

REFLEXIÓN INFORMADA
2-2020

Más allá del
pensamiento abisal:
descolonización
de la justicia,
derecho propio
e interlegalidad
para una paz
democrática

Boaventura de Sousa Santos



Autor/investigador

Boaventura de Sousa Santos

Profesor catedrático jubilado de la Facultad de Economía de la Universidad de Coímbra (Portugal) y Distinguished Legal Scholar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin-Madison (Estados Unidos). Director emérito del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coímbra y coordinador científico del Observatorio Permanente de la Justicia Portuguesa.

Estabilización de la paz en Colombia por medio de la Justicia y la verdad**Esta Reflexión Informada fue apoyada y patrocinada**

por el Instituto Colombo-Alemán para la Paz – CAPAZ y Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen CEDPAL

Corrección de estilo

Delilah Carreño Ricaurte

Diseño y diagramación

Leonardo Fernández

Foto portada

"The Body Politic", créditos para Lynn Whitford

Bogotá, Colombia, julio de 2020

Abstract

Esta reflexión informada propone un análisis teórico a partir de lo que en distintos trabajos he denominado «epistemologías del Sur» para nutrir el contexto colombiano en el marco de los retos y desafíos de la justicia transicional. Su principal objetivo es brindar elementos que permitan contribuir a develar el racismo estructural y otras desigualdades históricas que han sufrido los diferentes pueblos étnicos del país, así como para poder asegurar la horizontalidad y efectividad en el diálogo intercultural y la coordinación y articulación interjurisdiccional. En el texto, se podrán encontrar experiencias comparadas que puedan ser usadas como ejemplo y que pueden llegar a facilitar la reconciliación y construcción de paz en los territorios. De esta manera se pretende dotar a la JEP de ideas sobre el tema, y posibilitar que desde su actuar apoye medidas similares en pos de la resolución de los distintos casos que conocerá.

Palabras clave

derecho propio, línea abisal, descolonización, desigualdades históricas, diálogo intercultural, diversidad de justicias, reconciliación.

Tabla de contenido

Introducción **p.5**

Descolonizando la justicia: el camino de las epistemologías del Sur **p.6**

Más allá del pensamiento abisal **p.6**

Sociología de las ausencias y sociología de las emergencias **p.7**

Ecología de saberes, traducción intercultural y artesanía de las prácticas **p.10**

Descolonización de la justicia, derecho propio e interlegalidad **p.11**

El papel de la justicia transicional y los derechos étnicos en función de grupo **p.14**

La protección de los territorios y la paz en los territorios **p.15**

Diálogo intercultural y coordinación institucional **p.17**

Educación jurídica intercultural y descolonizadora **p.18**

Justicia histórica **p.20**

Experiencias posabisaes: conocimientos nacidos en la lucha y el pensamiento indígenas como fuente de derecho **p.22**

Conociendo el pasado para sanar el futuro **p.23**

Ruruku Whakatupua: la lucha de los maoríes por su territorio ancestral **p.24**

Nasa Üus Yutx Pehnxi: cuando los excluidos cuestionan el derecho **p.27**

Conclusiones **p.30**

Referencias **p.31**

Introducción

El presente texto elabora una reflexión informada acerca del análisis teórico y las lecciones aprendidas sobre el pluralismo jurídico y la justicia restaurativa en la transicionalidad para nutrir el contexto colombiano. Lo guiará la idea según la cual uno de los caminos posibles para llevar a cabo y resolver positivamente los retos de la JEP (Jurisdicción Especial para la Paz) frente a las jurisdicciones y justicias étnicas, es el uso, reconocimiento y diálogo de las epistemologías del Sur como parte integral de su actuar y de sus decisiones.

En la primera parte, se presentará un breve recuento de lo que a lo largo de los años he venido llamando “epistemologías del Sur” y su posible aporte para visibilizar y desmitificar la existencia de las justicias propias de los pueblos indígenas, rrom, negros, afrocolombianos, palenqueros y raizales, así como para poder sentar las bases que permitan comprender su naturaleza y existencia como sistema jurídico.

