LA JUSTICIA COMO RECONOCIMIENTO Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS *

Justice as recognition and its application in the right of indigenous comunities

Jesús Edgardo Díaz Perea*

Sebastián Herrera Ossa**

Mateo Marulanda Salazar***

RESUMEN

El presente artículo pretendió determinar las implicaciones de la justicia como reconocimiento en las comunidades indígenas desde la expedición y entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, por medio de un enfoque metodológico cualitativo analizando los diferentes antecedentes normativos y jurisprudenciales que propugnaron a la protección especial de la que hoy gozan los grupos aborígenes. Para el presente artículo se analizaron una serie de documentos, en especial, el denominado "Justicia y pueblos indígenas, jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos" de la Corte

* Estudiante de derecho de último semestre de la universidad CES
Díaz.jesus@uces.edu

** Estudiante de derecho de último semestre de la universidad CES
herrera.sebastian@uces.edu.co

*** Estudiante de derecho de último semestre de la universidad CES
Marulanda.mateo@uces.edu.co

Suprema de Justicia, en donde se hace una compilación de la historia de la jurisprudencia sobre la competencia de quienes deben investigar, juzgar y sancionar a los miembros de una comunidad indígena por los delitos cometidos dentro o fuera de su resguardo, lo cual permite establecer cuál es el concepto de justicia como reconocimiento. El documento realiza todo un análisis de la forma en la que funciona la justicia indígena, incluye su forma de funcionamiento, los instrumentos de protección, los límites al reconocimiento de su autonomía, el fuero indígena, etc.

PALABRAS CLAVES:

Reconocimiento, Constitución Política de 1991, Justicia, Jurisdicción Especial, Comunidades

Indígenas.

ABSTRACT

This article sought to characterize justice as recognition in indigenous communities since the issuance and entry into force of the 1991 Political Constitution, through a qualitative methodological approach analyzing the different normative and jurisprudential antecedents that advocated the special protection that they enjoy today. Aboriginal groups For this article, a series of documents were analyzed, especially the one called "Justice and indigenous peoples, jurisprudence, rites, practices and procedures" of the Supreme Court of Justice, where a compilation is made in which records the history of jurisprudence on the competence of those who must investigate, judge and punish the members of an indigenous community for crimes committed within or outside their shelter, which allows establishing the concept of justice as recognition.

KEYWORDS:

Recognition, Political Constitution of 1991, Justice, Special Jurisdiction, Indigenous Communities.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, se le ha otorgado a las comunidades indígenas el reconocimiento constitucional de tener su propia forma de administrar justicia de aquellas conductas o comportamientos que sean delictivos. Con ello. la justicia indígena debe ser entendida como un compendio de valores ancestrales que tienen una gran incidencia en las comunidades indígenas y en su entorno, es decir, posee una conexión íntima con la naturaleza y el medio ambiente lo cual se puede vislumbrar en sus costumbres, por lo tanto, más que el reconocimiento a su percepción de justicia es el reconocimiento de los derechos de estos pueblos mediante el ejercicio de su libre determinación.

A pesar de la importancia cultural e histórica que posee las comunidades indígenas en Colombia,

la participación de los sectores indígenas es casi que inexistente. De acuerdo con Frank Semper en el documento denominado "Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional" del 2006, la participación indígena no supera el 2%, por ende, los derechos de los indígenas ha sido un tema que a pesar de la implementación que le otorgó la Constitución Política de 1991 aún requiere de pronunciamientos puntuales para su defensa y concreción, teniendo en cuenta que algunos países vecinos como Bolivia y Ecuador, las organizaciones políticas y sociales han tenido una gran acogida a pesar de las confrontaciones que se han presentado entre los gobiernos de turno y estos grupos. (Semper, 2006, p- 762) Ambas jurisdicciones en nuestro país, son antagónicas, por lo tanto, al ser los indígenas una minoría sus derechos humanos se han visto altamente vulnerados al no tenerse en cuenta su idiosincrasia frente a conceptos tan necesarios como el de justicia, lo cual ha sido apoyado en diferentes investigaciones como la de Mican publicada en el año 2015, titulada "jurisdicción especial indígenaen Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria" en donde se concluyó que tantola jurisdicción especial indígena como la ordinaria operan con sistemas particulares en materia dejusticia, y, no se encuentran articuladas mediante una Ley de coordinación, aún cuando sureconocimiento ha sido proclamado como una exigencia desde la Constitución Política de 1991 (Mican, 2015, p.5)

Realizando una comparación con otros países como Nueva Zelanda y Estados Unidos se ejecuta una armonía entre los modelos jurídicos de las comunidades indígenas y los ordinarios.

En Colombia, dicha disparidad tiene como resultado una inminente violación a los derechos humanos lo cual ha implicado conductas como abusos de poder e ineficacia por parte de las autoridades indígenas y/o los funcionarios judiciales al momento de resolver asuntos en donde integrantes de comunidades étnicas fungen como sujetos activos o pasivos de conductas punibles cometidas al interior o exterior del territorio indígena.

Es así, como con este artículo de revisión pretende lograr un impacto favorable sobre las comunidades indígenas, para que con ello, además, advertir al Estado sobre la importancia de las percepciones de estas comunidades frente a conceptos jurídicos como la justicia vista desde el reconocimiento.

Adicionalmente, se busca reducir o eliminar los daños ocasionados por la escasa actuación del Estado, y, con ello generar un mecanismo de protección a las comunidades indígenas con lo cual se busca mejorar las condiciones de la aplicación de la justicia como reconocimiento en estos grupos étnicos.

Es necesario crear conciencia de la importancia del respeto, garantía y protección de los derechos de las comunidades indígenas, por ende, el impacto radica en crear presión y consciencia para que se puedan materializar las garantías de esta población que requiere de especial cuidado.

Esto propósito se intentó realizar por medio de un artículo de revisión permeado de un enfoque de investigación cualitativo en el cual se analizaron las siguientes sentencias: Sentencia T-001 de 2012 de la Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2001 de la misma corte, la sentencia T-349 de 1999, y, demás documentos de la doctrina que permitieron delimitar los alcances de la justicia como reconocimiento en las comunidades indígenas. El concepto de la justicia como reconocimiento, es desarrollado en un primer capítulo de la investigación. En él, se caracterizó la justicia como reconocimiento y con él se estudiaron las diferentes acepciones de la justicia. Posteriormente se hizo un especial énfasis en las premisas descritas por Nancy Fraser en cuanto a la justicia como reconocimiento, y finalmente en un segundo capítulo se verificaron los antecedentes de la jurisdicción especial indígenas para aplicar en ellos la teoría del reconocimiento.

CAPÍTULO 1

JUSTICIA COMO RECONOCIMIENTO.

El concepto de justicia clásica.

Es indefectible analizar el concepto de justicia a través de la historia para con ello entender como ha sido la evolución de este principio en relación con los preceptos de las comunidades indígenas.

Es así como en primera instancia, se examinará la justicia desde las disposiciones de la antigua Grecia. Entre los siglos V y IV a. c. destacaron algunas corrientes filosóficas como la de los sofistas, los estoicos; así mismo, pensadores griegos de tal magnitud como Platón y Aristóteles.

Para Fernando Aranda en su investigación "Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo" los sofistas para poder definir la justicia realizaban la distinción entre lo que se consideraban hechos naturales y los hechos convencionales; asignándole la categoría de natural a la justicia, lo cual implica la inexistencia de plena voluntad y determinación del hombre (Aranda, 2015, p. 73) este es un primer concepto que adecua lo que más adelante se entrará a definir como justicia.

En contraposición al criterio brindado por los sofistas, Platón deliberó acerca de la racionalidad intrínseca en la justicia, este filosofo clásico criticaba que los sofistas pretendían que su concepto de justicia estuviera coordinado y dependiera de la Khata Phusin, es decir, de la naturaleza. Platón define a la justicia como un bien, pero que se diferencia de los demás porque es deseable per se, y, además por los resultados que con él se obtiene. En la República, Platón afirmaba que la principal virtud del

alma es la justicia, y, en contrapartida de la virtud, como vicio, está la injusticia. Para este filosofo el método para alcanzar la justicia era la dialéctica (Aranda, 2015, p. 74)

Para definir la dialéctica, es pertinente dirigirse a la obra de José Munizaga, titulada "La dialéctica en Platón" en la cual se define el método de la dialéctica como la herramienta que a través de preguntas y respuestas se busca para determinar la naturaleza y la esencia de las cosas en sí. En palabras de Munizaga, la dialéctica busca como objetivo la definición del qué de algo (Munizaga, 2014, p. 15)

La dialéctica, en comparación con los métodos utilizados en las comunidades indígenas ha sido empleado en especial para resolver los misterios y cuestiones acerca de los fenómenos naturales, y, demás valores esenciales para el desarrollo de las sociedades aborígenes.

