvo dirigida a la Comunidad de San Basilio de Palenque. Su objetivo mediante un sondeo estadístico fue establecer la percepción de la justicia comunitaria actual en San Basilio de Palenque. Veamos estadísticamente sus resultados.

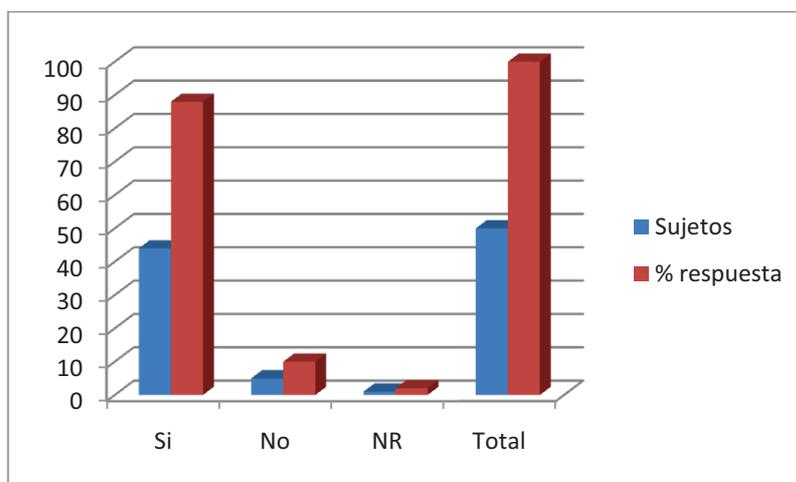
Resultados de los análisis estadísticos⁷⁹

En cuanto a las preguntas cerradas, el siguiente es el análisis:

Primera pregunta (ver gráfica 1): *¿cree usted en la justicia practicada por el adulto mayor?*

⁷⁹ Las inferencias, conclusiones e interpretaciones que se hacen de las diferentes figuras no son excluyentes de las que puedan tener los lectores.

GRÁFICA NO 1: CREENCIA EN LA JUSTICIA PRACTICADA POR EL ADULTO MAYOR.

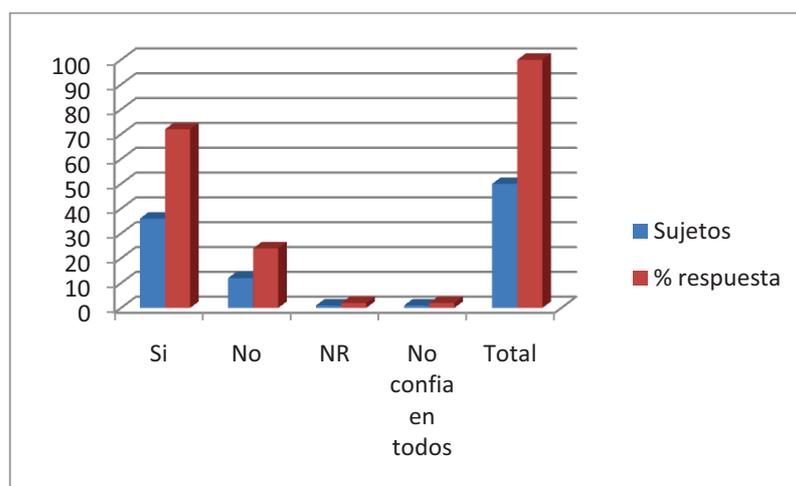


Fuente: elaboración propia a partir de resultados estadísticos

De la respuesta expresada por los 50 pobladores de San Basilio de Palenque encuestados, se puede inferir que mayoritariamente los miembros de esta comunidad, 88%, cree en la justicia tribal practicada por los adultos mayores, por lo que no resulta alarmante la cifra de quienes no cree en dicha práctica.

Segunda pregunta (ver gráfica 2): *¿confía usted en la Guardia Cimarrona?*

GRÁFICA NO 2: CONFIANZA EN LA GUARDIA CIMARRONA.

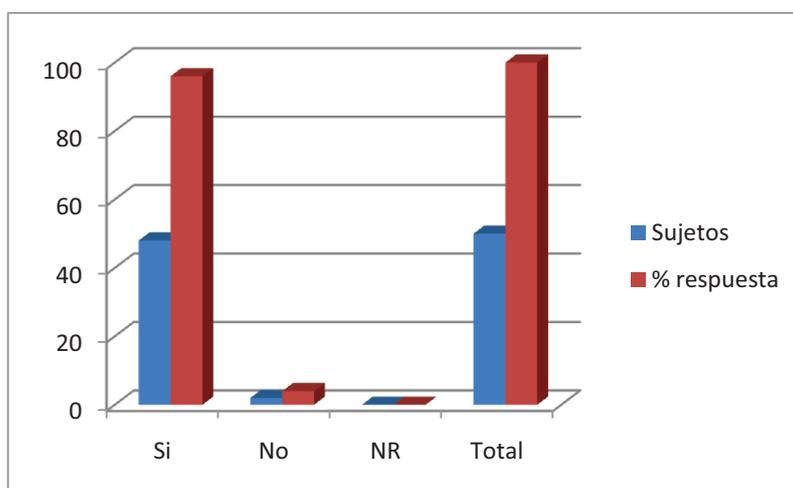


Fuente: elaboración propia a partir de resultados estadísticos

Del resultado anterior también se puede deducir que mayoritariamente, el 72%, los habitantes de San Basilio de Palenque tienen confianza en la forma como actúa la Guardia Cimarrona. Sin embargo, resulta interesante que el 28% de los pobladores que no confían en la Guardia cimarrona, luego entonces es una cifra que requiere de una revisión a la actuación, así como a las personas que integran este cuerpo de seguridad.

