

# El eurocentrismo y su afectación a las competencias jurídicas de las comunidades étnicas en Colombia

\* **Asier Tapia Gutiérrez**, Máster en Cuestiones Contemporáneas de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Docente investigador de la Fundación Universitaria Colombo Internacional-Unicolombo (Cartagena, Colombia). Correo electrónico: atapia@unicolombo.edu.co

\* **José Manuel Rivas Otero**, Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, Máster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Salamanca, Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración y en Derecho de la Universidad de Granada. Correo electrónico: jose.rivas@usa.edu.co

## RESUMEN

El presente artículo realiza un análisis del modo en que un derecho internacional de características eurocéntricas continúa limitando las competencias jurídicas de las comunidades étnicas en Colombia, en tanto contradigan la sustancia cultural ínsita en su fundamentación, pese al progresivo avance de sus contenidos.

Palabras clave: eurocentrismo; justicia transicional; justicia indígena; Jurisdicción Especial para la Paz.

## EUROCENTRISM AND ITS AFFECTATION TO THE LEGAL COMPETENCES OF ETHNIC COMMUNITIES IN COLOMBIA

### ABSTRACT

This paper analyzes the way in which an international law with Eurocentric characteristics, continues limiting the legal competences of the ethnic communities in Colombia, insofar as they contradict the cultural content of the Western Worldview, despite the progressive progress of its contents.

Keywords: eurocentrism; transitional justice; indigenous justice; JEP.

**Fecha de recepción:** 05/02/2019

**Fecha de aprobación:** 29/04/2019

[42]

## INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se analiza, a la luz del caso colombiano, de qué manera el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho internacional humanitario (DIH), pese a una evolución progresista, continúan portando reminiscencias eurocéntricas que subyugan, simbólicamente y jurídicamente, a las comunidades étnicas que se apartan de la cosmovisión occidental.

Este documento se divide en dos grandes bloques. En el primero, del que forman parte los tres primeros apartados, se realiza una exposición teórica del proceso de instauración de un derecho internacional eurocéntrico y su influencia en los procesos de justicia transicional (JT), para en el apartado cuatro analizar su influencia en Colombia.

Se lleva a cabo una exposición del modo en que la formalización de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) establece una comprensión individualista de la existencia, que, en sintonía con el discurso de desarrollo, invisibiliza y aísla otras cosmovisiones desplazándoles fuera de la verdad institucional. Asimismo, se pondrá de manifiesto la manera en que esa construcción institucional del derecho internacional afecta decisivamente a las capacidades políticas para alcanzar acuerdos de paz en pro de una dimensión jurídica, reflejo de la comprensión individualista del derecho.

La minusvaloración de la dimensión política frente a una dimensión jurídica, regida por el paradigma occidental, motiva que los procesos de JT se circunscriban tanto al tipo de delitos considerados como no amniables, como al modo de pagar-sanar esas penas, cuestiones que constriñen a las comunidades colectivas a vivir según comprensiones ajenas a su existencia.

En el segundo bloque se examina la forma en que el ordenamiento jurídico colombiano se ha apropiado de la fundamentación universal de los derechos humanos (DDHH) sin consideración de las cosmovisiones de los pueblos indígenas. Para ello se analiza (i) el ordenamiento jurídico colombiano y la hermenéutica constitucional llevada a cabo por la Corte Constitucional colombiana en relación con estos pueblos, y (ii) de qué manera esta jurisprudencia ejerce y va a ejercer una influencia en el Acuerdo de La Habana, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Jurisdicción Especial Indígena.

## EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO INSTRUMENTO EUROCÉNTRICO

El edificio del DIDH se formaliza con la aprobación en París de la DUDH tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. Esta institucionalización supone un punto de inflexión que permite denominar a este derecho internacional como moderno, frente al existente hasta ese momento denominado como antiguo, debido a que estaba “produciéndose una erosión y relativización del principio de soberanía” (Márquez, 2008, p. 22). Aquel derecho había dejado de tener una motivación marcadamente eurocéntrica para cimentar unas bases humanistas.

Otros autores opinan que los DDHH, con la aprobación de la DUDH, no hacen sino adaptarse a los nuevos tiempos de la comunidad internacional y a la proscripción colonial, sin dejar de ser instrumentos de control global mediante mecanismos menos coactivos (Anghie, 2007; Mutua, 1996). Ello se conjuga en un contenido de la DUDH de espíritu y contenido eminentemente liberal (Herrera, 2005, 2008) con el fin de cooperar con la hegemonía liberal global y con una comprensión

existencial individualista. Esta estructura hegemónica de estética humanista se debe a que la DUDH es un mecanismo nacido de una cultura concreta que como toda cultura se expone en pretensión de universalidad frente a la realidad pluriversa del mundo (Esteva y Prakash, 1998; Panikkar, 1982), fagocitando la manera de comprender la existencia desde prismas culturales diferentes.

Los pueblos indígenas y su cosmovisión colectiva resultan aislados e invisibilizados del nacimiento y la consolidación de este derecho del que en modo alguno formaban parte, adquiriendo la categoría de “Otro” como eufemismo de atrasado. A este respecto, debemos tener en cuenta los postulados de Robert Vachon que expone cómo el derecho y la ley son nociones occidentales y cómo desde las tradiciones culturales indígenas nunca vino a sus mentes que los seres humanos puedan tener derechos. Las premisas de este autor refuerzan la argumentación de que, incluso el derecho de autodeterminación, defendido a menudo como instrumento de emancipación anticolonial, no fue sino un modo de controlar la forma política de las poblaciones descolonizadas en su proceso de construcción institucional (Eslava, Obregón y Ureña, 2016, p. 29).

Una vez aprobada la DUDH y expandida su universalidad *ad hoc* al modelo de desarrollo liberal, la legislación internacional hasta los años 60-70 se enmarca en un paradigma individualista de los DDHH estadocéntrico y mercadocéntrico, en el que la dicotomía principal en el ámbito institucional estriba en posiciones ideológicas que se reflejan en la disputa entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; dicotomía que se hace patente en la división de pactos internacionales de 1966 entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

[44]

En tal coyuntura, los pueblos indígenas siguen siendo sujetos a los que integran en el pensamiento individualista occidental del que los DDHH no son sino una parte instrumental más. La vocación integradora de la institucionalidad internacional se refleja de forma meridianamente clara en el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1957, convenio sustituido por el 169 de la misma institución en 1989 (sobre el proceso y la motivación del cambio véase Rodríguez-Piñero, 2005), con una dimensión no integradora y más respetuosa con los derechos indígenas y sus cosmovisiones colectivas.

La vocación sistémica integradora sitúa a estos pueblos en una posición exógena, respecto de un DIDH que no les toma en cuenta para su elaboración y ejecución y, por tanto, no incluye sus puntos de vista. Así, se conforma un derecho que no hace sino facultar, de acuerdo con la premisa de la universalización, un cambio en su *modus vivendi*, siendo comprendidos y situados en una posición de inferioridad y sometimiento. La JT no es ajena a esta vocación integradora.

A partir de la década de 1970, tal y como expone Samuel Moyn (2015), hay un proceso de cambio en el DIDH desde distintos grupos reivindicativos, entre ellos los pueblos indígenas, que se apropian e intentan reinterpretar la idea de DDHH existente como una nueva utopía. Estos pueblos logran paulatinamente un aumento de participación en la institucionalidad internacional y un progresivo respeto y aceptación de sus cosmovisiones (Tapia, 2011), sin alcanzar la igualdad.

El cambio gradual de actitud respecto de los requerimientos de los pueblos indígenas en la esfera internacional, con su más evidente manifestación en la Declaración de las Naciones Unidas sobre

los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007<sup>1</sup>, faculta una tensión entre los tiempos e intereses de los Estados para incluir en sus ordenamientos jurídicos internos las nuevas perspectivas y reivindicaciones de esos pueblos.