Es así como en el diálogo Eutifrón de Platón, se puede observar como este se cuestiona acerca de la virtud de la piedad, allí se debate acerca de la necesidad de dialogar para conocer o descubrir la naturaleza tanto de la virtud como del vicio, en este caso, lo pío, y, lo impío, allí se pudo barruntar acerca de la finalidad de la dialéctica, revelando lo esencial de una cosa.

Retomando a Fernando Aranda en su artículo "Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo" concluye que el método platónico de adquisición de la idea de justicia se constituye en una analogía de lo dispuesto por el método rawlsiano denominado equilibrio reflexivo, al igual, y, que, además, se incluye en la llamada ética comunicativa desarrollada tanto por John Rawls como por Habermas y Apel, la similitud consiste en la intervención de la valoración de las consecuencias posibles, así como la comparación con las diferentes elecciones (Aranda, 2015, p. 74) Rawls tomo una gran importancia frente al concepto de justicia, por lo tanto, más adelante se ampliará acerca de las disposiciones de este intelectual.

En cuanto al concepto aristotélico de justicia es necesario remitirse a lo dispuesto por Luis Fernando Garcés Giraldo y Conrado Giraldo Zuluaga en el artículo "La justicia aristotélica: virtud moral para el discernimiento de lo justo" los cuales afincan que de las virtudes aristotélicas la encargada de perfeccionar la naturaleza sociopolítica del hombre es la justicia o dikaiosyne. Esta palabra tiene varios componentes, se deriva de la dike o realidad de lo justo, esto hace referencia al encaje o ajuste en el cosmos que tiene vocación política o social. En lo que a retórica se refiere, la justicia es entendida como aquella virtud mediante la cual todos y cada uno tienen lo suyo, y, como así lo establece la ley. (Garcés & Giraldo, 2013, p. 48)

Aristóteles, además, le otorgó un doble significado a la justicia, el primero, hace alusión a la justicia desde un sentido normativo, y como tal la justicia se constituye así misma como la virtud completa, o el compendio de todas las virtudes. El segundo significado, acopla la justicia como la igualdad que tiene lugar en la poli, observándose la justicia distributiva y la justicia conmutativa o correctiva.

La justicia distributiva, en armonía con lo dicho por Aristóteles ordena la asignación de bienes y de cargas a los ciudadanos por parte del Estado, mientras que la justicia conmutativa o correctiva hace referencia a las relaciones interpersonales. (Aranda, 2015, p. 75)

Conforme a Aristóteles, la justicia absoluta es aquella que acorde con el principio de distribución que se ha establecido o que puede establecerse en el mejor tipo de polis, es decir, aquella en que gobiernan los mejores ciudadanos y donde se premia la virtud (Aranda, 2015, p. 75) Aristóteles por primera vez en la historia de la Grecia Clásica, definió la justicia como distribución, siendo una de las premisas fundamentales para la armonía de la sociedad.

Para Thomas Hobbes la justicia también era una virtud social, de acuerdo con Bermudo en el artículo "Libertad, igualdad y justicia en Hobbes", Hobbes al describir el estado de naturaleza como una guerra de todos contra todos afirmaba que nada puede ser injusto, que las nociones de bien y mal, justicia e injusticia, no tienen lugar en la guerra. (Bermudo, 1998, p. 68)

En ese orden de ideas, el origen de la justicia siguiendo las disposiciones de Hobbes se puede ver en el cumplimiento de los pactos, esto así, no permite su existencia en el estado de naturaleza, el cual sabemos es previo a todo pacto y solo tiene lugar dentro del estado civil o social. Por ello, finiquita la imposibilidad de la existencia de la injusticia o justicia en el entendido de que no exista un poder coercitivo sobre los hombres, que los obligue a realizar y gestionar el cumplimiento de lo pactado bajo la amenaza de un castigo. Por lo tanto, cuando se habla de justicia o injusticia necesariamente se debe discutir acerca de la existencia de una carencia la cual hace referencia frente al tema de la propiedad, es decir, la justicia de un estado está relacionada con el tema de la propiedad (Aranda, 2015, p. 78)

Frente al tema de la propiedad, es importante mencionar que la idea de la justicia como distribución de acuerdo con Marx, el cual definía a la justicia como distribución, situándolo como uno de los focos de la teoría social y se constituye en meta y objetivo principal de la revolución marxista, en la cual, además, analiza como finalidad de la justicia frente al reconocimiento de la clase trabajadora, retribuyéndole no una parte, sino todo el valor de su trabajo. La justicia, según, la

teoría de Marx se divide en 2 etapas, la primera etapa, hace referencia al comunismo, es decir, justicia en cuestión de dar a cada cual, según su trabajo, pero, la segunda etapa, la justicia es dar frente a las necesidades de cada uno (Aranda, 2015, p. 79)

La justicia como redistribución de acuerdo con Marx se puede vislumbrar en Grundrisse y en la Crítica del Programa de Gotha, en donde, el término de justicia, al igual que el de "igualdad" posee una acepción jurídica que da cuenta de la distribución económica en el modo de producción capitalista.

De la misma manera, en la ideología alemana y el manifiesto comunista se sostiene que conceptos como justicia, ley o libertad son meras formas de conciencia que corresponden a los intereses de la clase dominante de un período de tiempo determinado, es por eso, que no se puede afirmar que posean per se una existencia propia, por el contrario, se encuentran sujetos a las relaciones de producción e intercambio imperantes. De acuerdo con Marx, la justicia, la ley y la libertad son conceptos supra históricos, aun cuando su concepto sea relativo y variable. (Mora, 2017, p. 48)

En conclusión, el concepto de la justicia dentro de las primeras etapas de la historia del pensamiento se ha asociado con el concepto de distribución y propiedad, lo cual ha sido una afirmación fundante de las acepciones que a continuación se analizarán en la modernidad.

Los debates modernos sobre la justicia.

En 1971, se publica la "Teoría de la justicia" de John Rawls el cual propone la concepción de una sociedad basada en el respeto al pluralismo, toda vez que demarca la idea de justicia sustentada en el respeto a las libertades individuales, de manera que cada individuo con sus diferencias pueda acceder a una sociedad concebida por criterios de justicia en donde los ciudadanos son libres e iguales. Rawls propone, además, la idea del pluralismo razonable basado en el respeto de las diferencias de las personas realizando un claro sustento en la reivindicación de las minorías, y, la aplicación del principio de igualdad (Sterling, 2020, p. 8)

En concordancia con el artículo de Aguilar publicado en el 2015 denominado "teorías modernas de la justicia" señala entre otras cosas, que John Rawls hizo aportes significativos a diferentes áreas del conocimiento en casi toda Europa y Estados Unidos, lo cual ha permitido un desarrollo en los enunciados y pensamiento políticos (Aguilar, 2015, p. 3)

En ese orden de ideas, Rawls, en su teoría de la justicia dedujo criterios de justicia distributiva definiéndola como un conjunto de individuos racionales en un contexto de incertidumbre, es decir, en palabras de Aguilar:

“Individuos sobre los que ha caído un velo de ignorancia en el que desconocen todo sobre sí su posición social, su sexo, su raza, su inteligencia, su carácter, etc. El planteamiento del problema en estos términos aleja considerablemente a Rawls de las concepciones usuales de la justicia social, que tratan de establecer bien un cierto ideal de distribución de recursos escasos bien una distribución originaria ideal que permita juzgar las distribuciones reales. Para Rawls, la justicia no debe consistir en la conformidad a un criterio o distribución ideales. A su entender, los criterios son justos si el procedimiento mediante el que se adoptan es justo, con independencia de las distribuciones resultantes. La teoría de la justicia de Rawls es, pues, puramente procedimental” (Aguilar, 2015, p. 4)