Tercera pregunta (ver gráfica 3): *¿son para la comunidad importantes los Kuagros?*

GRÁFICA NO 3: IMPORTANCIA DE LOS KUAGROS.

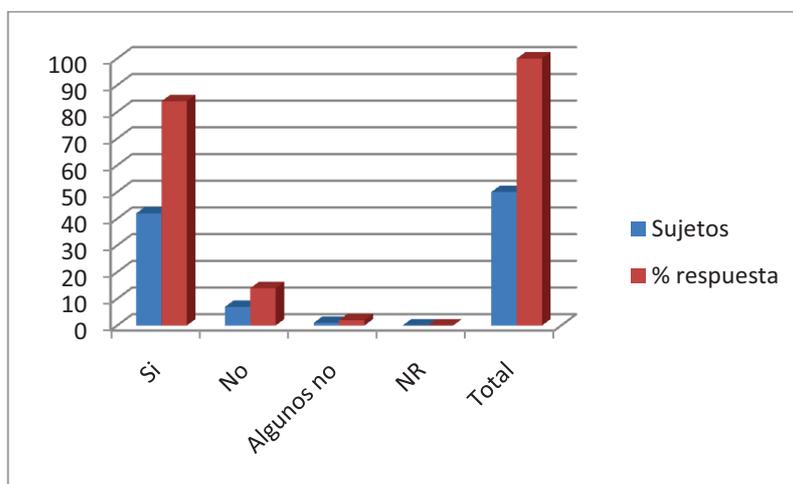


Fuente: elaboración propia a partir de resultados estadísticos

En esta pregunta, el 96%, una cifra realmente significativa, de los habitantes de San Basilio de Palenque cree y considera importante a los Kuagros. Por lo tanto se infiere que los Kuagros por ser una parte muy arraigada de la estructura social de la comunidad palenquera, se han constituido en un espacio de socialización privilegiado.

Cuarta pregunta (ver gráfica 4): *¿considera usted que los problemas de la comunidad de San Basilio de Palenque se resuelven con la ayuda del adulto mayor?*

GRÁFICA NO 4: RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS CON EL ADULTO MAYOR.

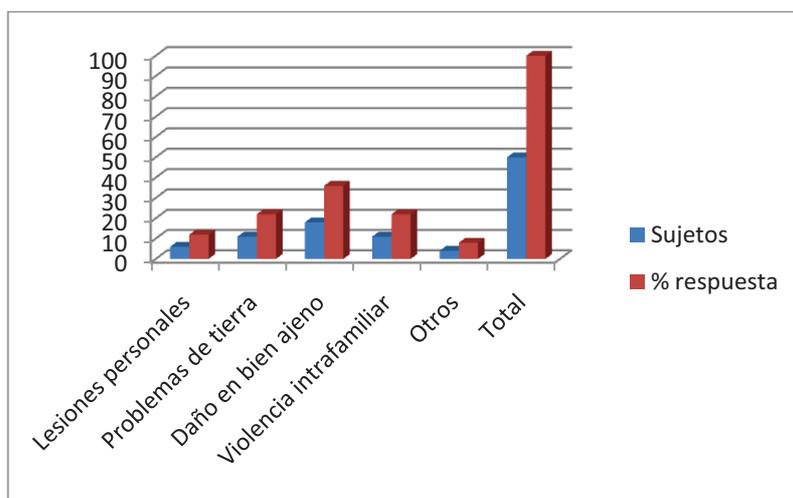


Fuente: elaboración propia a partir de resultados estadísticos

Nuevamente, en esta pregunta mayoritariamente, el 84% de los habitantes de San Basilio de Palenque, prefieren resolver los problemas que surgen en la comunidad con la intervención de los adultos mayores. Sin embargo, se hace relevante la opinión de un 18% de la población, que considera que los problemas de la comunidad deben resolverse sin la ayuda del adulto mayor, lo que amerita un análisis que bien podría ser objeto de otro estudio.

Respecto a las preguntas en las que el sujeto podía escoger entre varias alternativas de respuesta,. Los resultados observados fueron: primera pregunta (ver gráfica 5), *¿los problemas que más se ventilan con el adulto mayor son...?:* i) lesiones Personales; ii) problemas de Tierra; iii) daño en bien ajeno; iv) violencia intrafamiliar; v) otros problemas.

GRÁFICA NO 5: PROBLEMAS QUE MAS SE VENTILAN CON EL ADULTO MAYOR.