La segunda parte abordará el componente teórico de las epistemologías del Sur y el actuar práctico de la JEP y otras entidades estatales, y se referirá a cómo estas epistemologías pueden en el escenario judicial transicional contribuir a develar el racismo estructural y otras desigualdades históricas que han sufrido los diferentes pueblos étnicos del país. De igual manera, se pretende dar las bases para poder asegurar la horizontalidad y efectividad en el diálogo intercultural y la coordinación y articulación interjurisdiccional.

La tercera y última parte incluirá un ejercicio comparativo sobre cómo los procesos de distintos pueblos étnicos alrededor del mundo pueden contribuir a impulsar ejercicios internos que permitan la reconciliación y construcción de paz en los territorios. De esta manera se busca dotar a la JEP de ideas y ejemplos para que desde su actuar pueda apoyar este tipo de medidas en pos de la resolución de los distintos casos que conocerá.

Dicho esto, el derecho ordinario representa un proyecto hegemónico monocultural, que se disfraza, se cambia de nombre, se apropia de luchas y se adapta, para silenciar sujetos considerados como “otros” en sus múltiples y variados procesos y contextos culturales. La idea de que las justicias étnicas y la justicia estatal deben relacionarse entre sí supone un relacionamiento mediado por lo que en distintos trabajos he denominado “epistemologías del Sur” (Santos, 2009; 2019). Bajo esta idea, si se quiere descolonizar la justicia estatal y la justicia transicional en Colombia, deberá darse valor a la diversidad cognitiva del país, para así poder construir procedimientos capaces de promover el interconocimiento y la interinteligibilidad.

El proceso de descolonización deberá celebrar la diversidad de justicias dentro del mismo espacio geográfico y buscar nuevas articulaciones cognitivas que vuelvan más eficaces los diálogos y las interacciones de los conocimientos que tienen los operadores de ambas formas de justicia. Entonces, tender puentes entre sus zonas de confort y zonas de incomodidad. Solo a través de una relación basada en la *reconciliación* y la *convivialidad* se podrá dar un primer paso en la larga tarea que implica un proceso de descolonización.

La *reconciliación* como forma de relacionamiento deberá intentar curar el pasado, de tal modo que logre incidir positivamente el presente y potencie el futuro. La *convivialidad*, por su parte, es un ideal de horizonte posible. Es la aspiración de que la justicia estatal y todas las justicias étnicas se reconozcan mutuamente y se enriquezcan en el proceso de relación, respetando la autonomía individual y los respectivos dominios de jurisdicción.

La articulación descolonizadora que aquí se propone entre justicia estatal y justicia propia deberá, entonces, conducir al pluralismo jurídico igualitario. Esto significa reconocer que la pluralidad jurídica es la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico y comprender los sistemas jurídicos de los pueblos originarios. El pluralismo jurídico igualitario es una teoría política, basada en el principio de igual dignidad de pueblos y culturas, que reconoce dicha coexistencia en un marco de descolonización en el que se plantean relaciones de paridad y coordinación, es decir, sin que los sistemas jurídicos étnicos se subordinen a la justicia ordinaria.



Descolonizando la justicia: el camino de las epistemologías del Sur

Vivimos en un periodo en el que las formas más repugnantes de desigualdad y discriminación social se vuelven políticamente aceptables. Las ideologías modernas de contestación han sido en gran medida capturadas por el neoliberalismo. Hay resistencia, pero cada vez es menos creíble como una alternativa realista. Dicha resistencia existe ahora más que nunca fuera de las instituciones y no a través de los modos de movilización política prevalecientes en el periodo histórico anterior (partidos políticos y movimientos sociales). La política dominante se vuelve epistemológica cuando es capaz de afirmar que el único conocimiento válido disponible es el que ratifica su propio dominio, así, esto solo puede significar que la reconstrucción o reinención de la política requerirá de una transformación epistemológica que haga frente a todas las formas de opresión y dominación (colonialismo, capitalismo y patriarcado) (Santos, 2019).

Más allá del pensamiento abisal

Para saber contra qué luchamos, primero debemos comprender en qué consiste nuestro enemigo. El colonialismo debe entenderse como todo sistema de naturalización de las relaciones de dominación y subordinación sustentadas en las diferencias étnicas o raciales (Santos, 2013). El colonialismo implica siempre la degradación ontológica de los seres racializados, como si la humanidad estuviera dividida por una línea abisal que separa los humanos de los subhumanos (Santos, 2019). A través de dicho sistema, los actores sociales producen discriminaciones que posteriormente serán codificadas como raciales, étnicas, antropológicas o nacionales, según los momentos, los agentes y las poblaciones implicadas (Quijano, 1992).