En el derecho internacional es palpable la carencia de fuerza para imponer la efectividad de los nuevos instrumentos internacionales, en lo que el profesor Rodolfo Stavenhagen (2014) llamó la “brecha de implementación”. Esta falencia en la ejecución está motivada por la dificultad de cambiar la comprensión jurídica en clave de universalidad remanente desde hace décadas, así como por la escasa voluntad política de implementarla en la mayoría de Estados, debido a la tensión manifiesta “entre derechos individuales y colectivos” (De Sousa, 2014, pp. 39-44), como una de las existentes entre el modelo de desarrollo y los DDHH.

Lo anterior se debe a que estas reivindicaciones no dejan de ser un reto contrahegemónico, no solo a los cimientos del DIP, sino a todo el edificio de la comunidad internacional, dada su amenaza a principios decisivos como la soberanía nacional, el modelo de Estados-nación, la responsabilidad estatal u otros asuntos constituyentes de una institucionalidad internacional que junto a los DDHH “son vehículos a través de los cuales se expande el modelo de civilización occidental” (Martínez, 2016, p. 130). En diversos países latinoamericanos se produjo una transformación constitucional al incluir en sus Constituciones el respeto a los derechos colectivos, teniendo a Ecuador y Bolivia como ejemplos más destacados; cuestión que no ha impedido que estos pueblos y su concepción vital sigan siendo subyugados.

Esta problemática alrededor del eurocentrismo inmanente en el derecho internacional, se va a reflejar profusamente en el proceso y el resultado del Acuerdo de paz en Colombia, debido a la dificultad de aceptar que los pueblos indígenas tengan un ordenamiento jurídico diferente al de la “Sociedad Mayor” (Sánchez, 2001) y al derecho internacional.

#### **LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN CONTEXTOS DE TRANSICIÓN: ENTRE EL EUROCENTRISMO Y LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ**

La JT es un instrumento de derecho especial que conlleva una pugna derivada de su misma esencia. La disputa está entre el deber de juzgar a los culpables de cometer delitos en un contexto de conflicto armado y la necesidad de permitir que las condiciones sociales futuras, fruto del Acuerdo de paz, sean preferibles a la continuidad del conflicto armado, asumiendo el riesgo de que los actos cometidos no sean juzgados acorde con el deseo social. Esta lucha procede de la naturaleza de los periodos de transición, que son “un escenario de lucha, de disputa por el sentido del pasado, el presente y el futuro de la sociedad, y de la manera como se le concibe” (Martínez, 2016, p. 127), discrepancia sobre todo notoria en aquellos países donde el contexto transicional comporta un cambio sustancial en la forma de gobierno, como en aquellos que suponen el paso de un régimen autoritario a uno de democracia liberal, no siendo este el caso que nos ocupa.

El proceso de JT puede ser malinterpretado como un duelo indirecto entre el interés de las víctimas y el de evitar un previsible aumento de víctimas. Bien al contrario, que no haya impunidad lo desea no solo la víctima en particular, sino toda la comunidad internacional, que se encamina hacia el logro

<sup>1</sup> Del que el paso del Convenio 107 de la OIT al Convenio 169 es otro precedente digno de reseñarse.

de la justicia y el cumplimiento de los principios fundacionales de la Organización de las Naciones Unidas, como son el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, “desde el punto de vista maya q’eqchi’, la impunidad –tal como se define en el Derecho Internacional– no es el fin de la rendición de cuentas por parte de los victimarios” (Viane, 2013, p. 90). Por ello, en procesos de paz atinentes a comunidades colectivas, estas deberán ser plenamente respetadas en la comprensión de la reparación e impunidad desde sus cosmovisiones, debiendo aceptarse el modo en que colectivamente responden a estos hechos.

Por otro lado, el interés de la comunidad internacional y la decisión de qué procesos de paz apuntalar y la forma de hacerlo, van a fundarse, entre otros motivos menos prosaicos, en la imposibilidad de apoyar todos ellos y tener que elegir en cuáles hacerlo, según motivaciones políticas apriorísticamente relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y fácticamente en intereses geopolíticos. Ello alimentó la promoción por parte de la comunidad internacional de unos procesos transicionales con el fin de fortalecer Estados demoliberales que resulten del todo integrados en la estructura internacional de desarrollo.

En el caso de Colombia y su proyecto de JT, la profesora Diana Martínez Correal ubica al país en un contexto internacional en el que su JT es parte integral de una agenda más amplia para promover “el Estado de derecho y la democracia en Estados en posconflicto y pos autoritarios”, en la cual “regímenes domésticos que promueven la impunidad por serios crímenes internacionales son ahora (al menos teóricamente) materia de preocupación internacional” (Crisis Group, 2013, p. 6, citado en Martínez, 2016, p. 129).

[46]

Ello pone de manifiesto un interés político por incidir en la construcción de paz en este país de acuerdo con la teoría de la paz liberal, “que se basa en las ideas (neo) liberales occidentales dominantes de democracia representativa, economía de mercado y resolución de conflictos” (Zirion, 2017, p. 1), cuestión que no hace sino adecuar el Estado colombiano al modelo desarrollista liberal. Este tipo de enfoque del proceso de paz y de JT acarrea una exigua participación y adecuación de las comunidades colectivas en el mismo, pese a haber sido uno de los grupos sociales más victimizados.

En esta coyuntura cobrará una importancia vital la autonomía de la dimensión política en la negociación del acuerdo frente a la jurídica, dado que el contenido y los límites que imponga el DIDH a la misma, van a permear de manera categórica el contenido del acuerdo de JT en cuestión, llegando a deslegitimarlo en caso de contraposición. Si bien la comunidad internacional presiona políticamente en aras de la integración en el mundo liberal, en tanto en cuanto goce de mayor autonomía y flexibilidad respecto de la sociedad internacional y los límites jurídicos establecidos por el DIDH y el DIH, en mayor medida se podrán llegar a acuerdos que puedan incluso impulsar medidas contrahegemónicas de respeto a identidades colectivas.

Acerca de la creciente influencia del derecho internacional en los procesos de JT, es digno de destacarse cómo la relación no es una vinculación *ab initio* desde el periodo pos Segunda Guerra Mundial, sino que es producto de lo que Samuel Moyn (2015) considera emanado de un grupo de reivindicaciones de la sociedad civil desde posiciones minimalistas y luchas heterogéneas que se apoderan de la idea de los DDHH como “*última utopía*” a partir la década de 1970, derivado de la frustración de diversas utopías preexistentes.

Lo anterior conecta la lucha contra la impunidad a movimientos de abajo-arriba, contraviniendo parcialmente la tesis eurocéntrica del derecho internacional o la motivación imperial del mismo. Pese a este impulso desde abajo, el proceso de interrelación entre ámbitos diferentes del derecho, el tipo de violaciones que son perseguidas en derecho penal internacional y la existencia de algunos delitos cuya investigación no se efectúa con el mismo énfasis debido a no ser cosmovisionalmente prioritarios, dificultan el desarrollo de vida de las cosmovisiones indígenas y la aceptación de las respuestas que estos pueblos confieren a hechos ocurridos a sus miembros o en su territorio.

Hasta ese proceso de cambio que Moyn (2015) llama “nueva utopía”, la motivación y meta de la JT era esencialmente política, esto es, el logro del acuerdo, aun a costa de otorgar flexibilidad en la modalidad y temporalidad de la respuesta a los delitos cometidos en el conflicto en cuestión. Este enfoque hacia el acuerdo proviene de su primera formalización jurídica en los Convenios de Ginebra de DIH de 1949, en ese otro tipo de derecho (DIH) que hasta épocas recientes no estaba tan directamente vinculado a los DDHH<sup>2</sup>.

La vinculación de la JT con la política, abstraída de exigencias jurídicas en términos de DDHH y DIH, suponía un amplio espacio para la negociación de cualquier tipo de contenido en un hipotético acuerdo de paz, siempre y cuando fuera acordado por las partes. Permitía, aún a riesgo de conceder cuotas excesivas de impunidad, una mayor capacidad de negociación a las partes, tanto en el sentido cuantitativo –que no interesa aquí–, como en el cualitativo, respecto del tipo de penas alternativas a la cárcel que se pudieran imponer a las comunidades étnicas, así como de la comprensión del tipo de delito que se pudiera entender como digno de ser amnistiado.