En relación con lo contenido en “La teoría de la justicia de John Rawls” de José Francisco Caballero, se puede afirmar que la teoría de Rawls considera que los principios de justicia se pueden definir como el objeto de un acuerdo entre personas racionales, libres e iguales en una situación contractual justa, y, que, además, pueden contar con validez universal e incondicional. La teoría de justicia para Rawls se observa como imparcialidad. Adicionalmente, Rawls plantea que la idea principal del utilitarismo en el postulado de que las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces, Rawls concluye que la sociedad esta correctamente ordenada, y, por lo tanto, dicha comunidad es justa. (Caballero, 2006, p. 3)

De acuerdo con Aguilar, el concepto de la imparcialidad en la teoría de la justicia como equidad planteada por Rawls permite o más bien permea un tono contractual, en especial en lo que incluye el procedimiento pues habla de lo relacionado con el velo de ignorancia y el proceso estar en una posición de origen, la cual eminentemente es equitativa (Aguilar, 2015, p.5)

En Palabras de José Francisco Caballero en el texto citado anteriormente:

“Para Rawls es especialmente importante mostrar la superioridad de su teoría de justicia frente al utilitarismo. El principio de utilidad termina por identificar las nociones de lo bueno y de lo justo, al ver como justa la distribución de beneficios que maximice el bien, el cual el utilitarismo clásico asocia con la satisfacción del deseo. Así como un hombre, para realizar su propio bien, hace siempre un balance de pérdidas y ganancias de modo que en un momento pueda resultarle racional

imponerse un sacrificio para obtener ganancias en el futuro, de la misma manera sería racional para una sociedad maximizar su bien, aun cuando en aras de lograr el mayor balance neto de satisfacción posible imponga sacrificios a una parte de sus miembros. Al hacer extensivo a la sociedad el principio utilitarista de elección individual, este principio se vuelve indiferente al modo de distribución de la suma de satisfacciones entre los individuos, lo que terminaría por justificar instituciones como la esclavitud, si los sacrificios de unos cuantos se vieran compensados ampliamente por la satisfacción de otros en el balance total" (Caballero, 2006, p.3)

La justicia como reconocimiento- Los debates entre Nancy Fraser y Axel Honneth

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario analizar las disposiciones de Nancy Fraser acerca del concepto de justicia como distribución, representación, y, en especial como reconocimiento, lo cual será un pilar fundamental para el desarrollo del estudio de la justicia especial indígena como reconocimiento. Se utiliza como referencia a la autora estadounidense Nancy Fraser toda vez que ha sido una gran defensora de las minorías y grupos étnicos.

Según Clara Iglesias en su investigación "Justicia como redistribución, reconocimiento y representación: Las reconciliaciones de Nancy Fraser" citando al texto Escalas de Justicia de Fraser, expone dos métodos para acercarse a la justicia: el mapa y la balanza, para abordar este tema Nancy se concentra en los obstáculos que presenta la justicia social y política, pero, además, manifiesta a la justicia como un concepto multidimensional que compre las 3 dimensiones de redistribución y reconocimiento, pero además, la de representación (Iglesias, 2012, p.8)

Frente a la tercera dimensión de la justicia: la representación Nancy Fraser realiza algunas anotaciones reflexivas acerca del enigma del marco, es decir, aquel escenario en donde se llevan a cabo las luchas por la redistribución y el reconocimiento. Para Fraser esta premisa obtiene su principal antecedente en la teoría de la creciente relevancia de las consecuencias que ha tenido sobre las comunidades minoritarias la globalización; así como el Estado Westfaliano entendido como el dividido entre fronteras cuyos países son soberanos y casi completamente independientes.

La representación en Fraser emana como un complemento sustancial a la consideración bidimensional de la justicia, lo cual implica una remisión a las reglas de decisión con las que se estructura la equiparación. En la representación, además,

Fraser incluye el principio de igualdad o paridad participativa como ideal interpretativo crítico para descubrir los obstáculos que ha presentado a la justicia, y, que han estado aclimatados en las relaciones sociales (Fraser, 2008) Sterling menciona en el documento "La teoría de la justicia en Nancy Fraser" la importancia de la teoría propiciada por Nancy Fraser, en especial, en el libro iustitia interrumpta ¸ en el que, entre otras cosas, dispone que los ejes de injusticia serían netamente culturales y socioeconómicos, ejemplo de ello puede ser el género, la raza, la etnia y la nacionalidad. Fraser parte de la idea de que las categorías de redistribución y reconocimiento deben promover la lucha por los derechos de las personas en una sociedad justa. Es así como a raíz de dicha idea, citando a Sterling:

"Para la pensadora las exigencias sociales, económicas e identitarias que se abordan en el marco de la justicia, deben estar entrelazadas. Estas son las reclamaciones por el reconocimiento y la redistribución, que a su vez son para Fraser dos paradigmas diferentes pero complementarios en la construcción de justicia" (Sterling, 2020, p. 38)

En palabras de Nancy Fraser según su obra ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista» "la justicia de hoy en día precisa de dos dimensiones: redistribución y reconocimiento" (Fraser, 1995, p.2) lo cual significa necesariamente afirmar la relación interdependiente y correlacionada de ambas variables, por medio de la conceptualización entre el reconocimiento cultural y la igualdad social de forma que éstas se conjuguen, y, por lo tanto, no se excluyan entre sí. Esta premisa planteada por Fraser permite, además, teorizar las formas en las que la desigualdad económica y la falta de respeto cultural se encuentran entrelazados. Esto es de suma importancia en el análisis de la justicia especial indígena.

Sumado a ello, Nancy Fraser en la obra ¿Redistribución o reconocimiento? Establece que la lucha por el reconocimiento se convierte en una forma paradigmática del conflicto político del último siglo, lo cual propugna la lucha de grupos y minorías sobre todo de aquellos que defiende su etnicidad, la raza, el género y la sexualidad toda vez que su identidad como grupo es un gran reemplazo al interés de clase que autores como Marx defendieron, por lo tanto, estos grupos defiende su reconocimiento cultural en medio la injusticia vivida por la falta de este y además, por la insuficientes redistribución socioeconómica (Fraser, 1995, p.24)

Para Fraser, la lucha por el reconocimiento ha tenido su auge en una sociedad llena de desigualdades materiales en conexidad con la propiedad, algo parecido a lo que hemos analizado en el concepto de justicia asociado a la propiedad definido por Thomas Hobbes.

Ahora bien, teniendo en cuenta la posición de Axel Honneth con su teoría monista, propone subsumir el problema de la distribución dentro del campo del reconocimiento, partiendo de la premisa de que la vida social se cumple bajo el imperativo de un reconocimiento recíproco, es decir, que se adecua desde ambas partes, ya que las personas solo pueden acceder a una interrelación práctica si aprenden a imaginar a partir de la perspectiva normativa de sus pares en una interacción subjetiva, creando así una identidad de manera estable, mientras que, Nancy Fraser, establece un amplio margen de posibilidades en el que a diferencia de Honneth no reduce ninguno de los elementos, por lo tanto, la teoría de Fraser se resumiría los conceptos de redistribución y reconocimiento.