Para examinar la lógica colonial de dominación que surgió en el siglo XVI (producto del colonialismo) y que persiste hasta nuestros días, es necesario tener presente que el fin del colonialismo histórico (el colonialismo de ocupación por alguna potencia extranjera que terminó con las independencias) no significó el fin histórico del colonialismo. Este apenas cambió de forma. Mantuvo sus trazos distintivos como el racismo, la concentración de la propiedad de tierra, la forma del Estado y del derecho y la memoria eurocéntrica del pasado reciente como liberación nacional. Aníbal Quijano (2000) ha designado el conjunto de estos trazos como la colonialidad (del ser, del poder, etc.), entendida como la fuerza estructuradora que produjo y produce sistemas de violencia que se entrecruzan y jerarquizan para permitir que Occidente explote y domine la periferia, o lo no occidental, a través de la raza en cuanto categoría más visible de distinción.

La idea acerca del colonialismo no debe contemplarse únicamente a escala internacional, pues, este también surge dentro de una misma nación, ya que hay en ella una heterogeneidad étnica, en la que determinadas etnias son asociadas a los grupos y las clases dominantes; y otras, a los grupos dominados y explotados (González, 1965).

Colombia, a través de su historia, ha sufrido el yugo del colonialismo. Primero, en la forma del colonialismo histórico como sistema de dominación político-económico por parte de una potencia extranjera y después, tras su independencia, como naturalización de las desigualdades propias del naciente Estado-nación (de hecho, una pluralidad de naciones no reconocidas como tal), mediante su régimen de propiedad y su proyecto de consolidación de una sola identidad nacional, con un credo religioso preponderante (la religión católica estuvo casi siempre presente y dominó casi todos los aspectos de la vida social), que se tradujo en una única forma de vida aceptada: la forma eurocéntrica de ver el mundo.



Luego de la conquista y posterior independencia, las instituciones de la colonia permanecieron en el panorama tanto institucional como político. Con el proceso revolucionario e independentista se buscó unificar y homogeneizar las identidades, así los sujetos denominados “indígenas” o “negros” quedaron separados del proyecto nación y pasaron a ser individuos desprovistos de ciudadanía, y, por lo tanto, se les redujo a una condición de objetos. Los Estados con un pasado colonial e imperialista y sus clases dominantes renuevan y atesoran las relaciones coloniales con las etnias colonizadas que se encuentran dentro de sus fronteras políticas. Este fenómeno se repite una y otra vez con variantes que dependen de la correlación de fuerzas de los antiguos habitantes colonizados y colonizadores (González, 2006a).

La colonización del campo jurídico se da cuando el derecho, en uso de sus funciones jurídico-políticas, inventa la ciudadanía por medio de una constitución. En virtud de que la palabra escrita constituye identidad, el ciudadano es visto como sujeto de derechos solo a través de la escritura, dentro del espacio otorgado por la carta política. Y es gracias a dicha palabra escrita, expresada en la retórica de la igualdad y la ciudadanía, que también se permite reducir y apaciguar, nombrar para encubrir. A través de la palabra nominadora del derecho, se encubren privilegios políticos y culturales tácitos que consienten reproducir las estructuras coloniales de opresión y otrorización (Rivera, 2015).

Este encubrimiento, expresado en una retórica ambivalente (bien sea multicultural, bien sea plurinacional), significa cambios que, analizados a fondo, renuevan las prácticas de subalternización, mediante el cambio sin cambios, dejando así entrever la existencia de un colonialismo interno como continuación de las estructuras sociales de las nuevas naciones pluriétnicas o plurinacionales¹ (González, 2006b).