Llama la atención la existencia de un campo empírico de análisis muy interesante que aboga por acercar –en la medida de lo posible– a las idiosincrasias locales los mecanismos internacionales de JT. Es ejemplar en este sentido el caso de Sierra Leona, donde los ritos simbólicos fueron más valiosos que el logro de la verdad para la reconciliación (Kelsall, 2005), si bien casos como el de Uganda evidencian la dificultad de manejar con un relativismo amplio el respeto a la justicia local usada torticeramente con el único fin de la impunidad (Allen, 2008).

Fruto de ese impulso utópico de apropiación de los DDHH de los años setenta, se dan dos circunstancias decisivas –e interrelacionadas– para la cuestión que nos interesa. Por un lado, surgen los principios para la protección y promoción de los DDHH para la lucha contra la impunidad presentados por Louis Joinet (en adelante principios Joinet) en 1997, en calidad de relator especial para la impunidad. Por otro, un año más tarde, en 1998, se aprueba el Estatuto de Roma, que da nacimiento a la Corte Penal Internacional (en adelante CPI). Estos hitos son de interés para nuestro estudio, ya que establecerán los márgenes del tipo de delito o conducta que en ningún caso podrá ser sujeto de amnistía, limitando la dimensión política de todo acuerdo de paz como el colombiano.

En los principios Joinet se dispusieron las máximas que todo acuerdo de JT debe contener: satisfacción del derecho a la justicia, satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, satisfacción del derecho a la verdad y garantías de no repetición, establecidas todas ellas como obligaciones-meta del Estado en cuanto actor fundamental del derecho internacional. Con estos principios se concretaba la vinculación de los procesos de JT con los mecanismos de protección de los DDHH, coartando de

<sup>2</sup> De esa creciente interrelación y complementariedad véase Cáceres (2007).

manera sustancial la autonomía política de este tipo de justicia y su comprensión como mecanismo eminentemente político.

El contenido de los principios Joinet contra la impunidad se concibe de manera individual y no colectiva, en expresión de un marchamo jurídico de ideología liberal institucionalizado formalmente con la DUDH. Ello produce que los ordenamientos jurídicos de los países de la comunidad internacional, trasponiendo ese eurocentrismo del DIDH, reflejen los instrumentos jurídicos indígenas de forma subordinada al de la sociedad mayoritaria, como se detallará en los apartados siguientes para el caso colombiano.

Se observa en los principios Joinet una vocación declarada de satisfacción de la víctima, cuestión que no debe criticarse pero sí cotejarse en relación con el objetivo final de todo proceso de JT como es el logro de un acuerdo de paz y la consiguiente necesidad de crear un equilibrio con la justicia. Esa misma lectura del derecho internacional en clave demoliberal se reflejará manifiestamente en el otro de los grandes resultados de la lucha contra la impunidad como fue el Estatuto de Roma, lo que le ubica en una comprensión hegemónica del derecho internacional (Pureza, 2007, p. 244).

En su misión, Joinet elaboró el conjunto de principios para la protección y promoción de DDHH mediante la lucha contra la impunidad, donde se reflejan hechos (delitos según la concepción del imaginario jurídico occidental) que en ninguna circunstancia pueden ser amnistiables. Esto se debe a lo execrables que se asume son esos crímenes, con independencia de la sociedad y el momento en que se produzcan, por lo que se comprenden como delitos repudiables y perseguibles universalmente de forma atemporal. Los delitos que en ningún caso pueden ser amnistiados como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra (crímenes todos ellos graves e infames), son concebidos desde las cosmovisiones de algunos pueblos indígenas no antropocéntricas de la siguiente manera:

Un delito de Lesa Humanidad es específicamente antropocéntrica, en el que el hombre es la creación máxima del planeta, muchos pueblos indígenas comprendemos sentido contrario, para nosotros una explotación minera, una represa es un crimen de esa misma categoría, ya que atenta con la madre tierra, productora de la vida, que sustenta no solo la vida de los humanos sino el equilibrio del planeta, en este sentido, los humanos seríamos el último en el eslabón de importancia, ya que el planeta puede existir sin nosotros, nosotros sin el planeta es probable que no. Estos crímenes que nos hacemos nosotros mismos, es porque no hay conciencia de la importancia de proteger al planeta, que fue quien nos creó, y si no se reconoce tal derecho, entonces tampoco nos vamos a respetar, es el principio de muchos pueblos indígenas milenarios (entrevista a Lorenzo Gil Gil, líder comunidad Wiwa, 14 de agosto de 2016).

La existencia vista desde prismas tan diferentes llama a considerar hasta qué punto es real la concepción universal de delito y a tener en cuenta la imposibilidad derivada de que los delitos sean amnistiados, como es el caso de los que se incluyen en el Estatuto de Roma, justificando ser los únicos en ser perseguidos internacionalmente sin posibilidad de amnistía. Ahora, cabe preguntarse, según qué argumentación se debe limitar la JT en hipotéticos procesos de paz que pudieran ser exitosos con mayor autonomía política, sin unos márgenes concebidos desde una comprensión particular de la existencia.

En lo tocante al tipo de delitos escogidos como no sujetos a amnistía, autores como Balakrishnan Rajagopal critican el uso habitual de los términos violación de DDHH, así como otros como

[48]

tortura, omitiendo otras violaciones como el derecho humano a un medioambiente sano o aquellas cometidas por las empresas multinacionales. La crítica del autor radica, por un lado, en relación con la ponderación del límite en que se establece qué es y qué no es tortura y, por otro, en que algunos hechos ni tan siquiera sean considerados como violaciones de DDHH, debido a su comprensión como consecuencia natural del desarrollo, no siendo objeto de escrutinio de los instrumentos internacionales de DDHH (Rajagopal, 2005, cap. VII).

Este es el caso de las violaciones realizadas en la actividad de algunos proyectos productivos de desarrollo que el sistema internacional de DDHH favorece o al menos no persigue porque entiende que el beneficio económico justifica la violación. En el mismo sentido de las diferentes comprensiones de qué es violación de DDHH, Gustavo Esteva y Madhu Suri Prakash destacan como “la prisión y la pena capital no son clasificadas como violencia, tortura o violación de derechos humanos en muchas sociedades modernas, dado que provienen de un juicio legal” (Esteva y Prakash, 1998, p. 135).

Esta diversidad de posturas prueba que la comprensión de qué es violación de DDHH es una cuestión cultural. Asimismo, las medidas de castigo que se imponen pueden, desde algunas cosmovisiones, ser hechos inadmisibles en cualquier circunstancia. Esta problemática llama a estudiar con relativismo la imposición de límites al modo de solventar conflictos, así como a la idea de superioridad civilizatoria de una comprensión de derechos sobre otros.

#### **LA SANCIÓN Y LA PENA COMO MUESTRA DE EUROCENTRISMO**

Una de las grandes máximas del imaginario social internacional respecto a las violaciones masivas de DDHH, es la asunción, más allá de su aquiescencia particular en cada contexto local, de que toda víctima de violaciones graves y masivas de DDHH va a desear llevar a los victimarios a organismos jurisdiccionales con el objetivo de que sean juzgados y les sea impuesta una pena a modo de castigo. En este sentido, la Corte Interamericana, en lo que atañe al componente de justicia en un proceso de JT, determina que los Estados tienen un deber absoluto de luchar contra toda forma de impunidad comprendiendo esto como “la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones a los derechos humanos”<sup>3</sup>. Contiene plena concordancia con un imaginario de la justicia equivalente a cárcel, que evidencia el carácter individual del victimario y la víctima, ausente del contexto sociocultural en que actúan.