Por esto, es preponderante conocer cual es el concepto de Fraser para la justicia como reconocimiento, partiendo de que esta se puede ver como un ámbito netamente político, es decir, el reconocimiento debe de estar presente en la sociedad, en los derechos, en los principios y valores que se han de reconocer a las minorías, a los discriminados, a aquellas personas que presenten una desventaja. Sterling, estudiando a Frases en su obra "La teoría de la justicia en Nancy Fraser" manifiesta que estas hipótesis implican necesariamente un cambio dentro de la filosofía política contemporánea en donde no se pretende generalizar el imaginario socialista, sino acentuar la necesidad de reconocer la diferencia (Sterling, 2020, p. 38)

"Es así, como las luchas por el cambio cultural que enmarcan cada uno de los movimientos sociales superan los paradigmas concentrados en la igualdad social, logrando resultados mixtos que vinculan los 2 tipos de exigencias. Por lo tanto, este cambio o avance está íntimamente enfocado a la orientación del reconocimiento y centra su mirada en el rechazo a las injusticias generadas por los criterios de estatus que definen a la sociedad capitalistas" (Fraser, 2008p. 103)

Para Clara Iglesias en el texto "Justicia como redistribución, reconocimiento y representación: Las reconciliaciones de Nancy Fraser" establece que el reconocimiento gracias a Fraser se ha convertido en una palabra clave en nuestros tiempos, todo ello basado en los debates acerca de la identidad y la diferencia, entonces, si la relevancia del conocimiento es, en la actualidad, indiscutible, su relación con la redistribución sigue a falta de un tratamiento teórico suficiente (Iglesias, 2012, p.3)

Para Sterling, la propuesta de Fraser más allá de un cambio en la teoría académica propugna una transformación hacia una política culturalista de reconocimiento, siendo esta praxis necesaria para una efectiva redistribución. Lo anterior, trae como

secuela una fuerte política de identidad y de grupos minoritarios que se vieron forzados para actuar sin la base de una cultura política que los guiará hacia los ideales populares hacia los fines igualitarios (Sterling, 2020, p. 39)

Lo anterior se puede ver tal como lo ha mencionado Fraser en Iustitia Interrupta: “La lucha por el reconocimiento se está convirtiendo rápidamente en la forma paradigmática del conflicto político en los últimos años del siglo XX. Las exigencias del reconocimiento de la diferencia alimentan las luchas de grupos que se movilizan bajo las banderas de la nacionalidad, la etnia, la raza, el género y la sexualidad” (Fraser, 1997, p. 18)

Sterling, adicionalmente, ha inferido al analizar a Fraser que los conflictos dentro del post socialismo; la identidad de grupo sustituye los intereses de las clases sociales, siendo la dominación cultural el reemplazo a la explotación como injusticia fundamental, y, así, el reconocimiento cultural desplaza a la redistribución socioeconómica como remedio a la injusticia, en tanto objetivo de la lucha política, en un mundo en donde se conciben extremadas desigualdades materiales (Sterling, 2020, p. 39)

Siguiendo a Fraser en el documento ¿De la redistribución al reconocimiento? Al entenderse la relación entre redistribución y reconocimiento constituye una solución mediante ambos elementos, esto lo ejemplifica por medio de que algunos defensores de la redistribución socioeconómica igualitaria los cuales sustentan sus reivindicaciones en la igualdad de la valía moral de las personas, por ello, la redistribución económica se puede concebir como una expresión de reconocimiento, pero solo en determinados casos (Fraser, 1995, p.7)

Como ejemplo de lo mencionado por Fraser, se puede vislumbrar en los defensores del reconocimiento multicultural los cuales sustentas las reivindicaciones en el imperativo de una distribución justa de los denominados bienes de primera necesidad y con esto además, se reafirma el reconocimiento por medio de la redistribución.

Es así como Fraser se propone distinguir 2 dimensiones de injusticia: la simbólica o cultural y la socioeconómica, este última esta enraizada en la estructura político-económica de la sociedad, aquí se contemplan conductas como la explotación, la marginación económica referida a trabajos mal pagados, igualmente, la privación de bienes materiales. Nancy, incluye en esta línea redistributiva varios juicios, basándose en el principio de justicia de John Rawls que opta por la desigualdad que favorece a los menos aventajados; el aporte de Amartya Sen, en donde se procura asegurar que los sujetos tengan igualdad de capacidades para el trabajo.

Ahora bien, frente al tema de la injusticia como cultural o simbólica esta está íntimamente relacionada con los patrones sociales de presentación, es decir, comportamientos que irrespetan a la identidad los cuales como ya se explicó anteriormente, están basados en pautas de dominación cultural. (Sterling, 2020, p. 40) básicamente, esto se ve traducido en la discriminación que se ejerce contra algunas minorías culturales, a quienes se les obliga y coacciona a obedecer ordenamientos jurídicos y costumbres que van en contravía a su acervo cultural y étnico, lo cual hace que dichos individuos sean invisibles y silenciados ante las prácticas representativas de la propia cultura, y

sean calumniados en sus representaciones culturales.

Ambas injusticias, esto es la socioeconómica y la cultural o simbólica encuentran su soporte en las sociedades modernas y contemporáneas "ambas están arraigas en proceso y prácticas que sistemáticamente ponen a unos grupos de personas en desventaja frente a otros. Ambas, por lo tanto, deben ser remediadas" (Fraser, 1997, p. 23)

En definitiva, Fraser no solo esboza la problemática, sino que, además, formula 2 soluciones distintas, frente al primer tipo de injusticia, la económica, establece que la restauración político social implica per se la redistribución, mientras que, para la injusticia cultural, propone un tipo de cambio cultural haciendo especial énfasis en el reconocimiento, como, por ejemplo, el de algunos grupos minoritarios que tiende a promover la diferencia como las comunidades indígenas.

Otros autores como Jalali en su relato "Ciudadanía, justicia social y la lucha por el reconocimiento" subvenciona que el reconocimiento se transcribe en términos de libertad e igualdad, pero, como contrapartida también menciona que el reconocimiento implica una autoafirmación de todos y el deber de respetar las reglas sociales para garantizar dichas condiciones de autoafirmación (Jalali, 2009, p. 5)

De cualquier manera, para Jalali, las sociedades modernas en donde existe una incuestionable primacía de la libertad individual, en donde cualquier conducta inclusive punible se justifica en pro de la libertad, bien sea para propiciar la disminución de los obstáculos o para ampliar las posibilidades de expresión. En virtud de un Estado Social de Derecho, la participación de todos y la crítica hacia las instituciones, normas y gobierno se conjetura es legítima, y, la figura del ciudadano se distingue como un mecanismo legal disponible (Jalali, 2009, p. 6)

La inclusión incondicional es un elemento inapelable para el reconocimiento, esto ratifica la premisa de que en el reconocimiento no puede haber exclusión de

cualquier otro ser humano. En el caso de las comunidades minoritarias como las étnicas, están se encuentran más vulnerables a la invasión y destrucción de su cultura, están amenazadas con la invasión tornándose casi que invisibles frente a la garantía y protección de sus derechos. (Jalali, 2009, p. 14)

Relacionando lo anterior con lo dispuesto con Fraser en ¿De la redistribución al reconocimiento?

Se puede concluir que la economía política y la cultura están mutuamente entrecruzadas, así como las injusticias propuestas por Nancy, aunque, se debe advertir que las soluciones afirmativas frente

al reconocimiento a las que hace alusión la feminista tienden a promover las diferencias entre los grupos existentes, para ello, las soluciones transformadoras de reconocimiento se inclinan por desestabilizarlas por un prolongado período de tiempo todo ello con el principal propósito de dejar espacio a futuros reagrupamientos (Fraser, 1995, p. 20)

CAPÍTULO 2

LA JUSTICIA COMO RECONOCIMIENTO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

El principio de paridad participativa constituye una clara interpretación de la democracia y de la idea de Emanuel Kant acerca del igual valor de las personas, esto, asimismo, contempla a la justicia como representación en el plano transnacional, toda vez que no solo opera al nivel del Estado-Nación, en un plano marco en donde las injusticias surgen por una falta, escaza e irreal representación política, en donde, también a nivel global grupos sociales y minorías no tienen la oportunidad de participar de los procesos de toma de decisiones que repercuten en algunos casos directamente contra las costumbres y tradiciones, inclusive, en algunos episodios, esta falta de representación ha acarreado una serie de vulneraciones a derechos fundamentales individuales y colectivos de vital importancia como el medio ambiente.

Con lo anterior, es clara la importancia del análisis de las generalidades de la justicia especial indígena, entendiendo que la protección y reconocimiento de las comunidades indígenas en Colombia se ha consolidado desde la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en el momento en el cual se establece un nuevo orden social toda vez que se puede ergotizar el establecimiento de un Estado Social de Derecho Pluralista y se incorporan las normas internacionales en relación con los derechos indígenas en el bloque de constitucionalidad como por ejemplo la ratificación del Convenio 169 de la OIT mediante la Ley 21 de 1991, afirmando la relevancia del principio de diversidad étnica y cultural, es así como en virtud de lo anterior, se palpa el pluralismo jurídico materializado en la jurisdicción especial indígena (Llano & Vitonas, 2018, p. 143)

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la diversidad de comunidades aborígenes en Colombia, en la Constitución Política de 1991, se le ha otorgado una protección y reconocimiento a dichos

pueblos, los cuales a lo largo de la historia han sido foco de vulneraciones y menoscabos a sus derechos fundamentales.