Los reconocimientos que se dieron a través del derecho concedieron valor al sentir étnico mientras restaban u ocultaban al conjunto poblacional, utilizando como estrategia (hegemónica) la diferenciación y la segregación. Entonces, superar este pasado tortuoso implica el esfuerzo por parte no solo de quienes cuentan con el capital cultural o económico dentro del campo jurídico, sino también de los subalternos, para que imaginen un campo jurídico viable que transforme los objetos imposibles en objetos posibles. Todo ello mediante una sociología de las ausencias y una sociología de las emergencias que posibiliten y faciliten el diálogo entre diferentes formas de conocimiento jurídico (Santos, 2016).

Pese a que el derecho es usado como arma letal de los sujetos colonizadores en contra de los colonizados/otrorizados/subalternizados, se advierte que también es un arma de doble filo, pues puede contener prácticas y discursos contrahegemónicos que otorguen validez, visibilidad y credibilidad a las experiencias de los pueblos y grupos sociales, históricamente victimizados, oprimidos y explotados por el colonialismo y el capitalismo global (Santos, 2009; 2018).

Para que en efecto sus experiencias tengan validez, credibilidad y visibilidad, es necesario que dependan de un discurso descolonizador ligado a una praxis descolonizadora (Rivera, 2010) que posibilite prácticas de conocimiento eficaces para una verdadera transformación social, cambiando así la forma de ver el mundo y entendiendo las diferencias de una manera ampliada (Santos, 2009).

En este sentido, dicha praxis tiene que ir de la mano con las epistemologías del Sur, noción empleada en varios de mis trabajos para referirme a la producción y validación de conocimientos anclados en las experiencias de lucha y resistencia de todos aquellos grupos sociales que sistemáticamente han sido víctimas de la injusticia, la opresión y la destrucción causadas por el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado. El objetivo de estas epistemologías es permitir que los grupos sociales oprimidos representen al mundo como propio y en sus propios términos, ya que solo así se podrá cambiar de acuerdo con sus propias aspiraciones (Santos, 2019).

Sociología de las ausencias y sociología de las emergencias

El pensamiento occidental moderno es un pensamiento abisal, el cual consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles. Las invisibles constituyen el fundamento de las visibles y son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos: el universo de “este lado de la

¹ Como Colombia, Ecuador o Bolivia.



línea" y el universo del "otro lado de la línea". La división es tal que "el otro lado de la línea" desaparece como realidad, se convierte en *no existente*, y de hecho es producido como no existente. Así, lo que es producido como no existente es radicalmente excluido (de la idea de ciudadanía, de ser humano, de sujeto de derechos, etc.) porque se encuentra más allá del universo de lo que la concepción aceptada de inclusión considera como el *otro* válido (Santos, 2014).

El pensamiento abisal moderno sobresale en la construcción de distinciones y en la radicalización de estas. No importa qué tan radicales sean esas distinciones ni qué tan dramáticas puedan ser las consecuencias del estar en cualquier lado de esas distinciones, lo que tienen en común es el hecho de que pertenecen a algún lado de la línea y se combinan para hacer invisible la línea sobre la cual se fundan. Me explico. Las intensas distinciones que estructuran la realidad social en este lado de la línea están erguidas sobre la invisibilidad de la distinción entre este lado de la línea (el permitido, el que tiene derechos, etc.) y el otro lado de la línea (lo que no existe, lo que no es ser humano, etc.) (Santos, 2016).

La línea abisal marca la división radical entre formas de sociabilidad metropolitana y formas de sociabilidad colonial que ha determinado nuestro mundo desde el siglo xv, generando así dos mundos de dominación. Uno de ellos, el mundo metropolitano, está caracterizado por la equivalencia y reciprocidad entre "nosotros", quienes son completamente humanos. El otro mundo, el mundo colonial, es el mundo del "ellos", a quienes les resulta inimaginable la existencia de cualquier equivalencia o reciprocidad, toda vez que no son totalmente humanos. Tras el fin del colonialismo histórico, la línea abisal se mantiene en forma de colonialismo de poder, de conocimiento de ser, y sigue separando la sociabilidad metropolitana de la sociabilidad colonial (Santos, 2019).

Para entender la distinción entre las exclusiones abisales y no abisales, o si se quiere, entre el mundo metropolitano y el mundo colonial, es preciso tomar distancia estando simultáneamente dentro y fuera, de tal modo que se torne posible la doble "sociología transgresiva": la de las ausencias y la de las emergencias. Dicha sociología transgresiva consiste en contraponer a las epistemologías dominantes del Norte global las epistemologías del Sur.