La Corte Interamericana no había llevado a cabo todavía el reconocimiento –existente en la actualidad– de la comprensión de los derechos a las comunidades étnicas, lo que explica la ausencia de la posible exigencia y satisfacción de los diversos componentes de la JT para las comunidades étnicas acorde con sus cosmovisiones colectivas. Por otro lado, existe la creencia de que, ante hechos tan graves, la comunidad internacional, en cuanto baluarte del sustento jurídico moral de la humanidad, debe actuar como el policía global que impida la impunidad de unos hechos que la gran mayoría de sus miembros conciben como injustificables.

<sup>3</sup> Corte IDH (1998a). Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37; Corte IDH (1998b, párrafo 163). Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42 párrafos 168 y 170; y Corte IDH (2000). Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 8 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 211.

El deseo de lograr un juicio y la consiguiente pena puede estar motivado por un afán de venganza o de reparación, vinculado este último a las comprensiones clásicas de los fines de la pena. Esta manera de percibir el fenómeno de la justicia y su contenido, es interpretado así hasta el punto de poder afirmar que la necesidad de juzgar y castigar se torna una cuestión universal, más allá de si estas posiciones cercanas al consenso son fruto de una reflexión similar en diversas regiones del planeta o de una imposición externa homogeneizadora de un modo particular de lograr justicia, que, en palabras de Boaventura de Sousa, se definiría como “localismo globalizado” (2002, p. 64).

Desde el punto de vista de la comprensión occidental de la existencia, la racionalización de la justicia como condena a cárcel, bien sea con el objeto declarado de reinserción social, bien sea de saciar deseos de venganza o bien de simple mecanismo de reparación, no deja de ser la universalización de una idea cultural particular. Su comprensión transpuesta a todo el orbe ha sido promulgada mediante un ejercicio de universalización y racionalización por múltiples vías, hasta etiquetar como carente de racionalidad o salvaje a aquel que ose entender de un modo alternativo el ejercicio de la justicia occidental.

No obstante, la fiscalía de la CPI, en relación con la posibilidad de amnistiar a guerrilleros en el proceso colombiano, afirmó que la cárcel no es requisito obligatorio para el logro de la justicia, pero “deben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores” (Stewart, 2015, p. 12). Estas cuestiones que para la fiscalía de la CPI son necesarias para la satisfacción de las víctimas, con dificultad se puede presumir que se vayan a lograr en la práctica si nos atenemos a observar el estado de las prisiones en Colombia, *ergo* sería un acicate decisivo para probar con otros métodos de cumplimiento de pena.

Trascendiendo el estado de los penales, esta innovadora posición de la fiscalía de la CPI se puede interpretar como una “contra-hegemonía defensiva” (Pureza, 2007), ante las reivindicaciones de nuevos movimientos de la sociedad civil, destacándose entre ellos los pueblos indígenas, cuyas cosmovisiones rechazan mayoritariamente la idea de que la prisión aporta algo a la víctima y a la sociedad. Ante estas lecturas contrahegemónicas de las penas, la fiscalía de la CPI las acepta en clave defensiva, dado que sigue sin llegar a analizar en profundidad los motivos sociopolíticos que llevan a esa comprensión diferente de la cárcel como pena y en menor medida, las causas de esos delitos que se incluyen en su seno, pero reconoce esas nuevas lecturas de las penas. La clave será determinar hasta dónde admite la CPI esas sanciones alternativas y hasta dónde lo comprenda como una vía para la impunidad, es decir, dónde establece los límites entre el cosmopolitismo y la impunidad.

El problema del tipo de pena a aplicar no existe en sociedades homogéneas que comparten una cosmovisión fundada en una comprensión individualista de la vida, sino en sociedades étnicamente plurales como la colombiana, en las que hay comunidades con una cosmovisión distinta y para quienes la observación de los mecanismos de justicia y pena es al menos diferente a la occidental. De ahí que se sostenga que ese tipo de derecho internacional está creado por Occidente sin tomar en cuenta ni los pensamientos ni la realidad de los países de otras latitudes geográficas y ontológicas.

Se advierte, por ejemplo, en el caso de numerosos pueblos indígenas y afrodescendientes, que a menudo tienen una concepción de penas distintas a la Occidental o en contradicción con estas. La simple ausencia en su léxico de palabras como ‘castigo’, ‘pena’ o ‘reparación’, expresa cómo entien-

[50]

den de forma totalmente disímil la respuesta a actuaciones contrarias al comportamiento adecuado al interior de sus sociedades. La imposición a estos pueblos de mecanismos exógenos de justicia, castigo o penas supone una injerencia en sus asuntos internos en clara violación de sus respectivos derechos de autodeterminación. Por ello “[...] la institución penitenciaria ha sido interpretada como un instrumento para la dominación y subordinación de grupos minoritarios racial, étnica y culturalmente diferenciados” (Ariza y Zambrano, 2012, p. 160), muy lejos de los objetivos de volver a equilibrar las fuerzas de la naturaleza y los espíritus en relación con los pueblos indígenas y lograr que se conserve la armonía y el equilibrio (Velasco, 2007, pp. 87-88).

Esta minusvaloración supone una falta de respeto hacia sus cosmovisiones, no aceptando su modo de juzgar ante la creencia de que implica impunidad e injusticia.

A la hora de la aplicación de la justicia indígena, el asunto se definirá por la interpretación o no de impunidad acorde con el tipo de “armonización” que se le impusiere al actor causante del hecho, que pudiera o no ser un indígena. La progresiva flexibilización de instituciones como la CPI no oculta que esa institucionalidad nacional o internacional se erige en el último intérprete de la bondad o maldad de las decisiones de unos pueblos indígenas, en definitiva, sometidos a las mismas. En el último informe de la fiscal de la CPI de 18 de octubre de 2017, Fatou Bensouda, en el apartado relativo a restricción efectiva de libertades y derechos, sin referirse de manera explícita a los pueblos indígenas, declara:

Si bien el Estatuto de Roma no prescribe el tipo o la duración específicas [sic] de las sanciones que los Estados deben imponer por crímenes de la CPI, el derecho interno debe permitir un sistema de penas que apoye los fines generales del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad por los crímenes más graves. En este contexto, las sanciones penales efectivas podrían ser de distinto tipo, en la medida en que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración<sup>4</sup>.

Se observa gran autonomía de los Estados para comprender la pena de forma amplia, rechazándose, eso sí, una suspensión total de las penas y estableciéndose que deberá darse respuesta específica caso por caso<sup>5</sup>. Será el ordenamiento jurídico colombiano quien defina los parámetros en concordancia con los que los pueblos indígenas puedan imponer en su “pena-armonización”, en una muestra de evolución de la CPI de posiciones eurocéntricas previas.

En lo que respecta al tipo de pena que la Jurisdicción Especial Indígena podría determinar, la sentencia C-139/1996 de la Corte Constitucional colombiana dicta que:

[...] dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares, es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa. En este punto, no entra la Corte a determinar cuáles pueden ser estas conductas, ni cuáles los límites de su sanción.

<sup>4</sup> Escrito de *amicus curiae* de la fiscal de la CPI sobre la JEP ante la Corte Constitucional de Colombia de 18 de octubre de 2017. Punto 50.

<sup>5</sup> *Ibidem*, punto 51.

Esta sentencia concede vasta autonomía para aplicar las sanciones acordes con la cultura de las comunidades indígenas. La problemática viene derivada de la multiplicidad de cosmovisiones de los pueblos, que significarían la necesidad de fijar la pena según cada una de estas, con las enormes dificultades subsiguientes para el Estado. Ello acabaría con la “ruta invisible” (Ariza y Zambrano, 2012, pp. 166-167), relativa a no hacer visible en un juicio la presencia étnica por parte de los operadores judiciales. La dificultad de emitir una respuesta para cada grupo étnico por parte del Estado debería incitar a una mayor autonomía de la jurisdicción penal indígena, así como a aumentar los mecanismos interculturales de “sanción-sanación” por parte del ordenamiento jurisdiccional ordinario. Empero, este hecho dispararía la controversia de una sociedad mayor por completo convencida de que su institucionalización carcelaria eminentemente redistributiva y su institucionalidad jurídica son las únicas válidas.