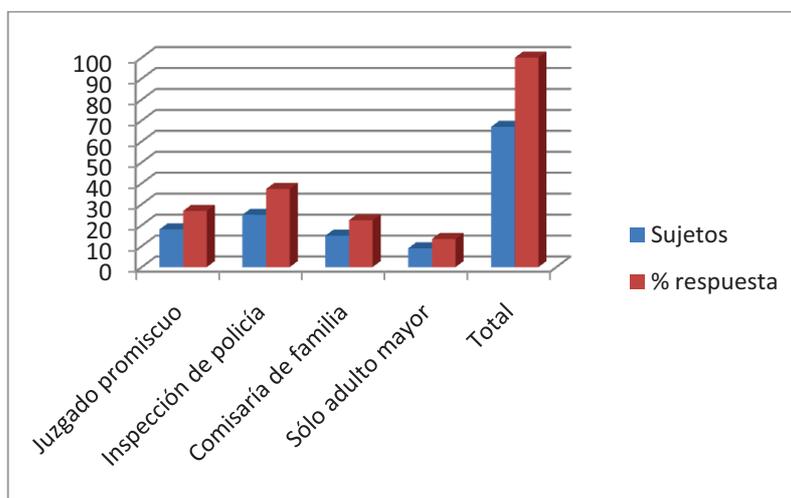


Fuente: elaboración propia a partir de resultados estadísticos

El resultado de esta pregunta arrojó el problema más ventilado con el adulto mayor corresponde a los daños en bien ajeno, seguido de violencia intrafamiliar y problemas de tierra, ambas problemáticas con el mismo porcentaje, 22%.

La segunda pregunta de escogencia múltiple, fue (ver gráfica 6): *¿considera usted que para que la justicia cumpla con su rol de control social en San Basilio de Palenque se requiere de...?:* i) juzgado promiscuo; ii) inspección de policía; iii) comisaria de familia; y, iv) no se requiere sino del adulto mayor. Los resultados al respecto, fueron los siguientes:

GRÁFICA NO 6: REQUERIMIENTO PARA LA EFICACIA DE LA JUSTICIA.



Fuente: elaboración propia a partir de resultados estadísticos

Esta pregunta muestra claramente que los habitantes de san Basilio de Palenque, en aras de la solución de los conflictos presentados en la comunidad, consideran que para que la justicia cumpla su finalidad se necesitan varias instancias. Por lo que se puede inferir que la incidencia del adulto mayor es importante, tradicional y fundamental, no es el único recurso que, en la actualidad, requieren los palenqueros.

Con el propósito de profundizar, y complementar la información de la pregunta de selección, se formularon interrogantes abiertos a los sujetos entrevistados en los cuales se indagaba sobre su percepción respecto de los conflictos y las formas en cómo se resuelven al interior del Palenque. Los resultados fueron los siguientes:

Primera pregunta: *¿tiene algo que expresar sobre la Justicia en San Basilio de Palenque?*: un 35% de los encuestados respondió *“que cuando hay problemas los mismos se resuelven entre la familia y que a veces se incumple en lo pactado para arreglar el conflicto”*. Un 15% apoya a los adultos mayores. Entre los que apoyan las actuaciones del Juzgado Promiscuo (25) y la comisaria de familia (25%) se adjudican el resto de la puntuación. Algunos consideran que cuando se remiten a la policía o a la comisaria de familia, estos entes demoran en administrar justicia. Otros palenqueros consideran que este tipo de justicia tribal era eficaz en los tiempos de los abuelos, porque los

jóvenes han perdido un poco su tradición; consideran que se requiere de mecanismos de justicia ordinaria porque hay asuntos que la Guardia Cimarrona no logra resolver. Además sugieren que la guardia cimarrona este compuesta por jóvenes.

Para observar como es la aplicación de la justicia comunitaria en San Basilio de Palenque, utilizamos la metodología de casos, ya que se pretende recrear las diversas situaciones reales que tienen que resolver el Corregidor y la Guardia Cimarrona y la forma en que estos conflictos han sido resueltos. Marcel Mauss, anticipándose con una perspectiva particular, plantea que la manera más adecuada para que la antropología pueda conocer cómo opera el Derecho en sociedades simples, es a través del análisis de casos en los que existen conflictos.

Por otra parte, también se realizó un estudio de caso en cuanto al tema de la violencia intrafamiliar. Los resultados son los que se expresan a continuación:

Los hechos: José de los Santos Reyes no cumple con las obligaciones económicas del hogar y su compañera permanente Ernestina Cáceres Cassiani, le reclama airadamente por el dinero para la comida y los gastos de manutención.

El juicio interno: avisado el Corregidor de la discusión familiar, acude a la casa familiar acompañado de la Guardia Cimarrona y coloca a las partes en posición de Conciliar en equidad.

Análisis del Caso: ya vimos como la comunidad de San Basilio de Palenque, como muchos pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas dispone de instrumentos propios de tratamiento de sus controversias, el adulto mayor como tradición tribal y el Corregidor apoyado en la Guardia Cimarrona. Lo anterior denota que la justicia tribal, hoy se relaciona con el régimen jurídico nacional.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Muchas comunidades tienen unas costumbres que han venido practicadas desde hace muchos siglos, se puede señalar que las comunidades indígenas dentro de sus prácticas ancestrales culturales tienen unas formas de practicar la justicia dentro de sus territorios lo cual ha sido reconocido por el Estado, tal como lo plantea la Constitución Política, debido a este reconocimiento se ha estudiado, y ya se ha trabajado mucho sobre este tema, pero no ocurre esto con la justicia ancestral Palenquera, ya que no se conoce mucho por parte de los juristas de la existencia de estas prácticas culturales. Es importante conocer la forma como parte de los africanos traídos al continente americano para ser esclavizados, se liberaron de los esclavistas y tomaron asentamiento en diferentes territorios, muchos de ellos ya desaparecidos, establecieron su propia forma organizativa y de convivencia, modelos estos en su mayoría diferentes a los que les habían impuesto los amos. Vemos que en Palenque de San Basilio existen formas organizativas como los kuagros, institución de mucha importancia en la comunidad toda vez que cumple un papel importante al momento de resolver los conflictos que suelen darse entre los miembros del mismo o de diferentes kuagros, he ahí donde el jefe del mismo tiene que resolver la controversia, decisión esta que tiene que ser respetada por sus miembros, aunque cabe decir que cuando la controversia no ha sido resuelta por las partes en primera instancia pasa al kuagro, en caso de que el kuagro tampoco pueda darle una solución pacífica esta pasa a los ancianos de mayor experiencia en la comunidad los cuales ya en una última instancia dan una decisión al problema que se les planteó.