En la Constitución Política se dispuso una serie de artículos que protegen los derechos de las comunidades indígenas como los artículos 63 y 329 que hablan acerca de la propiedad colectiva de la tierra; la autonomía política y administrativa contemplada en los artículos 329 y 330; así mismo la etnoeducación en el artículo 68; el carácter oficial de las diferentes lenguas en el artículo 10; la participación política en el artículo 176, la consulta previa en el artículo 330, y, por último la jurisdicción

especial indígena en el artículo 246. Esta coexistencia de diferentes ámbitos normativo y de los sistemas de justicio en el interior de un mismo Estado como Colombia, acolita la materialización de la dimensión del pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico es definido de acuerdo con Marcela Gutiérrez en su investigación titulada Pluralismo jurídico y cultural en Colombia como un concepto multifacético el cual "relativiza el lugar del Estado y afirma la existencia de derechos no estatales, que nacieron en contextos sociales específicos. Invita a la descontextualización jurídica, espacial y temporal" (Gutiérrez, 2010, p. 90) así mismo, se expone que en las teorías sobre el pluralismo existen diferentes conceptualizaciones desde el pluralismo fuerte, débil, aparente, verdadero, interno, externo, formal, unitario, igualitario, clásico y nuevo.

A pesar de ello, Marcela Gutiérrez aclara que lo importante es el reconocimiento de las diferentes prácticas y representaciones en un espacio determinado e identificar como ese encuentro se puede dar de una manera dialógica y con respeto del otro (Gutiérrez, 2010, p. 90) Gutiérrez citando a Griffiths, Engle Merry y Tamanaha dice que: "son los grupos y las prácticas los que le otorgan el carácter jurídico a una norma, hecho o situación. Lo jurídico brotaría de las convenciones sociales y no de una estructura exterior a ellas" (Gutiérrez, 2010, p. 90)

Para Carlos Alfonso Cárdenas Hernández, y, Pedro Alfonso Sánchez Cubides en el artículo titulado El pluralismo jurídico en la jurisdicción indígena y el buen vivir en Colombia se alterca que "el pluralismo jurídico sustenta la jurisdicción indígena que se desarrolla dentro de un Estado multicultural, el cual debe relacionarse con la cultura occidental que lo representa: el sistema judicial nacional, que con el ánimo de no caer en impunidad se deben coordinar" (Cárdenas & Sánchez, 2015, p. 114)

En ese sentido, Cárdenas & Sánchez incorporan una estrecha relación entre el buen vivir de las comunidades indígenas y el pluralismo jurídico como fundamento para legitimar la jurisdicción indígena, toda vez que este busca articular la variedad de poblaciones en condiciones de igualdad, la calidad de ciudadanos considerando su historia y riqueza ancestral, teniendo en cuenta a las comunidades indígenas como un referente jurídico al ser constructores de normas alternativas al monismo del Estado (Cárdenas & Sánchez, 2015, p. 116)

Sin embargo, y, como ya se ha planteado dichos preceptos en la realidad nacional no se vislumbran toda vez que la falta de participación política, la disparidad con la jurisdicción ordinaria y, el conflicto armado han puesto en una condición de vulnerabilidad y menoscabo a las comunidades indígenas, por lo cual, han padecido

de una invisibilidad que se define en lo opuesto al reconocimiento constitucional que en 1991 se les otorgó.

Ahora bien, es importante tener en cuenta la definición de la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional en la sentencia T-001 de 2012 la define como un derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad bajo un criterio territorial o por un miembro de esta bajo el criterio personal deben resolverse conforma a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria. (Corte Constitucional, 2012, sentencia T-001)

Así mismo y de acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, las autoridades de las comunidades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, con la salvedad y obligatoriedad de que estas no sean contrarias a las disposiciones contenidas en la Carta Magna y en el ordenamiento jurídico en general. Aunque tiene una clara limitación, la jurisdicción especial indígenas está ligada según Natalia Ruiz Morato en el texto titulado La resistencia y la sobrevivencia de la justicia indígena en Colombia está ligada con la aplicación de la Ley de origen la cual se define por la autora “Son las raíces originarias y los principios rectores de cada pueblo indígena, establece las maneras de relacionarse consigo mismo, con la comunidad, con la naturaleza y con el universo; con el propósito de mantener el equilibrio y la armonía entre el ser y la naturaleza” (Ruiz, 2015, p. 350)

Es así como la Ley de origen determina el desarrollo indígena, su forma de gobierno, la forma de educación como se debe manejar la salud, y el goce mismo de los derechos colectivos que tiene como pueblo autónomo. Natalia Ruiz Morato a partir de lo anterior define la jurisdicción especial indígena como:

“la aplicación de la cosmogonía de los pueblos en su vida diaria, concepto que se está reivindicando actualmente por los pueblos indígenas en Colombia e Internacionalmente. Por lo tanto, esta figura tiene su origen desde la consolidación de estos pueblos aún antes de la Conquista española. No obstante, la jurisdicción indígena su primera reconfiguración fue a través del Derecho Indiano, tiene como fundamento los principios del Derecho de Gentes desarrollados por teólogos y filósofos iusnaturalistas de los siglos XVI y XVII que determinaron el tratamiento de la población aborigen americana que partieron de la idea de que la población indígena era potencialmente cristiana para el proyecto colonizador, por lo cual seestablecieron

derechos y bienes a Resguardos y Cabildos Indígenas bajo un universalismo occidental concebido por la elite española" (Ruiz, 2015, p. 350)

Históricamente, el antecedente de mayor relevancia para la justicia indígena es la Constitución Política de 1991, no ha sido el único, tal y como lo expone Natalia Ruiz Morato en párrafos anteriores. De acuerdo con Ruiz, desde la ley 89 de 1890 por la cual se determina la manera como deben ser gobernados bajo el ordenamiento jurídico los indígenas que vayan reduciéndose a la vida civilizada se fueron dando los primeros atisbos de la jurisdicción especial, en esta Ley se volvió a introducir el estatus especial vigente en la época colonial para los indígenas como por ejemplo el derecho a la autogestión, así como la exención del servicio militar y el pago de tributos, inclusive hoy en día dicha Ley se encuentra parcialmente exequible en virtud de la Constitución Política de 1991 (Ruiz, 2015)

A partir del desarrollo en el siglo XX del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se ha sostenido la idea de que este depende netamente del poder de organización por territorios o los denominados cabildos y resguardos indígenas, lo cual ha sido siendo modificado por las disposiciones y normativas internacionales, fenómeno que, además, explica Fraser (1997) de la opinión pública global y contra públicos que ha incidido en la forma en como los Estados se comprometen a realizar acciones afirmativas o positivas tendientes a la protección en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas. Internacionalmente, los derechos de estas comunidades han tenido una mayor protección por parte de la ONU y la OIT, en cuanto a la normativa internacional se tiene como hito el Convenio 107 de la OIT de 1957 y el Convenio 169 de 1989 que propuso el marco jurídico para la regulación entre Estados y Pueblos Indígenas, además, se encuentran diferentes mecanismos de protección como la Declaración que Garantiza la Independencia de los Pueblos Colonizados de 1960, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1963; la Declaración contra la Discriminación de la Mujer de 1967; la Declaración sobre el Progreso Social y el Desarrollo de 1969; la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 1978; la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981; la Declaración sobre Derecho al Desarrollo y la Declaración sobre los Derechos de las Personas que pertenecen a las Minorías Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992; la Declaración de Viena sobre Derechos Humanos de 1993 que replantea los estándares individualistas establecidos en la Declaración de 1948 y la Declaración de Durban en el año 2000.