Una de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana más innovadora en relación con la pena, es la T-921/2013 que dicta que

[...] la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria.

Ante dicha situación, el Estado tiene la obligación de materializar los modos de resocialización, asunto que no puede ser de otra manera que, en plena concordancia con la comunidad étnica en cuestión, es un ejercicio de diálogo intercultural. La dificultad del diálogo intercultural se dará cuando una comunidad no acepte de manera alguna la reclusión como método de resocialización, poniendo en evidencia la política “de sanación” eminentemente restaurativa en términos comunitarios de la gran mayoría de pueblos indígenas y la redistributiva de la Sociedad Mayor.

[52]

En lo que al proceso de JT atañe, dada la primacía en las respuestas restaurativas, podemos afirmar que hay una coyuntura favorable a la política de penas otorgadas por los pueblos indígenas e indirectamente también a la jurisdicción penal indígena, puesto que una de las cuestiones que a menudo se temen respecto de esta es la creencia de que deviene finalmente en impunidad.

#### **COLOMBIA: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL, JUSTICIA PENAL INDÍGENA Y POSIBILIDADES DE AMNISTÍA**

El instrumento internacional más importante que dificulta a Colombia focalizar su iniciativa política en la justicia restaurativa es el Estatuto de Roma, ratificado por el país en diciembre de 2001, y que pasó a formar parte el año siguiente del ordenamiento jurídico colombiano, entrando en vigor el 1 de noviembre de 2002, con la salvedad del artículo 124 del Estatuto, que retrasaba siete años la competencia de la CPI por crímenes de guerra. Esto es, hasta el 1 de noviembre del año 2009 la CPI no tendría competencia de delitos de guerra relacionados con Colombia, que sí podía sin embargo perseguirlos autónomamente con arreglo a su ordenamiento jurídico interno.

La Constitución nacional establece la posibilidad de otorgar una amnistía, pero solo para el caso de delitos políticos, tal y como reseña su artículo 201.c. Ello supone que, para una hipotética amnistía de un indígena acorde con el reciente Acuerdo de paz de La Habana, solo sería posible en cuanto miembro del grupo guerrillero que haya cometido unos delitos considerados como políticos.

No habrá por tanto ningún grado de distinción respecto de los cometidos por cualquier otro ciudadano colombiano, sin atender el motivo por el que los indígenas hubieran ingresado en la guerrilla.

Equiparar la participación de los pueblos indígenas en la guerrilla a los no indígenas y consiguientemente concederles el mismo trato judicial, puede ser comprensible teniendo en cuenta que ellos no formaban parte de una guerrilla indígena como en su momento fue el movimiento armado Quintín Lame, con objetivos y cosmovisión concorde con su comunidad colectiva, sino de una que se rige por los parámetros de la Sociedad Mayor. No obstante, los miembros indígenas de la guerrilla entrevistados como parte de este trabajo insisten en que ellos no pierden sus cosmovisiones indígenas pese a ser parte de esta y que en la misma sus cosmovisiones son respetadas. Ello conllevaría la necesidad de cotejar casuísticamente, si en su actuación como miembros de la guerrilla en casos de comisión de delitos de especial gravedad, lo hacían conocedores de la gravedad como indígenas parte de una comunidad, fruto de compartir vivencias con los otros miembros de la guerrilla, o si, en tanto en cuanto no han perdido esas cosmovisiones, desconocen esa especial significación delictual y pueden ser comprendidos como inimputables.

### **Jurisdicción penal indígena, fuero indígena y subordinación constitucional**

Antes de comenzar a relatar los hechos y consideraciones conflictivas en relación con la jurisdicción penal indígena y la subordinación de ella respecto del derecho nacional e internacional por causa del eurocentrismo, ha de advertirse como falencia axiomática del presente documento, el hecho de que no se puede comprender que todos los pueblos indígenas existentes en Colombia, viven y ejercen su derecho de autodeterminación de manera idéntica, dado que tienen tantas cosmovisiones como pueblos existen, razón por la que en todo momento son referidos en plural. Algunas comunidades pueden defender y defienden la cárcel como castigo, sea porque no deseen tener jurisdicción propia o cualquier variedad de posiciones alrededor de los asuntos fundamento de este trabajo.

A pesar de lo anterior, casi todos los pueblos indígenas del país viven según parámetros muy similares de concepción circular de la vida, de comprensión colectiva de la existencia y fruto de este *modus vivendi*, de rechazo o discrepancia a los métodos punitivos de la Sociedad Mayor, que no es sino un ejemplo más de los métodos de imposición hegemónica occidental extendidos globalmente en clave de racionalidad.

La manera en que la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombianas normativizan el uso de la jurisdicción penal indígena, dará una muestra clara del grado de competencia y autonomía de estos pueblos para dar la respuesta jurídica que consideren pertinente a los actos cometidos por miembros de estos pueblos pertenecientes a las FARC-EP, así como a aquellas violaciones recibidas por miembros de estas comunidades producto del mismo conflicto. Este análisis se hará teniendo en cuenta, por un lado, que Colombia es parte del Estatuto de Roma y, por otro, que derivado de ello y del papel de complementariedad al ordenamiento jurídico colombiano, el país deberá responder ante posibles violaciones de DIH y el derecho penal internacional no juzgadas internamente.

Con ese fin, se analizará hasta qué punto el tipo de castigos o penas que se imponen a los miembros de estas comunidades desde la Sociedad Mayor guarda respeto por estos pueblos. Ello elucidará cuál de estos ordenamientos es el que va a juzgar los hechos socialmente perniciosos acorde con la

comprensión de cada sociedad y permitirá evaluar la influencia o autonomía que cada uno de estos ordenamientos ejerce para con el otro. Lo dicho esclarecerá cuál es la relación de jerarquía entre ellos, como ejemplo de comprensión recíproca en clave de igualdad o subordinación.

#### **Artículo 246 de la Carta: núcleo del respeto a las cosmovisiones indígenas**

La posibilidad de que los diversos pueblos indígenas del país puedan ejercer funciones jurisdiccionales viene claramente delimitada por el artículo 246 de la Constitución Política, que reza:

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

El contenido de este artículo deja meridianamente claro que en ningún caso hay *a priori* limitación del tipo delictivo que pueda juzgar una comunidad indígena en Colombia. Esto es, que si existiera un miembro de una comunidad indígena que cometiera un delito parte del Estatuto de Roma, siempre y cuando el resto de los requisitos del ordenamiento jurídico interno fueran cumplidos adecuadamente, podría ser juzgado por la jurisdicción penal indígena. Es cierto que no hay jurisprudencia que sustente esta posición, dado que no ha habido ningún indicio de que algún miembro de una comunidad indígena haya cometido actos que se pudieran adecuar a estos hechos, pero tampoco hay indicio de que, bajo ningún criterio interpretativo, la jurisdicción colombiana fuera a limitar la jurisdicción penal indígena por este motivo<sup>6</sup>.

[54]

Omitiendo la especial significación de estos delitos, Braconnier afirma que: “Los líderes comunitarios han estimado que en virtud del artículo 246 de la Constitución, el cual reconoce las jurisdicciones indígenas, solo estas jurisdicciones especiales son competentes para juzgar los guerrilleros de su comunidad” (2018, p. 119). En contraste, en muestra de la superposición del ordenamiento jurídico colombiano al indígena, el Acuerdo de paz no correspondió con tanto énfasis a los intereses indígenas al solicitar una coordinación entre jurisdicciones:

En el marco de la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz se crearán mecanismos para la articulación y coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena según el mandato del artículo 246 de la Constitución y cuando corresponda, con las autoridades ancestrales afrocolombianas (Acuerdo final punto 6.2.3.e, p. 207).

Con ese propósito, el artículo transitorio 9 del acto legislativo 1 de 4 de abril de 2017 expone que una sala incidental de la JEP conformada por dos magistrados de las salas o secciones de la JEP y dos autoridades tradicionales indígenas será quien dirima la cuestión, decidiendo finalmente el presidente de la JEP. Esto es, intenta mediante la deliberación, decidir quién juzgará en caso de disputa a sabiendas de que la fuerza decisoria la tiene la JEP. Es el resultado lógico de un acuerdo al que desde un comienzo no se le dio participación, sino tras mucha insistencia como parte de un ejercicio vital de “resistencia ontológica” (Escobar, 2013) de las comunidades étnicas (Rodríguez, 2018).