Se puede observar que esta figura que se practica aproximadamente desde hace cuatro siglos en la comunidad de San Basilio de Palenque, es una figura bastante parecida a los que hoy conocemos los juristas o los estudiosos del derecho procesal, como competencia, donde en la parte baja de la pirámide se encuentran los jueces (municipales/circuito), después encontramos al tribunal superior y por último a las altas cortes. Igualmente hay otras figuras que encontramos en la comunidad que tiene una aplicación muy diferente a la que le da el ordenamiento jurídico de Colombia, vemos la

figura del dote, aquella en que si el hombre perjudica o le quita la virginidad a una muchacha y la joven le informa a sus padres, este último puede exigir al hombre que ha tenido relaciones sexuales con su hija que contraiga matrimonio con ella, en caso de que el hombre no quiera contraer matrimonio con su descendiente, éste puede pedir como consecuencia de los daños morales que ha sufrido su hija, y en aras de que esta tenga un buen futuro, exigir una indemnización. El avalú de esta lo hace directamente el padre de la mujer, sin que éste peritazgo, por así llamarlo, pueda ser objetado por los padres del muchacho. Mientras que el código civil cuando se refiere a este tema en su artículo 1.842, señala que se entenderá por la dote aquellas donaciones que un esposo antes del matrimonio y en consideración a él, y a las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio. Se puede observar que hay mucha diferencia en cuanto como se concibe el dote en la comunidad de San Basilio de Palenque y como lo concibe el ordenamiento jurídico Colombiano.

De esta figura podemos extraer otro elemento que antes se mencionó y es el avalú. Nosotros conocemos como se hace el avalú en el ordenamiento jurídico colombiano, ya que es un tercero ajeno al proceso quien lo práctica y que este debe estar en una lista de auxiliares de la justicia, muy diferente al que se emplea en la comunidad de San Basilio de Palenque ya que este dictamen quien lo establece es la misma parte que ha sufrido el perjuicio. Hay que aclarar que para entender y darles un verdadero valor a las normas ancestrales de San Basilio de Palenque, debemos concebir primero que en Colombia y en el mundo existan unos escenarios jurídicos diferentes a los que estamos acostumbrados a escuchar y a estudiar.

Todos estos escenarios jurídicos ancestrales están dados de acuerdo a la cosmovisión de la comunidad, es por ello que para comunidades como la indígena que tiene su propia justicia y, que es aceptada y respetada, por las Constitución Política, a pesar de que en algunos casos son contrarias a las normas superiores que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siguen teniendo asidero ya que todo ello para poderlo entender tenemos que valorar su forma de concebir el mundo. Es así como en la comunidad de San Basilio de Palenque encontramos una serie de normas ancestrales que rigen a la comunidad con unas características muy diferentes en su gran mayoría a las que solemos

estudiar en las aulas de clase de derecho, ya que estas al igual que otras comunidades están dadas y concebidas de acuerdo a una cosmogonía.

Respecto a quiénes son los operadores o quiénes están legitimados para resolver los conflictos en San Basilio de Palenque, observamos que se manifestó en un alto porcentaje de los casos que son las personas mayores, los viejos, pero solo aquellos que poseen prestigio y respetabilidad frente a la comunidad. Se observó, igualmente, la participación de los comisarios en las comunidades rurales, como un operador de justicia que cumple un papel importante, aunque esta no es una figura propia de los afrodescendientes, en muchos casos, las comunidades se ha apropiado de ella y le han dado un contenido cultural; de allí que la tesis que soporte esta investigación es que hay un sentido de justicia tribal y justicia ordinaria colombiana en San Basilio de Palenque, que podrían fortalecerse, para enseñarle al país, multiculturalismo, pluralismo jurídico, diversidad étnica y justicia comunitaria.

La justicia comunitaria no debe comprenderse únicamente a partir de movimientos que se están adelantando alrededor de la transformación del Estado. Las comunidades no son un simple material sobre el que esculpen los actores externos a ellas. Ellas toman, al menos, uno de dos caminos para el establecimiento y sostenimiento de figuras de justicia comunitaria. De un lado, pueden desarrollar, con cierta autonomía, instituciones e instancias propias de gestión y regulación de los conflictos como resultado de sus costumbres ancestrales. Aquellas figuras de justicia comunitaria que germinan y se desarrollan en comunidades tradicionales como la justicia gitana o marginales o perseguidas (como la justicia popular en Sudáfrica) y que no alcanzan el reconocimiento o la validación por parte de la ley y las instituciones del Estado. En tales casos, la definición de las competencias, la implantación de las figuras de administración de justicia, sus métodos y mecanismos de trámite, así como el marco regulativo de las decisiones están bajo el resorte de la comunidad.