El Decreto 2164 del 7 de diciembre de 1995, reconoce la figura de la autoridad tradicional y la de los cabildos indígenas, definiendo a la primera como aquella en la que los miembros de una comunidad indígena que ejercen dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización o control social; a la segunda, es decir, a los cabildos indígenas, los define como una entidad publica especial cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad indígena, para con ello ejercer la autoridad y realizar las diferentes actividades que le atribuyen las leyes, así como los usos y costumbres y los reglamentos internos de cada comunidad. Para Jacqueline Blanco: "Los Cabildos suelen ser la idea más generalizada que se tiene de administración indígena en Colombia, como entidades de carácter público fueron reconocidos desde 1890 por la Ley 89. Sus miembros son personas nombradas para representar la autoridad, los cargos que lo componen son el de Gobernador Principal, Gobernador Suplente, alcalde Mayor o Capitán secretario, Tesorero y Alguaciles; bien se podrá encontrar algunas variaciones al interior de algunos grupos, pero su estructura general es la indicada" (Blanco, 2007, p. 16)

Posteriormente, con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 se planteó como un desarrollo legal internacional y del compromiso de la comunidad internacional para la eliminación de violaciones de derechos humanos contra 370 millones de indígenas que existían en ese momento a nivel mundial, para de tal forma coadyuvar en la lucha contra la discriminación. Entre muchos otros, en dicha declaración se consagran derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas como el derecho a la tierra, a sus recursos, a su cultura, a su identidad, lenguaje, salud, educación e inclusive sus derechos laborales, también se dispone la posibilidad de determinar de manera libre su condición política ydesarrollo económico.

Respecto del avance y desarrollo de la jurisdicción especial indígena, siguiendo las ideas de Frank Semper en el documento Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

"Desde fines de la década de 1980, la mayoría de los Estados latinoamericanos han intentado tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas que habitan su territorio en el marco de nuevas constituciones nacionales, y regular la relación con los pueblos indígenas bajo la influencia de una nueva actitud y política internacional. Los pueblos indígenas y sus organizaciones políticas y sociales son un factor importante, sobre todo en los Estados andinos de Bolivia y Ecuador. En estos países, la confrontación permanente entre los gobiernos y los pueblos indígenas y

sus organizaciones, producto de ideas divergentes sobre el futuro desarrollo del país, ha derivado en una profunda crisis institucional, que en el caso de Bolivia incluso podría poner en peligro la unidad nacional. En esencia, los temas centrales de estos conflictos son el alcance y los límites de la autonomía indígena, que amenaza con desbordar el marco del Estado constitucional existente. En tanto que para los Estados la reivindicación de autonomía de los indígenas excede lo posible, para los pueblos indígenas el grado de autonomía que ofrece el Estado no es suficiente. El antagonismo de las posturas encontradas afecta la identidad del Estado constitucional latinoamericano y sus cimientos" (Semper, 2006, p. 761)

Para Turner en el libro Class projects, social consciousness, and the contradictions of ¨globalization se advierte que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas dentro de un sistema moral y jurídico a pesar de la regulación dada por parte de la ONU y la OIT no ha sido fácil. Sin embargo, los movimientos indígenas han alcanzo una imposición diferencial cultural y con ello la distinción de la identidad cultural lo cual se traduce en un desarrollo emancipatorio de significancia historia mundial (Turner, 2003, p. 50)

De acuerdo con lo anterior, se podría afirmar que el reconocimiento de los movimientos indígenas surge como una respuesta al proceso de discriminación severa y expropiación el cual busca determinar la equidad junto al reconocimiento y la negociación de la diferencia en vez de la insistencia de la creación de una homogeneidad cultural que ha sido una premisa constante en los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados.

En Colombia dicho reconocimiento está asociado puntualmente al principio constitucional de la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución Política de 1991, Según Cindy Nathaly Amaya Moreno en la investigación denominada Diversidad étnica y cultural versus jurisdicción indígena, este principio se puede definir como un concepto muy abierto dado desde la misma Carta Política toda vez que las comunidades indígenas son quienes tienen la potestad para definir lo que pueden hacer dentro de su jurisdicción y cuando esto vaya en contra de uno d ellos demás principios consagrados en la Constitución Política de 1991 lo deberán justificar para que sea considerado legítimo, en palabras de Amaya: "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 de

estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal" (Amaya, 2010, p. 45)

Para Esther Sánchez Botero en el artículo denominado Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia con la Constitución Política de 1991 nace históricamente un nuevo modelo de nación en Colombia, y, con esto frente al reconocimiento ligado al principio de diversidad cultural se originaron los siguientes cambios trascendentales:

"1) El paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; se partió de la desigualdad real de los colombianos para configurar la igualdad como un propósito. Aquí se cuestiona el principio de igualdad que sin duda representa un cambio sustantivo.

2) El paso de un Estado Monocultural a un Estado Multicultural y Pluriétnico, afirma la equivalencia de las culturas.

3) El reconocimiento de un sujeto colectivo de derecho afirma la presencia de un sujeto de derecho distinto al sujeto individual.

4) Acciones afirmativas para que ese sujeto pueda ser y pueda fortalecerse como distinto que es. Todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse, para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa. Estos presupuestos acogen por principio a los sistemas de derecho y autoridad, disímiles del derecho estatal para configurar un pluralismo jurídico formal" (Sánchez, 2005, p. 228)

A pesar de un marco normativo ya establecido, mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura, para Esther Sánchez Botero: "Se ha buscado dar salida a numerosos conflictos para indicar cómo puede ser un Estado donde se valoran las diferencias de cultura, expresas en principios y procedimientos de las autoridades que ejercen esas funciones como representantes de los diferentes derechos propios" (Sánchez, 2005, p. 228)

La Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, han tenido un mayor ímpetu por reconocer no solo los rezagos vivos de culturas ancestrales, sino que, además, se han preocupado por determinar y reconocer los modos contemporáneos de los derechos propios de las comunidades indígenas configurados por ellos mismo en la modernidad atendiendo a las diversas necesidades impuestas por el principio de nación indivisible que define los

principios, las reglas y normativas mínimas que engloban el ordenamiento jurídico, y, que tienen como objetivo la protección de las comunidades indígenas.

Lo anterior ha llevado a considerar en el devenir latinoamericano a Colombia como uno de los países en donde se muestran un mayor reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional en la sentencia T-606 del 2001 confirma los alcances de la Jurisdicción Especial de los pueblos indígenas, ratificando que constituye un derecho que no podrá sujetarse a limitaciones de ninguna circunstancia, es así como la jurisdicción indígena no está supeditada a la expedición de alguna Ley previa, pues la Constitución Política define la justicia especial indígena y la carta constitucional tiene efectos normativos directos otorgándole validez constitucional.

Esquema de la justicia especial indígena.

En virtud de lo argumentado por Diana Cruz en su documento Jurisdicción especial indígena en Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción especial indígena se ejerce solo en los territorios indígenas, lo cual indica que esta no tiene viabilidad de aplicación en los territorios fuera de los límites de las comunidades aborígenes, solo la persona indígena o perteneciente a dicha comunidad puede ser objeto de la justicia especial indígena. Frente a la estructura, Cruz revela que cada comunidad indígena establece y define las autoridades competentes para aplicar sanciones por actuaciones violatorias de la Ley propia y occidental, así como de los derechos humanos. (Cruz, 2016, p.10)

Así mismo, cada comunidad o pueblo indígena al ser diferente establece el procedimiento a seguir y con ello las medidas a adoptar en cada caso, por esto, poseen sus propios procedimientos basados en sistemas o elementos comunes para ellos (Sánchez & Jaramillo, 2007)

Para Perafán, C.C. en el libro “Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule” la costumbre es uno de los pilares de la jurisdicción especial indígena, determinándolas como la base de todas las actuaciones, así como aquella que define las clases y formas de castigos o sanciones. Para Perafán, entonces, los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas no son estáticos, es decir, se han ido adaptando a las transformaciones de su tiempo; algunas tradiciones, usos y costumbres ya no están en uso, como por ejemplo la ablación en las comunidades Embera. Perafán impugna que en la justicia especial indígena se han incorporado otras conductas tipificadas en la Ley 599 del 2000 como delitos, como, por ejemplo, en el caso de los Emberas, en

donde participar en el conflicto armado en alguno de los bandos de los actores armados es considerado una conducta punible. (Perafán, 1995)

De igual manera, Perafán establece que la competencia de los procesos no es exclusiva de las autoridades propias, sino que además incluye a las partes, y, también a las personas que pertenecen al grupo social y que pueden resultar afectados (Perafán, 2005)