Por sociología de las ausencias debe entenderse la investigación que tiene como objetivo mostrar que lo que no existe es, en efecto, producido como no existente, es decir, como una alternativa no creíble a lo que existe. Este tipo de sociología es la cartografía de la línea abisal, y busca transformar objetos imposibles en objetos posibles, en otras palabras, objetos ausentes en objetos presentes, por medio de la identificación de las formas y los medios a través de los cuales se produce la no existencia, la invisibilidad racial y la irrelevancia. La no existencia es producida siempre que una cierta entidad es descalificada y considerada invisible, no inteligible o desechable, por consiguiente, no existe una sola manera de producir ausencia, sino varias, traducidas en las cinco monoculturas que han caracterizado el conocimiento eurocéntrico moderno: la monocultura del conocimiento válido, la monocultura del tiempo lineal, la monocultura de la clasificación social, la monocultura de la superioridad de lo universal y global y la monocultura de la productividad (Santos, 2019).

La *monocultura del conocimiento válido* es el modo de producción de no existencia más poderoso, pues consiste en la transformación de la ciencia moderna y de la alta cultura en criterios únicos de verdad y de cualidad estética, configurándose así como cánones exclusivos de producción de conocimiento o de creación artística, y así, todo aquello que no esté dentro del canon es declarado como inexistente, tomando la forma de ignorancia o incultura. La ciencia jurídica enseñada en las facultades de derecho es parte de esta monocultura.

La *monocultura del tiempo lineal* se basa en la idea según la cual la historia tiene sentido y dirección únicos y conocidos. Dichos atributos han sido establecidos mediante diversas formulaciones, a saber: progreso, revolución, modernización, desarrollo, crecimiento, globalización. La característica principal de todas estas formulaciones es la idea de que el tiempo es lineal y al frente de él están los países centrales del sistema mundial y sus respectivos conocimientos, así como las instituciones y las formas de sociabilidad que los caracterizan. Por lo tanto, la no existencia se produce declarando atrasado a todo aquel que sea asimétrico en relación con lo que es declarado avanzado. La historia del derecho que se enseña en las facultades de derecho comparte esta monocultura en la medida en que considera todas las órdenes jurídicas preexistentes al Estado-nación y al derecho oficial o estatal como menos desarrolladas o simples.



La *monocultura de la clasificación social* sienta sus bases en la naturalización de las diferencias. Consiste en la distribución de las poblaciones por categorías que naturalizan las jerarquías establecidas por los distintos tipos de dominación como lo son el colonialismo, el capitalismo y el patriarcado. La no existencia es producida bajo la forma de inferioridad insuperable. Así, quien es inferior lo es porque es insuperablemente inferior, y, por lo tanto, no puede ser una alternativa creíble para quien cree ser superior. En varias ramas del derecho oficial, especialmente en el derecho civil, el derecho penal y el derecho administrativo, hay múltiples normas que naturalizan el racismo y el sexismo.

La *monocultura de la superioridad de lo universal y global* presupone la escala adoptada como primordial (ya sea lo universal o lo global) y deja a las otras escalas posibles en el ámbito de la irrelevancia. Lo universal es lo que se considera válido independientemente de los contextos en que se genere o presente. El universalismo constituye la escala de las entidades o realidades que se adjudican preceder sobre todas las otras realidades, las cuales son tratadas como meros contextos particulares. Por su parte, la globalización es la escala de las entidades o realidades que extienden su ámbito por todo el globo, y tiene la facultad de designar entidades o realidades rivales como locales. La no existencia es producida bajo la forma de lo particular y lo local, incapacitando así otras formas de alternativa creíble a lo que se conoce como universal y global. Por acción de esta monocultura, los derechos propios indígenas son considerados particulares o locales.