Del otro lado, se propone asumir, surtir y desarrollar, en su seno, figuras de administración de justicia creadas por el Estado para el manejo de un cierto rango de conflictos. Desde el lado del Estado, se pueden apreciar dos tipos de movimientos frente a la justicia comunitaria: por un lado, el reconocimiento de ciertas figuras nacidas en las comunidades y la validación de sus actuaciones

ante el sistema jurídico nacional; y, por el otro, el establecimiento de ciertas instancias y procedimientos mediante los cuales las comunidades alcanzan decisiones válidas ante el sistema jurídico nacional. Este es solo un paso más en el largo camino para desenredar esta forma de justicia, que esta tejida con hilos de milenaria sabiduría, una Justicia que nació al ritmo de tambores lejanos en tierras donde la magia aun es vida. Este trabajo no tiene pretensión diferente a la de proponer acompañar los procesos de reivindicación de los derechos de las comunidades afrocolombianas, intentando lograr el reconocimiento de una Jurisdicción Especial, para las Comunidades Afrocolombianas –JECA-, especialmente en ese primer territorio libre de América confinado en los llamados Montes de María, hoy patrimonio oral e inmaterial de la humanidad, declarado por la UNESCO, llamado San Basilio de Palenque.

La Justicia Afrocolombiana es conjugar la historia con las posibilidades del presente para asegurar la dignidad del futuro, desde luego la reivindicación por el derecho propio no es sino otra de las herramientas que el pueblo afrocolombiano continua utilizando para exorcizar el olvido y la muerte. La historia de las rebeliones de las comunidades y los pueblos negros de América fortalece no solo el debate actual sobre los derechos humanos, sino en sus aportes a la consolidación de sus formas ancestrales de resolver conflictos (Fajardo, 2.005). Las voces, legado de la historia y la lucha se logran oír en la ANC de 1.991, que tiene como gran logro la formulación del artículo transitorio 55 en la nueva Constitución Colombiana.

El artículo transitorio 55 es el punto de partida para la consolidación de la autonomía de las Comunidades Negras en Colombia, este dispone: dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente constitución, el congreso expedirá, previo estudio por parte de un comisión especial que el gobierno expedirá para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas a los ríos de la cuenca del pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá que demarcar la misma ley.

Luego de estas aclaraciones previas, definiremos el Derecho Ancestral Afrocolombiano como la recreación permanente de las formas de resolver conflictos, construir tejido social y permanecer en

el tiempo de sus orígenes, al sonar de los tambores en las tierras africanas, se redimensionó en América, en la lucha por la libertad y la dignidad, que debió de las fuentes de la magia y el vudú constituyendo un elemento de cohesión y unidad en la lucha. Llegó a Colombia con los vientos marinos provenientes, seguramente de Haití, se encarnó en las primeras luchas cimarrones, creció con proyecto de vida en los palenques, creció con la voz de Benkos Biohó, se materializó en las revueltas y su volvió libertad. Las Cantoras, parteras, curanderas, mujeres de fertilidad y vida lo escondieron en sus entrañas para dar a luz en tiempos mejores a esta derecho que encontró espacios en la movilización. Un día llegó a un escenario político, la Asamblea Nacional Constituyente y se transformó en proceso que avanzó sin tregua hasta la aprobación de la Ley 70 donde por primera vez una norma nacional habla de que existen unas formas propias de derecho y se da competencia a los Consejos Comunitarios para aplicar estas formas, que hoy, son derecho y buscan, después de cientos de años, convertirse, en una jurisdicción Especial. El Derecho Afrocolombiano no se concibe sin un territorio, sin un vínculo vital con la tierra, con el río. El Derecho Ancestral encuentra su razón de ser en el territorio (Fajardo, 2.005).

En Colombia, el proceso de lucha por el reconocimiento de los diferentes pueblos y grupos étnicos se ve en parte concretado en la Constitución de 1.991, ese acumulado de lucha parece abrir nuevas esperanzas. Las formas tradicionales de resolver conflictos de las comunidades negras o afrocolombianas ya están visibilizadas legalmente, este reconocimiento que deriva del Artículo Transitorio 55 de la Constitución Política de 1.991 y se ha venido concretando en lo que podemos llamar *Legislación Afrocolombiana*. Para el caso del reconocimiento, del derecho propio encontramos varias leyes y decretos. En la ley 70 de 1.993, se consolida las bases de una jurisdicción especial para las comunidades negras, al darle las competencias a los Consejos Comunitarios se establece que pueden ejercer como amigables componedores, es decir; pueden solucionar algunos de los conflictos que sucedan en el seno de la comunidad . Así dice el artículo 11: *“Funciones de la Junta del Consejo Comunitario: hacer de amigables componedores en los conflictos internos, ejercer funciones de conciliación en equidad y aplicar los métodos de control social propios de su tradición cultural.”*

El Decreto 1745 de 1.995 establece en el capítulo II como funciones de la Asamblea General, máxima instancia de decisión de los Consejos Comunitarios, artículo 60: *“podrá proponer mecanismos y estrategias para la resolución de conflictos de acuerdo con las costumbres y tradiciones de la comunidad, de igual manera tendrá las funciones de reglamentar y velar por la aplicación de las normas del sistema de derecho propio de las comunidades negras”*. Este puede ser; de aplicarse a San Basilio de Palenque y demás zonas del país donde se evidencia la permanencia cultural negra, el camino para el reconocimiento del Derecho Palenquero. Pero el Derecho Afrocolombiano no empieza con la figura de los Consejos Comunitarios, dichos Consejos entran a retomar y consolidar una tradición ancestral de distribución del territorio y a su vez de solución de conflictos, ya que para llegar a la titulación del territorio fue necesario sortear conflictos intra e interétnicos, lo cual se hizo por vías de diálogo y sin recurrir a la violencia en ningún caso; lo demuestra el proceso que consigue titular hasta el momento 5.2 millones de hectáreas del territorio ancestral de comunidades negras. El Consejo Comunitario se constituye en la columna vertebral para regular y administrar el territorio, pero esto no podría hacerse sin antes definir las reglas de juego, lo cual se hace a través de los reglamentos internos, que armonizan las formas propias de resolución de conflictos con lo establecido en la ley 70. La Ley 70 de 1.993 y el Decreto 1745 de 1.995, que plantean como ámbito material de aplicación de estas formas de resolución de conflictos afrocolombianas los territorios colectivos titulados a las comunidades afrocolombianas.