Los jueces en la jurisdicción especial indígena son quienes hayan sido designados por la misma comunidad, pues es quien reconoce en determinada persona la facultad para la administración de justicia, adicionalmente, inciden en los hábitos mentales, la imparcialidad, la coherencia y la estabilidad. (Sánchez & Jaramillo, 2007, p. 51) estas autoridades tienen la potestad para conocer, investigar y juzgar las acciones reprochables y violatorias que realicen los miembros de las comunidades indígenas que presidan, siempre que se cumplan con 3 condiciones específicas: "(a) que el procesado pertenezca a una comunidad étnica, (b) que la acción punible haya sido cometida dentro del territorio de la comunidad y (c) que la acción no sea de aquellas que ponga en peligro la seguridad del Estado y la salubridad pública. Lo anterior, constituye una especie de fuero judicial para los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria" (Cruz, 2016. P.13)

La jurisdicción especial indígena no es excluyente, toda vez que las autoridades indígenas pueden solicitar a la Policía Nacional la colaboración la captura de miembros de su grupo quienes hayan evadido la sanción o inclusive escapado del territorio indígena. (Sánchez & Jaramillo, 2007)

Retomando a Diana Cruz en su documento Jurisdicción especial indígena en Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria, las sanciones que se ejecutan en la justicia especial indígena, las cuales son aplicadas por las autoridades propias de esa jurisdicción entre otros son:

"Latigazos sobre el cuerpo de forma pública o privada; expulsión del territorio, comunidad y/o pueblo; prohibición para salir del territorio; reparación económica a la víctima del hecho; trabajo social,

comunitario por meses, años; reconocimiento público del hecho victimizante; solicitud de perdón; maleficios; muerte. (Cruz, 2016, p.12)

De acuerdo con Natalia Ruíz Morato en la investigación denominada la resistencia y la sobrevivencia de la justicia indígena en Colombia, la Ley de origen de la jurisdicción especial indígena supera el concepto del ordenamiento jurídico toda vez que la Ley de origen proviene o encuentra su raíz en la cosmogonía y cosmovisión ancestral de

cada comunidad, regulando temáticas como la espiritual, la relación con la madre tierra, animales, ríos, e inclusive la forma en cómo se solucionan como impensables desde el positivismo jurídico. La Ley de Origen supera las normas, procedimientos y sanciones (Ruiz, 2015, p. 359)

Limitaciones a la autonomía jurídica de las comunidades indígenas.

De acuerdo con Semper, la autonomía es entendida como la capacidad de un grupo de darse formas de organización social, económica y política propias, poseer el derecho a designar autoridades propias, diseñar sus relaciones en virtud de sus tradiciones y sus actividades económicas, preservar su lenguaje, poseer formas de educación y salud propia. (Semper, 2006, p. 770)

El artículo 246 de la Constitución Política de 1991, establece la jurisdicción especial indígena que otorga facultades autónomas de administración a los miembros de los grupos étnicos en su respectivo territorio, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento nacional. Así mismo las bases constitucionales del derecho a la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en las regulaciones sobre la organización territorial se encuentran en el título XI en específico en los artículos 287, 329 y 330 de la Constitución Política de 1991.

La Corte Constitucional ha referido a la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, así como la potestad de éstos de establecer sus propias normas y procedimientos, así como la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la Ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción con el sistema judicial nacional. Se trata de una autonomía relativa frente a un sistema nacional jurídico al cual debe corresponder en uso de su nacionalidad. (Blanco, 2007, p. 19)

La Constitución Política de 1991 estableció la coordinación entre la jurisdicción especial y la ordinaria, en la cual se incluye el reconocimiento frente a que la especial indígena debe hacer a los tratados internacionales que sobre Derechos Humanos haya firmado en Colombia: además de unos mínimos éticos a los que debe sujetarse las autoridades indígenas, referidos al derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura; la legalidad de los procedimientos; los delitos y las penas según lo dispuesto por cada cabildo indígena. Por lo tanto, dicha colaboración debe

partir de una serie de elementos internos tendientes a la preservación, unidad y estabilidad del grupo, los cuales determinamos como restricciones internas, y, unos elementos externos que protejan a estas minorías de las decisiones políticas económicas y culturales adoptadas por las mayorías y al que al no corresponder a sus particulares pueda generarse ya sea un detrimento o una amenaza.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado en reiteradas ocasiones como por ejemplo en la sentencia SU 510 de 1998; sentencia T-349 de 1996; sentencia T- 523 de 1997 y la sentencia T- 266 de 1999, que solo se habrá hecho justicia el artículo 7 de la Constitución Política una vez que se les conceda a las comunidades indígenas un máximo de autonomía. El principio de la maximización de la autonomía indígena permite asegurar la supervivencia cultural de las comunidades indígenas, pero, además, se opone a una limitación de injerencia como forma de proteger intereses superiores y trasciende a todo el orden jurídico nacional, su manejo práctico queda demostrado en el caso de la colisión de bienes e intereses entre diferentes derechos e intereses privados y generales (Semper, 2006, p. 773)

La Corte Constitucional en la sentencia T-349 de 1999, con la ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, establece la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y una regla de minimización de las restricciones, con el objeto de limitar la autonomía de las autoridades cuando se trate de salvaguardar un interés superior al cultural, esto es, el derecho a la vida, las prohibiciones de esclavitud y tortura, y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; es así como el derecho a la singularidad cultural el cual debe de estar limitado cuando exista una afectación o vulneración a un principio fundamental constitucional o algunos de los miembros de la comunidad indígena. En esta sentencia, además, le corresponde al juez constitucional argumentar con suficiencia el enunciado de preferencia adoptado frente al carácter no absoluto con que deben ser asumidos los valores materiales, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que se consagran en la Constitución Política.

Es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional ha impregnado el alcance y los límites de la autonomía para administrar justicia de los cabildos indígenas al principio de la diversidad cultural y su protección de la siguiente forma:

“una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional. La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse

los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con las jurisprudencial constitucional" (Corte constitucional, 2014).

Para la Fiscalía General de la Nación en la directiva 0012 del 21 de julio de 2016 por la cual se establecen los lineamientos sobre asuntos relacionados con la competencia de la jurisdicción especial indígena se desarrollaron, además varios criterios que van de acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a los elementos que componen el fuero indígena, con el fin de determinar cuándo corresponde conocer de un caso en concreto a la jurisdicción especial o a la ordinaria, y, como deben asumir los casos los fiscales cuando tomen conocimiento en la investigación o proceso en donde se esté relacionado con la cultura indígena.

Los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales colectivos.

La Corte Constitucional define a las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales y colectivos asegurándolos como un grupo. El Decreto 2001 de 1988 artículo 2 define la comunidad indígena como un conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional como formas de gobierno y control social internos que las distinguen de otras comunidades rurales. (Semper, 2006, 765)

El reconocimiento en la justicia especial indígena.

El reconocimiento de la comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales en razón a lo anteriormente explicado surge del principio contemplado en el artículo 7 de la Constitución Política de 1991 y constituye una afirmación que protege las comunidades indígenas. Es así como la

jurisdicción especial indígena cobra una gran importancia a partir de su definición como institución en donde se reconoce la facultad que tienen las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas para que, de una forma autónoma, administren justicia al interior de su territorio. En palabras de

Llano & Vitona:

“de acuerdo a las normas y procedimientos propios relacionados conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando no vayan en contra de la Constitución y de la ley; que para dar aplicación a esta potestad de justicia propia, se hace necesario tener en cuenta unos parámetros fijados por la Corte Constitucional que se refieren básicamente a que la persona debe ser parte de la comunidad, la cual a su vez debe estar asentada dentro de un territorio determinado o un resguardo, y que los hechos que alteren la armonía y el equilibrio de este grupo social hayan sucedido dentro del mismo, además de que se debe contar con una autoridad tradicional legítima que es la encargada de ejercer o aplicar lo que ha llamado la Corte como Fuero Indígena” (Llano & Vitona, 2018, p. 153)

De tal forma, el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Es decir, se concede el derecho a ser juzgados por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo (Corte Constitucional, 1996)

El reconocimiento de las comunidades indígenas es el primer pilar para la materialización de los derechos fundamentales de dichos pueblos, toda vez que establece un fuero que faculta a las autoridades para que estas ejerzan justicia, y de tal forma juzgue al individuo o grupos que pertenecen a una comunidad por parte de sus autoridades indígenas. El reconocimiento se entiende como el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, lo cual, además, implica el que sean juzgados por las autoridades indígenas competentes de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de Colombia, en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita de territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante (Corte Constitucional, 2013)

CONCLUSIONES Y DISCUSIONES.