Finalmente, la *monocultura de la productividad* se asienta en los modelos de productividad capitalista, convirtiendo así el crecimiento económico en un objetivo racional incuestionable, y como tal, siendo incuestionable el criterio de productividad que mejor sirve a ese objetivo. Al aplicar dichos criterios tanto a la naturaleza como al trabajo humano, la naturaleza productiva es extremadamente fértil, así como el trabajo productivo es solo el que maximiza la generación de lucros, teniendo en cuenta el ciclo de producción en ambos casos. La no existencia, entonces, es producida bajo la forma de lo improductivo. Aunque existen en la sociedad múltiples formas de propiedad, la privada es la única reconocida o protegida eficazmente por el derecho oficial. Es la forma de propiedad que sostiene la concepción de productividad que subyace a la producción capitalista.

La producción social de estas ausencias nos deja en la sustracción del mundo y en la contracción del presente, provocando así el desperdicio de la experiencia enriquecedora de la diversidad del mundo. La sociología de las ausencias procura identificar el ámbito de dichas sustracciones y contradicciones para que aquellas experiencias producidas como ausentes sean liberadas de esas relaciones de producción y, por esa vía, se tornen presentes y existentes. Esto se traduce en considerarlas alternativas válidas frente a las experiencias hegemónicas, creando las condiciones necesarias para la ampliación del campo de experiencias creíbles y aumentando las posibilidades de experimentación social en el futuro, a la vez que se piensan e imaginan otros mundos posibles (Santos, 2009).

Ahora bien, la sociología de las emergencias se propone sustituir el vacío del futuro según el tiempo lineal (un vacío que es todo y nada) por un futuro de posibilidades plurales y concretas, tanto utópicas como realistas, que se va construyendo en el presente a partir de las actividades de cuidado. Su papel consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas. Teniendo en cuenta que la sociología de las ausencias amplía el presente, uniendo lo real existente con lo que le fue sustraído y puesto como no existente; la sociología de las emergencias amplía el presente, uniendo lo real al amplio margen de posibilidades y expectativas que conlleva. El concepto orientador de la sociología de las emergencias es el de *todavía no*², propuesto por Bloch (1995), para quien lo posible resulta ser lo más incierto, un concepto ignorado con esfuerzo por parte de la filosofía occidental. Y, sin embargo, solo lo posible permite revelar la totalidad inagotable del mundo (Santos, 2016).

Lo todavía no es la categoría que extrae lo que existe solo como un movimiento latente en el proceso de manifestarse. Es el modo como el futuro se asienta en el presente y lo aplaza. No es un futuro indeterminado ni infinito, todo lo contrario, es una posibilidad y una capacidad concretas que no existen en el vacío pero que tampoco están completamente determinadas. Esta categoría inscribe en el presente una posibilidad incierta, pero nunca neutra, la cual se puede traducir en la posibilidad utópica o de salvación, o en la posibilidad del desastre o la pérdida.

2 En alemán: *Noch nicht*.



Así, la sociología de las emergencias procede a una ampliación simbólica de los saberes, las prácticas y los agentes, de modo que en ellos se identifiquen las tendencias de futuro (lo todavía no) sobre las cuales es posible actuar para extender la probabilidad de la esperanza con relación a la probabilidad de la frustración. Esta ampliación simbólica es, sobre todo, una forma de imaginación sociológica que conlleva un doble propósito: por un lado, conocer mejor las condiciones de posibilidad de la esperanza; por otro, definir principios de acción que promuevan la realización de dichas condiciones. Es decir, se actúa tanto sobre las posibilidades (potencialidad) como sobre las capacidades (potencia). Lo todavía no tiene sentido (en cuanto posibilidad) pero no tiene dirección, ya que puede acabar en esperanza o frustración (Santos, 2016).

Tres tipos de emergencias deben distinguirse a partir de este enfoque: ruinas-semilla, apropiaciones contrahegemónicas y zonas liberadas (Santos, 2019)³. Las *ruinas-semilla* son un presente ausente, siendo simultáneamente memoria y alternativa de futuro. Representan todo lo que los grupos sociales reconocen como concepciones filosóficas y constituyen las prácticas originarias y auténticas que siguen vivas no solo en la memoria sino también en la vida cotidiana, a pesar de la dominación eurocéntrica colonial que por siglos intentó destruir, invisibilizar o demonizarlas. Las ruinas-semilla son una fuente de dignidad y esperanza para un futuro poscapitalista y poscolonial. El derecho propio indígena es hoy en día un ejemplo elocuente de una ruina-semilla.