Concluimos también que el saber de los viejos, llamados por nuestra Carta Política, miembros de la tercera edad, y mayores afrocolombianos, son fuente de legitimidad y vigencia de las formas tradicionales de resolver conflictos de las comunidades negras como San Basilio de Palenque. Los adultos mayores en las Comunidades Afro descendientes, juegan un papel preponderante en la organización social, son ellos quienes impulsaron la defensa y protección del territorio ancestral como un legado para las generaciones futuras. La estructura social de las comunidades afrocolombianas está fuertemente ligada a una relación “Territorio-tronco-Equidad”, en la cual el conocimiento tradicional es el pilar que la sostiene y la fuente de poder del derecho Afrocolombiano.

Los adultos mayores se han consolidado como operadores de justicia al interior de las comunidades, los Consejos Comunitarios se han apoyado en su saber para titular el territorio y para solucionar los

conflictos que se pudieran generar en dicha titulación. El ser adulto mayor al interior de la comunidad implica reconocimiento y respeto, asumido de esta forma por todos sus miembros. Ellos desempeñan una labor de gran importancia dentro del proceso organizativo, sobre su cabeza ha recaído la responsabilidad de organizar territorialmente el área de influencia de cada consejo comunitario; como sabedores del pasado ancestral son los llamados a recordar los límites y linderos de una determinada región, así mismo el papel como autoridad frente a los demás miembros de la comunidad es de un grado de reconocimiento bastante alto, es así que en el momento de ocurrirse un conflicto el consejo acude ante estas personas para dirimirlo, actuando como mediadores y consejeros, en el diálogo entre las partes (Fajardo, 2.005).

Para resolver un conflicto familiar se convoca a toda la comunidad, y se pone a su conocimiento el problema, luego las partes se reúnen a parte, para dialogar. Si no llegan a un acuerdo uno les propone una solución según el conflicto, si ellos persisten en la disputa, se les da otra opción, cada conflicto tiene posibilidad de dar tres soluciones diferentes, si estas son agotadas sin llegar a un acuerdo se les hace firmar un compromiso que se llama caución de reconciliación, que tiene sanción para quien viole sus parámetros, la cual consiste en trabajo comunitario o un pago que va al fondo común del consejo utilizado para cubrir los problemas económicos de la comunidad (Saturio, 2.004).

José de los Santos Reyes, de 67 años, líder comunitario del Consejo Comunitario de San Basilio de Palenque nos dice: “Ancestralmente se castigaba, cuando habían infracciones a la ley, poniendo a trabajar a los infractores en las obras públicas o se imponían multas y eso es lo mismo que hacemos ahora. Nuestras leyes se fijan por convenios comunales, en los cuales interviene toda la comunidad y se tienen en cuenta nuestras costumbres ancestrales”. Como podemos notar los adultos mayores de estas comunidades juega un papel muy importante dentro de su organización cultural, social y política. Ellos representan la autoridad al interior de los Consejos Comunitarios, el rescate de su sabor ancestral fue una de las labores que se emprendió durante la conformación de los Consejos Comunitarios.

En un encuentro realizado en el Palenque de San Basilio se le preguntó a la comunidad sobre el grado de reconocimiento que poseen los adultos mayores al interior de sus comunidades llegando a

la conclusión, respecto a quienes son los operadores de justicia, que, como ya se afirmó, en la mayoría de los casos son las personas adultas mayores, los viejos, pero solo aquellos que poseen prestigio y respetabilidad frente a la comunidad. En las comunidades de San Basilio de Palenque se verificó la vigencia de varias de las formas jurídicas afrocolombianas, donde los miembros de las Juntas y los Kuagros, especialmente aquellos compuestos por personas mayores o viejos son principalmente los que administran esta justicia al resolver los conflictos.

Se discutió sobre la validez o no de la figura del Comisario, no se llegó a un acuerdo ya que se presentaron argumentos a favor y en contra, de todas maneras si se reconoció su influencia sobre la comunidad. Sobre las ventajas, se expresó que recuperar las formas de la justicia afrocolombiana o de las comunidades negras fortalecería la autonomía de las comunidades y de los Consejos Comunitarios, pero igualmente se fortalecería la autonomía de las comunidades afrocolombianas urbanas. La recuperación de la justicia propia permite una mayor participación de la comunidad en la búsqueda de soluciones frente a los conflictos internos. El fortalecimiento de los Consejos Comunitarios y otras autoridades tradicionales al interior de las comunidades afrocolombianas, es también una de las ventajas que se valoran de esta iniciativa.