De acuerdo con los objetivos específicos planteados en el presente artículo de revisión se pudo llegar a diversas conclusiones, sin embargo, la principal radica en la idea de que si bien es cierto que bajo los preceptos de la Constitución Política de 1991, a las comunidades indígenas en virtud de artículos como el 7; 10; 63; 68; 176; 246; 329 y 330 de la ya citada constitución, y, de principios que se revisten de constitucionalidad como el pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural, dicho reconocimiento es solo de papel debido a que en un primer lugar se puede concluir que no existe una armonía o congruencia con la jurisdicción ordinaria, es decir, hay una evidente disparidad entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria.

Dicha incongruencia se debe entre otras, y, principalmente a una falta de ley que permita no una unificación sino un equilibrio y colaboración entre ambas. Esta ley de coordinación entre ambas jurisdicciones es el resultado de la falta de participación de las comunidades indígenas en la vida política de Colombia, dejando una clara desprotección de los derechos fundamentales de los aborígenes.

Otra de las conclusiones a las que se llego referente a la falta de reconocimiento práctico de las comunidades indígenas es por el conflicto armado toda vez que la guerra que ha vivido el país por mas de 50 años ha permitido delitos de lesa humanidad como el desplazamiento forzado que han hecho que las comunidades aborígenes se trasladen a otros sitios y regiones del país en donde no hay autoridades competentes para ejercer las disposiciones de la jurisdicción especial indígena, por lo tanto, muchas generaciones de indígenas desconocen por completo la denominada Ley de Origen dando lugar al olvido y falta de aplicación de la jurisdicción especial, lo cual trae consecuencias graves a la cosmovisión propia pues elimina el sentido de pertenencia cultural y del territorio que tanto caracteriza a esta población.

Es así como se puede afirmar que realmente no existe una aplicación de lo que se denomina una justicia en términos de autonomía toda vez que hay un reconocimiento de papel que en la realidad práctica se ha perdido e incluso olvidado, o si se tiene presente, este no se puede aplicar por esta fuera del lugar de competencia quedando en manos de una jurisdicción ordinaria que a falta de ley de coordinación termina vulnerando gravemente los derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

REFERENCIAS

Aguilar, F. (2015) “Teorías modernas de la justicia” Link:

https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3504/Aguilar-Teorias_de_justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Amaya, C. N. (2010) “Diversidad étnica y cultural versus jurisdicción indígena” Link:

file:///C:/Users/super/Downloads/derechoyrealidad,+d_diversidad_etnica.pdf

Aranda, F. (2015) “Debates actuales sobre la justicia: historia y desarrollo”. Link:

file:///C:/Users/super/Downloads/Dialnet-DebatesActualesSobreLaJusticia-5792393.pdf

Arbeláez, L. (2004) “La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional” Link: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Jurisdicci%C3%B3n+Especial+Ind%C3%ADgena++Consejo+Superior+de+la+Judicatura.pdf/c83d6e15-80ac-4398-a834-a3c69a6013ff

Bermudo, J. M. (1998) “Libertad, igualdad y justicia en Hobbes” Ideas y Valores N° 108. Link: file:///C:/Users/super/Downloads/21894Texto%20del%20art%C3%ADculo-75057-1-10-20110621.pdf

Blanco, J. (2007) “Administración de justicia en la jurisdicción especial indígena” Link: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/2077/1585

Caballero, J. F. (2006) “La teoría de la justicia de John Rawls”. Link:

https://ibero.mx/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf

Cárdenas, C. A, Sánchez, P. A. (2015) “El pluralismo jurídico en la jurisdicción indígena y el buen vivir en Colombia” Link: http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/viewFile/646/599

Cortés, F. (2018) “Libertad, justicia y reconocimiento”. Universidad de Antioquia. Disponible en: https://www.redalyc.org/journal/854/85459533015/

Corte Constitucional (2012) Sentencia T-001. Link: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-001-12.htm

Corte Suprema de Justicia (2017) “Justicia y pueblos indígenas, jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos” Link: https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20y%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20jurisprudencia,%20ritos,%20pr%C3%A1cticas%20y%20procedimientos.pdf

Cruz, D. (2016) “Jurisdicción especial indígena en Colombia: un estudio comparado con la jurisdicción ordinaria” Link: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14158/1/De%20la%20Jurisdicci%C3%B3n%20especial%20ind%C3%ADgena%20en%20Colombia.pdf

Fraser, N. (1995) ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista». Universidad de Michigan. Link:https://newleftreview.es/issues/0/articles/nancy-

fraser-de-la-redistribution-al reconocimiento-dilemas-de-la-justicia-en-la-era-postsocialista.pdf

Fraser, N. (2008) “Escalas de justicia”. Barcelona: Herder

Fraser, N. (1997) Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas. Bogotá: Siglo del Hombre,

Garcés, L. Giraldo, C. (2013) “La justicia aristotélica: virtud moral para el discernimiento de lo justo” Corporación Universitaria Lasallista. Link: file:///C:/Users/super/Downloads/Dialnet-LaJusticiaAristotelica-4785290%20(1).pdf

Gutiérrez, M. (2010) “Pluralismo jurídico y cultural en Colombia” Universidad Externado de Colombia. Link: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2880/3040

Llano, J. V, Vitonas, D. A (2018) “Avances de la jurisdicción especial indígena en el norte del Cauca” Link: file:///C:/Users/super/Downloads/2126-Texto%20del%20art%C3%ADculo-6424-1-10-20190222.pdf

Jalali, M. (2009) “Ciudadanía, justicia social y la lucha por el reconocimiento” Link: https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36559/38478

Iglesias, C. (2012) “Justicia como redistribución, reconocimiento y representación: Las reconciliaciones de Nancy Fraser” Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: file:///C:/Users/super/Downloads/41149-Texto%20del%20art%C3%ADculo-55737-2-10-20130114%20(3).pdf

Mora, C. A. (2017) “Sobre la idea justicia en Marx” Universidad de Cartagena. Link: file:///C:/Users/super/Downloads/cuestionesf,+Sobre+la+idea+de+justicia+en+Marx.+Art%C3%ADculo+publicado+en+Cuestiones+de+Filosof%C3%ADa.+(1).pdf

Munizaga, J. (2014) “La dialéctica en Platón” Universidad Alberto Hurtado. Link: https://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/10707/FILMunizaga.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Perafán, C.C. (1995) “Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule” Bogotá, D.C.

COLCULTURA.

Quintero, J. C. (2011) “El fuero judicial de los pueblos indígenas frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado colombiano por su vulneración fáctica” Link: file:///C:/Users/super/Downloads/356-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1792-1-10-20130617.pdf

Roa, J. E. (2014) “Pluralismo jurídico y mecanismo de coordinación entre los sistemas de justicia indígenas y el sistema nacional de justicia en Colombia” Link: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Jurisdicci%C%B3n+Especial+Ind%C3%ADgena+-+Consejo+Superior+de+la+Judicatura.pdf/c83d6e15-80ac-4398-a834-a3c69a6013ff

Ruiz, N. (2015) “La resistencia y la sobrevivencia de la justicia indígena en Colombia” Link: http://www.scielo.org.co/pdf/recig/v14n17/v14n17a13.pdf

Sánchez, E. (2005) “Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia” Link: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-9.pdf

Sánchez, E. Jaramillo, I. (2007). “La jurisdicción especial indígena en Colombia” 2 Edición. Bogotá, Instituto de Estudio del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación.

Sterling, J. (2020) “La teoría de la justicia en Nancy Fraser”. Universidad Libre de Colombia. Link: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/18656/Trabajo%20de%20Grado%202020%20Maestr%C3%ADa%20Jairo%20Sterling.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Semper, F. (2006) “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional” Link: https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21731.pdf

Turner, T. (2003). “Class projects, social consciousness, and the contradictions of ¨globalization¨ En Violence, the state and globalization, editado por Jonathan Friedman, 20- 100 New York: Altamira.