<sup>6</sup> De la composición étnicamente diversa del Frente 59 de las FARC y las acciones cometidas por este, se puede intuir la existencia de comisión delitos de lesa humanidad de alguno de los miembros indígenas del mismo.

El artículo 246 apunta de forma clara que la jurisdicción indígena se someterá a la Constitución nacional y a sus leyes, dado que no es sino una parte del poder jurisdiccional colombiano con unas condiciones especiales. Es una muestra patente de concebir que los *topoi* de cualquiera de estos pueblos indígenas en ningún caso pueden equipararse a los de la Sociedad Mayor, defensora en definitiva de su verdad como universal. Esta posición quedó manifestada con la sentencia T-254/1994:

[...] la consagración de los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas constituye un límite al principio de diversidad étnica y constitucional acogido en el plano del Derecho Internacional, lo cual es reconocido por el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante la Ley 21 de 1991.

Comparativamente, en el caso de la Carta Política boliviana, su artículo 30.II.14 del Cap. IV Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos se refiere: “Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión” (Constitución Política del Estado de 2009). El caso boliviano es paradigmático, pues la Constitución equipara derechos de todos los pueblos indígenas originarios campesinos bolivianos con aquellos que solo se identifiquen con la bolivianidad. Es difícilmente extrapolable esta coyuntura a Colombia, puesto que Bolivia es un país mayoritariamente indígena, si bien, al igual que Colombia y otros Estados latinoamericanos, fue constituido como Estado por una élite criolla después de su independencia. El proceso de equiparación en términos simbólicos, jurídicos y sociales entre los diversos pueblos indígenas bolivianos no se produjo, sin embargo, hasta la victoria y logro de gobierno por un dirigente indígena como Evo Morales que hizo de esta equiparación entre los diversos pueblos su bandera de gobierno, cuestión en absoluto ajena al proceso existente en Colombia.

La sumisión, recién referida, es una contravención directa del derecho de autodeterminación, fruto de procesos de descolonización injustos o incompletos que derivaron en “colonizaciones internas” (González, 2007). Conlleva una proscripción de uno de los derechos que debieran ser fundantes del derecho internacional en general y los derechos humanos en particular, dado “que constituye el esqueleto de la comunidad internacional” (Bermejo y Dougan, 1985, p. 225). Con esa sumisión se da primacía a los DDHH universalizados traspuestos al ordenamiento jurídico interno.

Autores como Boaventura de Sousa, denominan estos DDHH universalizados como lo “regulado” frente a otras concepciones de comprensión de estos derechos y de la dignidad humana que los sustenta como parte del modo de pensar occidental. La citada sentencia T-254/1994 de la Corte Constitucional en relación con el choque entre diversidad cultural y autodeterminación indígena da continuidad a la limitación al derecho de autodeterminación en su punto 2: “Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”. Este punto se torna decisivo en cuanto límite establecido para la jurisdicción indígena, dado que la Corte Constitucional presume que esos derechos fundamentales sustanciados en su Constitución gozan de un carácter de universal, por lo que de ninguna manera se comprende que los pueblos indígenas, ni ningún otro pueblo, estén legitimados para concebirlos de otra forma, ya que atacarían unos bienes superiores.

El artículo refleja con ello que la necesidad de coartar la actuación autónoma o soberana indígena no es un asunto exclusivamente nacional colombiano, sino que este país ejerce una trasposición de la universalidad en abstracto aplicada a su ordenamiento jurídico, en muestra patente de lo que

previamente denominábamos localismo globalizado. En esa misma línea se pronunció el Consejo de Estado que mediante el magistrado ponente José Octavio Ramírez expresó:

Aunque la Jurisdicción Especial Indígena es una de las manifestaciones del pluralismo presente en la Constitución, del reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas y de la diversidad étnica y racial, lo cierto es que dicha autonomía y dicha Jurisdicción se enmarcan dentro de los límites de la Constitución y de la ley; y para efectos del caso, de lo dispuesto en el Acuerdo de Paz y su marco legal (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, 19001-23-33-000-2017-00216-01).

La aseveración anterior pondría fin y quitaría de cierto sentido a nuestro estudio desde un punto de vista fáctico, dado que profundizar el estudio de esta subordinación legal en el caso del conflicto armado y sus execrables consecuencias, puede considerarse irrelevante, ya que las controversias existentes serán previsiblemente juzgadas y analizadas desde la perspectiva de la Sociedad Mayor siguiendo las máximas expuestas en el artículo 246 y la interpretación constitucional que la Corte máxima ha realizado del mismo.

Con todo, se estimó preciso ahondar en el análisis para continuar poniendo en evidencia la falacia de la universalidad en abstracto de los valores fundamentales y la necesidad de tratar de examinarlos desde diferentes prismas en ejercicio de una hermenéutica cosmopolita, para develar cómo incluso uno de los grandes instrumentos jurídicos internacionales, como es el Estatuto de Roma, tiene un cariz demoliberal. Además, es reseñable exponer cómo la Corte Constitucional colombiana pese a su innovadora y progresista hermenéutica, no puede superar los cotos establecidos por el ordenamiento jurídico del que se erige en intérprete y protectora.

[56]

Al final del artículo 246, se muestra la necesidad de una ley que coordine la actuación de *ambos* ordenamientos jurídicos para limitar la previsible conflictividad que entre *ambos* se pudiera producir. Esta ley hasta el momento no se ha dado, quizá por el rechazo de todo gobierno a sufrir el desgaste de un diálogo intercultural que resultaría largo, conflictivo y tedioso. Ello ha provocado que sea la Corte Constitucional quien dicte los parámetros y límites de la jurisdicción indígena en un ejercicio desmesurado, a la par que habitual y necesario en el país, de legislador indirecto. No obstante, la actuación de la Corte Constitucional tiene algunos lindes claramente estipulados en la propia Constitución, como es el caso del artículo 34 sobre la prohibición de ciertas penas tales como el destierro, la prisión perpetua y la confiscación.

Esta prohibición, que deriva de la cosmovisión occidental, podemos comprenderla como una imposición cultural constitucionalizada atentatoria contra la interculturalidad del país, que ha motivado choques entre las autoridades indígenas y el ordenamiento sancionatorio de la Sociedad Mayor<sup>7</sup>, debido a la prohibición del destierro.

Prosiguiendo con el análisis del artículo 246, debe ser subrayado cómo la inclusión del apelativo territorial en tal norma circunscribe el ejercicio de la jurisdicción penal indígena al territorio de la comunidad que se trate. *A priori*, ello implica que una persona de la Sociedad Mayor podría ser juzgada por un tribunal especial indígena si es objeto de delito o delinque en territorio de la comunidad.

<sup>7</sup> Este choque se observa de forma clara en la sentencia T-254/1994, que impide a la comunidad indígena imponer el destierro a miembros que acaben con la convivencia y el pensar colectivo de la comunidad dado que la Corte consideró que atacaba la proporcionalidad.

La Corte Constitucional, siguiendo la pauta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expone en atención a la palabra territorial:

La Corte Constitucional ha explicado que el ámbito territorial es un concepto que trasciende el espacio geográfico donde se establecen los límites de las tierras ocupadas por los pueblos indígenas, pues posee también un significado cultural. Hace referencia al espacio donde se desarrolla la cultura de cada comunidad, e involucra sus costumbres, ritos, creencias religiosas, modos de producción, entre otros<sup>8</sup>.

La posibilidad de que se juzgue a un miembro de la Sociedad Mayor por actos en el territorio de la comunidad que esta comprende como una contravención a sus modos de vida, supondría un grado sustancial de reciprocidad entre ambas jurisdicciones, dado que esto es lo que se hace cuando un indígena comete algún delito fuera de su territorio. Rechazar esta posibilidad sería una evidencia más de que pese a estar en el ordenamiento jurídico colombiano, esta jurisdicción se asume como un instrumento de una civilización inferior en términos civilizatorios al que los “míos” no se deben someter.