Se recomienda entonces desarrollar actividades de entendimiento, armonización, cooperación y coordinación entre quienes están facultados para administrar la Justicia Afrocolombiana y los operadores de la justicia nacional u ordinaria que garanticen el derecho fundamental al acceso a la justicia de las comunidades afrocolombianas respetando su diversidad étnica y cultural, mediante la aplicación de figuras como la Conciliación en Equidad que puede promover una intervención que rebase la resolución de un conflicto, es decir; su ámbito de operación no está circunscrito a una dinámica que establezca como referente de participación la relación litigiosa. No obstante, es posible que su lógica de actuación sea subsumida en el campo jurídico estatal, cuando el/a Conciliador/a en Equidad opera bajo la movilización de un aparato que recurre a unos discursos establecidos con alto grado de generalidad para actuar ante casos particulares, problemas que sean jurídicamente relevantes, pero que limita su función al caso concreto y la agota en la resolución.

En el marco de esa cosmovisión palanquera podemos señalar que esta comunidad se rige por un principio fundamental que es la *conciliación*, la solución pacífica de los problemas, muy a pesar de ser una comunidad guerrera por naturaleza. Esto se debe a las luchas que tuvieron que afrontar desde la invasión en sus territorios en el continente africano, como aquellas batallas y luchas que tuvieron que librar para lograr su emancipación del yugo esclavizador, observamos en la historia de Benkos Biohó aquel líder que se destacó por forjar la liberación de los esclavizados negros, pero mencionarnos a este gran líder ya que fue él quien realizó un acuerdo, un pacto o una conciliación, con el gobierno del corralito de piedra en ese momento, que muy a pesar de todos los daños y perjuicios, que habían sufrido por culpa de occidente este líder realizó dicho acuerdo.

Se trató de un pacto de no agresión entre los que vivían en los palenques y los colonizadores de ese entonces, al igual que el reconocimiento de libertad de todas aquellas personas que llegaban a los palenques, por ello destacamos este principio y creemos que se ha mantenido desde siempre, de ahí que solemos encontrar conflictos que suelen darse en la comunidad y son solucionados de manera pacífica por el kuagro o por los mayores. Pero vemos que la conciliación en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de la expedición de la Ley 23 de 1.991 se institucionalizó en Colombia. Esta norma fue creada fundamentalmente como descongestión de los despachos judiciales, es decir, que no le dio la importancia que merece la conciliación como mecanismo alternativo y pacífico de solución de conflicto toda vez que entró fue por la necesidad que tenía la administración de justicia con relación a la descongestión de los juzgados. Y que luego encontramos que la constitución política de Colombia igualmente hace referencia a la conciliación en su artículo 116, conciliación como figura jurídica, sin entrar a manifestar sobre su implementación dentro de la justicia ordinaria. Podemos señalar entonces que la conciliación tuvo un verdadero lugar de reconocimiento en el ordenamiento jurídico Colombia cuando se expidió la ley 446 de 1.998, la cual estableció entre muchos de sus artículos que ésta debía ser de manera obligatoria antes de iniciar cualquier acción judicial en determinadas materias, esta ley señaló cual de cada rama del derecho debía tener como requisito previo la conciliación, pero principalmente en materia de derecho de familia es donde hay un mayor número de asuntos que deben ser sometidos primero a la conciliación. Se pueden señalar también el código disciplinario del abogado o ley 1123 de 2.007, el cual a su vez también les exige a los abogados que deben buscar una conciliación antes de iniciar cualquier acción judicial.

La comparación es pertinente en la medida que podemos observar que mientras en la justicia ancestral de Palenque, desde el momento de su constitución hasta nuestros días, siempre ha imperado la solución pacífica y dialogada entre las partes con presencia de terceros mediadores, podemos detallar que las distintas normas que nos hablan de la conciliación dentro del ordenamiento jurídico colombiano son relativamente nuevas tanto es que a los abogados se les exige como tal desde 2.007, pero que la conciliación es un principio fundamental de la comunidad de San Basilio de Palenque, quienes siempre lo han aplicado a través del adulto mayor , aunque el gobierno español lo violó traicionando al fundador del primer territorio libre de América, Benkos Bioho, quien en 1.619, cuando andaba desprevenidamente por Cartagena, consecuencia del pacto de conciliación, fue sorprendido por la guardia de la muralla y apresado, lo ahorcaron y descuartizaron el 16 de marzo de 1.621. Y qué paradoja, el gobernador García Girón que ordenó la ejecución, argumentó entonces, con amargura, de ese ser humano amante de la libertad que nos conllevó a realizar la presente investigación, que el mismo era peligroso porque generaba respeto en la población y que “con embustes y encantos se lleva tras de sí a todas las naciones de Guinea que hay en la ciudad”.

Hoy nos preguntamos si no era una tradición africana obedecer y respetar al Adulto Mayor- léase Benkos Bioho-, como mecanismo de conseguir derechos vulnerados por extraños, a los que nunca les fue explicada su privación integral de autonomía y que hoy se encuentran desaparecidas dichas prácticas producto del multiculturalismo reivindicados por luchas de siglos de negros y aborígenes de nuestras tierras.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

AGUILERA DÍAZ, María M (2.066) *El Canal del Dique y su Subregión: Una Economía Basada en la Riqueza Hídrica*, en: Documentos de trabajo sobre economía regional, No. 72, mayo. Centro de Estudios económicos regionales: Cartagena.