En cuanto a las *apropiaciones contrahegemónicas*, estas consisten en los conceptos, las filosofías y prácticas desarrolladas por los grupos sociales dominantes para reproducir la dominación moderna, de las que los grupos sociales oprimidos se apropian resignificándolas, subvirtiéndolas y transformándolas en instrumentos de lucha contra la opresión. Dichas apropiaciones son, entre otras, la democracia, los derechos humanos, la Constitución, etc.

Las *zonas liberadas* se refieren a espacios organizados con base en reglas y principios radicalmente opuestos a los que imperan en las sociedades capitalistas, colonialistas y patriarcales. Las zonas liberadas son comunidades consensuadas mediante la participación de todos sus miembros, y cuentan con una naturaleza performativa, prefigurativa y educativa. Su propia creación como un tipo diferente de sociedad las constituye en verdaderas utopías realistas. En el pasado, muchas comunidades indígenas y palenqueras se autorreconocieron zonas liberadas en la medida en que sus poblaciones huían hacia zonas remotas fuera del alcance de los colonizadores, donde reconstituían un modo de vivir autónomo y propio.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, mientras que la función de la sociología de las ausencias es producir un diagnóstico primordial de las relaciones sociales capitalistas, coloniales y patriarcales, la sociología de las emergencias tiene el objetivo de convertir el horizonte resultante de dicho diagnóstico en un amplio campo de experiencia social, potente e innovadora, que propicie nuevas y plurales concepciones de emancipación social. Las expectativas de que esto ocurra permiten reinventar nuestra experiencia, confrontando la dominación hegemónica que nos es impuesta y, a la vez, permitiéndonos crear las condiciones para generar justicia cognitiva a través de la justicia social.

Ecología de saberes, traducción intercultural y artesanía de las prácticas

He defendido a lo largo de mi producción académica que la credibilidad y utilidad de las epistemologías del Sur dependen menos de sofisticadas elaboraciones teóricas que de las prácticas de grupos y movimientos sociales que van dando testimonio de ellas en sus luchas contra la dominación capitalista, colonialista y patriarcal. Paso ahora a explicar las herramientas claves de las epistemologías del Sur. Estas herramientas permiten o facilitan el reconocimiento de la copresencia de diferentes saberes y la necesidad de estudiar las afinidades, las divergencias, las complementariedades y las contradicciones que existen entre ellos, a fin de maximizar la eficacia de las luchas de resistencia contra la opresión.

3 Ejemplos prácticos de estas emergencias pueden distinguirse a lo largo del documento: como apropiaciones contrahegemónicas encontramos el concepto de justicia étnica, los derechos humanos, etc.; como ruinas-semillas tenemos la concepción de la Madre Tierra, los planes de vida y el derecho propio; y en cuanto a zonas liberadas, mencionamos las formas de autoorganización de las comunidades, tales como las guardias indígena y cimarrona y el uso del derecho propio en su cotidianidad.

La *ecología de saberes* y la *traducción intercultural* son las herramientas que transforman la diversidad de saberes visibilizados por la sociología de las ausencias y por la sociología de las emergencias en un recurso potenciador que, al permitir la comprensión ampliada de los contextos de opresión y resistencia, posibilita articulaciones más extensas y profundas entre los distintos tipos de luchas que contrarrestan las distintas formas de dominación (Santos, 2019). En medio de una determinada lucha social o una resistencia concreta, la ecología de saberes tiene el papel de identificar los principales conjuntos de conocimientos que revelan dimensiones importantes de tales actos, por ejemplo: contextos, reivindicaciones, grupos sociales implicados o afectados, riesgos y oportunidades, etc. En las luchas sociales podemos identificar ecologías de saberes jurídicos, ecologías de saberes médicos, etc.

Por su parte, la traducción intercultural tiene el objetivo específico de reforzar la comprensión recíproca sin disolver la identidad, permitiendo así hallar complementariedades y contradicciones, plataformas comunes y perspectivas alternas. Entonces, se entiende que la articulación de diferentes movimientos sociales y de diferentes luchas contribuye a la diversidad epistemológica y cultural del mundo, que por cierto es un factor favorable y capacitador en la resistencia contra el capitalismo, el colonialismo y el patriarcado. Esta herramienta se basa en el reconocimiento de la diferencia para promover consensos sólidos suficientes mediante los cuales se compartan no solo luchas sino también los riesgos asociados a estas.