La práctica indica que no ha habido muchos casos controvertidos y que no hay una jurisprudencia clara en uno u otro sentido. La justicia ordinaria aceptó que unos guerrilleros fueran “armonizados” acorde con el derecho nasa por el asesinato de dos miembros del cabildo en su propio territorio<sup>9</sup>, cuestión que la sociedad colombiana o parte de ella elogió por la rapidez y el modo de ejercer justicia para con estas personas. Otro juicio llevado a cabo por la Jurisdicción Especial Indígena a unos militares por la muerte de un indígena, indica la existencia de cierta reciprocidad. Ambos casos se vinculan con el conflicto armado (*El Tiempo*, 19 de febrero de 2004), siendo esta coyuntura la que quizá haya llevado a aceptarlos sin conflictividad jurisprudencial. *A contrario sensu*, observamos el caso del encarcelamiento de Feliciano Valencia acusado de secuestro simple, ante la aplicación de la justicia indígena a un militar que ejecutaba tareas de espionaje de la minga indígena, hechos que la comunidad comprendió como un ataque contra sus territorios y, por tanto, contra la comunidad en cuestión.

Se puso en evidencia la dificultad de la Sociedad Mayor y de su ordenamiento judicial para entender y respetar la autonomía indígena e indirectamente la propia jurisdicción indígena. El conflicto radicaba en hasta qué punto ese militar puede libremente ejercer su trabajo en territorio de la comunidad y hasta qué punto los indígenas deciden sobre su territorio para tener la capacidad de ejercer su jurisdicción incluso a un miembro del ejército colombiano, si lo comprenden violentado.

Finalmente, la Corte Suprema absolvió a Feliciano Valencia de los cargos que se le habían imputado<sup>10</sup>, reforzando la autonomía y la jurisdicción indígena. Otro ejemplo de la contradicción jurisprudencial sobre la reciprocidad entre ambas jurisdicciones aparece en la sentencia T-397/2016, en la que se debate sobre qué jurisdicción se debe aplicar a víctima y victimario en función de si estos son o no indígenas. Da a entender que, si con base en los indicios mostrados en el juicio se resuelve que no se les puede comprender como indígenas, ello supone que tampoco se les podría aplicar la

<sup>8</sup> Aspectos que determinan la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena y elementos estructurales del fuero indígena (sentencia C-463/2014).

<sup>9</sup> [http://caracol.com.co/radio/2013/04/28/judicial/1367131080\\_889351.html](http://caracol.com.co/radio/2013/04/28/judicial/1367131080_889351.html). Existieron casos previos también controvertidos donde pueblos indígenas armonizaron (según su derecho) a miembros del ejército por cuestiones similares (*El Tiempo*, 19 de febrero de 2004).

<sup>10</sup> SP. 9243-2017.

jurisdicción penal indígena y viceversa, lo que nos lleva a cuestionarnos todo lo expuesto en relación con la reciprocidad entre ambas jurisdicciones.

Empero, lo que se pudiera derivar del contenido explícito del artículo 246, la jurisprudencia constitucional de la Corte colombiana, tanto en el tema indígena como en el más amplio de los DDHH, podríamos calificarla de muy progresista e innovadora hasta el punto de observársele un cierto espíritu contrahegemónico. De esta manera y pese a no contenerlo siquiera en el articulado constitucional, a la hora de coordinar la Jurisdicción Especial Indígena con el sistema jurídico nacional, la citada Corte añadió al criterio territorial el personal, con el propósito de aclarar cuál de las dos jurisdicciones es aplicable a casos controvertidos. Con este criterio personal, la Corte Constitucional ha permitido que, por causa de un delito comprendido como tal por la Sociedad Mayor y cometido por un indígena fuera de su comunidad, este pudiera no ser juzgado sino absuelto del delito por error de prohibición invencible, esto es, porque de acuerdo con su cosmovisión el acto en cuestión no supone delito.

La misma sentencia detalla que el indígena pueda llegar a ser “armonizado” por la jurisdicción indígena cuando no ha actuado bajo error invencible, pero sí influido por sus creencias cosmovisionales de cierto desconocimiento del tratamiento que el ordenamiento jurídico de la Sociedad Mayor da al delito en cuestión. Por último, existe la posibilidad de que la diversidad cultural no le ejerza ninguna influencia en su actuar, ya que conoce que el hecho en cuestión es castigado en la jurisdicción ordinaria<sup>11</sup>, siendo juzgado por la misma. Por tanto, la fundamentación para que le juzgue una u otra corte o incluso para que sea absuelto del delito en cuestión, recaerá en cómo el indígena particular esté imbuido de su cosmovisión comunitaria y cómo ello le afecte a su participación en la Sociedad Mayor y, por ende, a su conocimiento del ordenamiento jurídico de esta.

[58]

Del análisis de estas sentencias observamos que, si bien la interpretación constitucional trasciende la palabra territorial, incluyendo la dimensión personal y ampliando la competencia jurisdiccional indígena más allá de lo preceptuado constitucionalmente, no lo hace con el objetivo o la presunción de llegar a reconocer ambos ordenamientos jurídicos en clave de igualdad, sino como una muestra de defensa y respeto a la diversidad cultural consagrada en la Constitución. Esta muestra de defensa y respeto no solo evidencia la subsunción de la una respecto de la otra, sino que, con la mejor intención del mundo, dimana ciertos efluvios paternalistas heredados de la consideración histórica desde la colonia de estos pueblos y sus miembros como incapaces.

Aun comprendiendo el término territorio en sentido amplio, en el caso de miembros indígenas enrolados en las FARC y tomando en cuenta la dimensión territorial, estos podrían ser juzgados por la jurisdicción penal indígena en tanto en cuanto las acciones militares fueran ejercidas en el territorio de la misma, obviando además que no son realizadas en cuanto miembros de la comunidad en cuestión sino de la organización armada. Para que fuera válida esta posición, la Corte Constitucional debería hacer una interpretación innovadora, considerando las posiciones referidas de los miembros de los pueblos indígenas pertenecientes a las FARC, que afirman que, pese a pertenecer a la guerrilla siguen siendo miembros de las respectivas comunidades indígenas y no pierden su visión colectiva de la existencia debiendo por ello ser juzgados por sus propias autoridades. Esto es, comprender

<sup>11</sup> Anexo sentencia C-463/2014.

que en concordancia con la dimensión personal su cosmovisión le haya influido desconociendo el tratamiento jurídico del hecho.

Obviando la premisa expuesta supra del respeto a los valores fundamentales constitucionalizados, hipotéticamente cabría la posibilidad de interpretar que algún pueblo indígena imbuido por su cosmovisión cometiera delitos parte del Estatuto de Roma ignorando su gravedad. Ello no supondría necesariamente que sean juzgados por su propio ordenamiento, sino que se les consideraría absueltos o bien se les juzgaría por otros delitos como pueda ser el asesinato u homicidio en el caso de que no opere el error referido previamente. Debe reconocerse que, con dificultad, un juez aceptará que un indígena parte de las FARC-EP tiene tan siquiera un cierto desconocimiento del ordenamiento jurídico colombiano motivado por su cultura propia, en tanto en cuanto es parte de una organización armada formada en su mayoría por individuos de la Sociedad Mayor y con objetivos políticos relacionados con la misma.

## CONCLUSIONES

Tal y como se expuso aquí el DIDH y el DIH irradian una comprensión cultural de la existencia promovida y globalizada por Occidente como parte de su modelo de desarrollo. Este componente cultural eurocéntrico del ordenamiento jurídico internacional se refleja y afecta a los acuerdos de paz y sus procesos de JT, cuestión que este trabajo ha puesto de manifiesto estudiando las capacidades jurídicas de las comunidades étnicas en Colombia en comparación con el ordenamiento jurídico de la Sociedad Mayor.