ALMARJO, G. Oscar (2.001). «*Tras las huellas de los Afro descendientes en Acción colectiva, estado y etnicidad en el pacífico colombiano*», en PARDO, Mauricio (ed.) Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-. Colciencias: Bogotá

ANGARITA (1.995). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

ARDILA, Edgar (2.008). «Justicia comunitaria como realidad contemporánea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas», en *ILSA. Revista el otro Derecho*.

ARRAZOLA, Roberto (1.978). *Palenque primer pueblo libre de América*. Cámara de representantes: Bogotá.

BENATTI y MAUES (1.994). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

BENÍTEZ, Juan (1.988). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

CASSIANÍ HERRERA, Alfonso y OTROS (2.002). *Cultura y Derecho*. Universidad Libre: Cali.

COLMENARES Germán (1.978). *Historia económica y social de Colombia 1.537-1.719*. Editorial la Carreta: Bogotá.

COMISIÓN Andina de Juristas (1.992). Citado en UPRIMNY, Rodrigo y OTROS. 2005. *Entre el protagonismo y la rutina: Análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad: Bogotá.

CONVENIO 169 DE LA OIT. Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

DE FRIEDEMANN, Nina (1.944). «Historiografía afroamericana del Caribe: hechos y ficciones», en *América negra*, no. 7 (junio): 12.

DE FRIEDEMANN, Nina y PATIÑO, Carlos (1.983). *Lengua y Sociedad en el Palenque de San Basilio*. Instituto Caro y Cuervo: Bogotá.

FAJARDO SÁNCHEZ, Luis Alfonso (2.005). *Resumen ejecutivo del proceso de recuperación de las formas propias de administración de justicia de las comunidades afrocolombianas*.

FALS BORDA, Orlando (1.975). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

GONZÁLEZ. Citado en UPRIMNY REYES, Rodrigo y OTROS (2.005). *Entre el protagonismo y la rutina: análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad: Bogotá.

GROS (1993). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

GROS (1.997). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

GUTIÉRREZ, Edgar. Citado en OCHOA FRANCO, José Vicente. *Palenque un rincón de África en Colombia*. 2ª edición.

HOSKIN. Citado en UPRIMNY REYES, Rodrigo y OTROS (2.005). *Entre el protagonismo y la rutina: análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad: Bogotá.

INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA -ICAN- (1.990). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

JARAMILLO, Isabel Cristina (1.996). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

MAUSS, Marcel. Citado en ARDILA, Edgar (2.008). *Justicia comunitaria como realidad contemporánea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas*, en: ILSA. Revista el otro Derecho.

MERRY, Sally (2.007). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

OCHOA FRANCO, José Vicente. Palenque un rincón de África en Colombia. 2ª edición.

OCHOA. Citado en ARRAZOLA, Roberto (1.978). *Palenque primer pueblo libre de América*. Cámara de representantes: Bogotá.

ORGANIZACIÓN INDÍGENA DE COLOMBIA (1.995). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

PÉCAUT. Citado en UPRIMNY REYES, Rodrigo y OTROS (2.005). *Entre el protagonismo y la rutina: análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad: Bogotá.

PERAFAN (1.996). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

PÉREZ. Citado en ARRAZOLA, Roberto (1.978). *Palenque primer pueblo libre de América*. Cámara de representantes: Bogotá.

PÉREZ SALINAS, Manuel y MARRUGO, Luis (2.007). *Fruto inventario de Activos Culturales de San Basilio de Palenque*. Documento de Trabajo inspirado en archivo documental de la Corporación Jorge Artel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PINEDA (1.995). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

QUISBERT, Ermo. Citado en ARDILA, Edgar (2.008). «Justicia comunitaria como realidad contemporánea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas», en *ILSA. Revista el otro Derecho*.

SÁNCHEZ, Esther (1.997). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

SÁNCHEZ Y PEÑARANDA (1.995). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia (2.001). *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

SANTOS (1.995). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

SANTOS (1.998). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

SATURIO, Manuel (2.004). Citado en FAJARDO SÁNCHEZ, Luis Alfonso (2.005). *Resumen ejecutivo del proceso de recuperación de las formas propias de administración de justicia de las comunidades afrocolombianas*.

SCHWEGLER, Armin. Citado en OCHOA FRANCO, José Vicente. Palenque un rincón de África en Colombia. 2ª edición.

SHELTON (1.994). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

SOLORZANO y PEREYRA (1.972). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

SOTELO (1.998). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

TRIANA, Eduardo (1.987). Citado en SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. *El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la Justicia Indígena publicado en el Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. Tomo II.

UPRIMNY REYES, Rodrigo y OTROS (2.005). *Entre el protagonismo y la rutina: análisis socio jurídico de la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad: Bogotá.

VALDÉS, Edwin y MÁRQUEZ, Enrique (2.006). «Música palenquera (Saranga·ri palengeî) », en *Revista Anaconda. Fundación BAT*: Bogotá,

VALDÉS. Citado en OCHOA FRANCO, José Vicente. Palenque un rincón de África en Colombia. 2ª edición.

VÁSQUEZ. Citado en ARRAZOLA, Roberto (1.978). *Palenque primer pueblo libre de América*. Cámara de representantes: Bogotá.

WERNER CANTOR, Eric (2.000). *Ni aniquilados, ni vencidos. Instituto Colombiano de Antropología e Historia*. Bogotá.

Cibergrafía

www.javeriana.edu.co/Humana/palenque.

www.mincultura.gov.co.

www.mahates-bolivar.gov.co

www.eltiempo.com.