Se mostró así cómo el proceso de movilización civil global coadyuvó al fortalecimiento institucional de lucha contra la impunidad, derivando en la minusvaloración de la dimensión política de los acuerdos de paz, frente a una dimensión jurídica parte de la comprensión individualista de la existencia y del derecho internacional. Se probó de qué modo esta cuestión no solo dificulta alcanzar el éxito en procesos de este tipo, sino que fortalece una comprensión del ejercicio de la pena y de la impunidad, no universales sino occidentales, afianzando el mantenimiento de la cosmovisión occidental.

Para poner en evidencia todo ello, se estudió el balance de las comunidades étnicas y sus ordenamientos jurídicos en relación con el ordenamiento jurídico y la hermenéutica constitucional colombianos, poniendo el foco analítico de forma especial en la Jurisdicción Especial Indígena y la previsible conflictividad con la JEP. Ante ello las conclusiones son varias: por un lado, a lo largo de todo el análisis se constata cómo el ordenamiento jurídico colombiano es muestra patente de la trasposición de la comprensión universal de los DDHH a su ordenamiento interno y cómo ella ubica en situación de inferioridad a las comunidades étnicas del país. Se evidencia de forma fehaciente cuándo en diversas sentencias se declara que la pluralidad cultural está limitada por los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Por otro lado, la comprensión del tipo de pena fijada como vía para evitar la impunidad, en ocasiones es frontalmente contraria a la concepción de sanación indígena u otros grupos colectivos que habitan el país. En tales casos, con el objetivo de evitar caer en la concepción occidental de impunidad, se limitan las competencias de la Jurisdicción Especial Indígena poniendo de manifiesto la subordinación de esta justicia a la de la Sociedad Mayor.

En ese mismo sentido, pese a reconocer el carácter progresista de la Corte Constitucional colombiana, se acreditó cómo lejos de existir una simetría en la aplicación de los criterios de la jurisdicción penal indígena (tanto el territorial como el personal) a los miembros de estas comunidades y a los de la Sociedad Mayor, esta jurisdicción queda confinada a que la competencia de los pueblos indígenas sea apenas sobre otros indígenas cuando la Sociedad Mayor en casos inversos juzga e impone su tipo de pena a los miembros de las comunidades étnicas.

## REFERENCIAS

- Allen, T. (2008). Ritual (Ab)use? Problems with Traditional Justice in Northern Uganda. En: N. Waddell y P. Clark. *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa* (pp. 47-54). Londres: Royal African Society.
- Anghie, A. (2007). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law. Vol. 37*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ariza, L. & Zambrano, R. (2012). Cárcel kapuría: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 13(1), 157-181.
- Bermejo, R. & Dougan, J. (1985). El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable. *Anuario de Derecho Internacional, Universidad de Navarra*, 8(1), 211-249.
- Braconnier, L. (2018). Los derechos propios de los pueblos étnicos en el Acuerdo de Paz de agosto de 2016. *Revista Derecho del Estado*, 40, 113-126.
- Cáceres, J. (2007). El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. En: J. L. Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.). *Derecho internacional humanitario* (pp. 155-175). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. 19001-23-33-000-2017-00216-01.
- Correal, D. (2015). Entre la movilización y sus desenlaces: la transformación emancipatoria, los movimientos de derechos humanos y de víctimas en Colombia. En: R. Romero y O. Solís (coords.). *Resistencias locales, utopías globales* (pp. 85-109). Ciudad de México: STUNAM.
- Correal, D. (2016). El encantamiento de la justicia transicional en la actual coyuntura colombiana: entre disputas ontológicas en curso. En: N. G. Pardo Abril y J. Ruiz Celis (eds.). *Víctimas, memoria y justicia: aproximaciones latinoamericanas al caso colombiano* (pp. 125-166). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Disponible en: [https://cider.uniandes.edu.co/Documents/Paginas%20desdevictimas\\_memoria\\_justicia-UNAL.pdf](https://cider.uniandes.edu.co/Documents/Paginas%20desdevictimas_memoria_justicia-UNAL.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998a). Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998b). Caso Loayza Tamayo. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42 párrafos 168 y 170.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 8 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrafo 211.
- De Sousa, B. (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *El Otro Derecho*, 28, 59-83.
- De Sousa, B. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: DeJusticia.
- El Tiempo. (19 de febrero de 2004). Indígenas juzgan a militares. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1586054>
- Entrevista. (16 de agosto de 2016). Realizada a Lorenzo Gil, líder comunidad Wiwa.
- Escobar, A. (2013). *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Eslava, L., Obregón, L. & Ureña, R. (2016). Estudio preliminar. En: A. Anghie, M. Koskenniemi y A. Orford (autores). *Imperialismo y derecho internacional* (pp. 11-95). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Esteva, G. & Prakash, M. (1998). *Grassroots Post-modernism: Beyond Human Rights, the Individual Self, the Global Economy*. Nueva York: Peter Lang.
- González Casanova, P. (2007). Colonialismo interno (uma redefinição). En: A. Boron, S. González y J. Amadeo (eds.). *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. Buenos Aires: Clacso.
- Herrera, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata.
- Herrera, J. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Kelsall, T. (2005). Truth, Lies, Ritual: Preliminary Reflections on the Truth and Reconciliation Commission in Sierra Leone. *Human Rights Quarterly*, 27, 361-391.
- Márquez, C. (2008). *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Moyn, S. (2015). *La última utopía: los derechos humanos en la historia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Mutua, M. (1996). The Ideology of Human Rights. *Virginia Journal of International Law*, 36, 589-657.
- Panikkar, R. (1982). Is the Notion of Human Rights a Western Concept? *Diogenes*, 30(120), 75-102.

[60]

- Pureza, J. M. (2007). Usos contrahegemónicos y de oposición del derecho internacional: de la Corte Penal Internacional a la herencia común de la humanidad. En: B. De Sousa Santos, C. A. Rodríguez Garavito (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita* (pp. 240-250). Barcelona: Anthropos.
- Rajagopal, B. (2005). *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*. Bogotá: ILSA.
- Rodríguez Iglesias, A. I. (2018). Las voces étnicas en el Acuerdo de Paz de Colombia: una resistencia ontológica. *Relaciones Internacionales*, 39, 165-182.
- Rodríguez-Piñero, L. (2005). *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: the Ilo Regime (1919-1989)*. Oxford: Oxford University Press.
- Sánchez, B. (2001). El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la Sociedad Mayor y la justicia indígena. En: B. De Sousa Santos y M. García (coords.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo 2* (pp. 5-143). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Stavenhagen, R. (2014). La brecha de la implementación [video]. Disponible en: <https://vimeo.com/102992218>
- Stewart, J. (2015). *La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario, *El Tiempo*, Centro Cyrus R. Vance para las Iniciativas de Justicia Internacional, Fundación Hanns Seidel, Naciones Unidas en Colombia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Coalición por la Corte Penal Internacional.
- Tapia, A. (2011). Participación de los pueblos indígenas en las instituciones internacionales: retos y obstáculos de una participación obligada. *Revista de Estudios Internacionales de Doctorado de la Universidad del País Vasco*, 13. Disponible en: [http://www.diprriihd.ehu.es/revistadoctorado/n13/Asier\\_Tapia13.pdf](http://www.diprriihd.ehu.es/revistadoctorado/n13/Asier_Tapia13.pdf)
- Velasco, N. (2007). Equilibrar o castigar. La búsqueda de la armonía comunitaria alrededor del fogón. *Revista Educación y Pedagogía*, (XIX)49, 83-89.
- Viane, L. (2013). La relevancia local de procesos de justicia transicional. Voces de sobrevivientes indígenas sobre justicia y reconciliación en Guatemala posconflicto. *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, 16, 85-112.
- Zirion, I. (2017). Críticas al modelo de construcción de “paz liberal” en contextos posconflicto en el África Subsahariana. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, 6(2), 28-47. Disponible en: <http://ried.unizar.es/index.php/revista/article/viewFile/242/pdf>