Es posible, a la vez, distinguir distintos tipos de traducción intercultural en lo relacionado tanto con los procesos de traducción como con los tipos de culturas o conocimientos entre los que se hace la traducción. En otras palabras, la traducción intercultural puede ser *difusa* o *didáctica*. Traducción intercultural difusa es aquella que ocurre informalmente como una dimensión del trabajo colectivo, y se caracteriza por la fluidez, el anonimato y la oralidad. En tanto que la traducción intercultural didáctica ocurre en procesos que combinan, por un lado, lo individual y colectivo y, por otro, lo oral y lo escrito. En este sentido, las relaciones entre el derecho oficial y el derecho propio son campos privilegiados de traducción intercultural.

Ahora bien, la *artesanía de las prácticas* debe entenderse como la culminación de las epistemologías del sur. Consiste en el diseño y la validación de las prácticas de lucha y resistencia llevadas a cabo de conformidad con las premisas anteriormente resaltadas. Teniendo en cuenta la naturaleza desigual y combinada de las articulaciones de diferentes movimientos sociales y de diferentes luchas contra los tres modos de dominación modernos, ninguna lucha social, por más fuerte que sea, puede tener éxito si se piensa y se organiza centrándose en solo uno de los modos de dominación. Si bien existen muchas formas de articulación, debemos tener en cuenta tres formas principales, las cuales se distinguen por la naturaleza abisal o no abisal de la exclusión: 1) la articulación entre las diferentes luchas que resisten, todas ellas, a las exclusiones abisales; 2) la articulación entre las diferentes luchas que resisten, todas ellas, a las exclusiones no abisales; 3) la articulación entre las luchas contra exclusiones abisales y no abisales (Santos, 2019). Como veremos, la JEP tiene la potencialidad de ser un elocuente ejemplo de artesanía de prácticas jurídicas y judiciales.

Descolonización de la justicia, derecho propio e interlegalidad

Se parte de la idea de que la relación entre las justicias étnicas y la justicia estatal debe estar mediada por las epistemologías del Sur. Esta premisa indica que, si se quiere descolonizar la justicia estatal y la justicia transicional en Colombia, se deberá –como se dijo al inicio de este texto– dar valor a la diversidad cognitiva del país, pues así se podrán construir procedimientos capaces de promover el interconocimiento y la interinteligibilidad por medio de la ecología de saberes, de la traducción intercultural y de la artesanía de las prácticas.

Entonces, el proceso de descolonización deberá celebrar la diversidad de justicias dentro del mismo espacio geográfico y buscar nuevas articulaciones cognitivas que vuelvan más eficaces los diálogos y las interacciones de los conocimientos que tienen los operadores de ambas formas de justicia.

Solo a través de una relación basada en la reconciliación, y teniendo en cuenta las herramientas dadas por la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, se podrá dar un primer paso hacia la larga tarea que implica un proceso de descolonización. La articulación descolonizadora



entre justicia estatal y justicia propia debe conducir al pluralismo jurídico igualitario, reconociendo que la pluralidad jurídica es la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico, y comprendiendo los sistemas jurídicos de los pueblos originarios. El pluralismo jurídico igualitario es una teoría política basada en el principio de igual dignidad de pueblos y culturas, que reconoce dicha coexistencia en el marco de la descolonización, es decir, sin subordinar los sistemas jurídicos propios de las comunidades étnicas frente a la justicia ordinaria, y que plantea relaciones de paridad y coordinación.

Pero para lograr una verdadera articulación descolonizadora, debemos, en primer lugar, entender de qué hablamos cuando nos referimos a justicia y derecho propios. Desde el mundo indígena, la ley de origen es

la ciencia tradicional de la sabiduría y el conocimiento ancestral, para el manejo de todo lo material y espiritual, cuyo cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos como pueblos indígenas, guardianes de la naturaleza; regula las relaciones entre los seres vivientes desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad y la convivencia en los territorios ancestrales legados desde la materialización del mundo. (Andrade, 2011, p. 61).

Por su parte, para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, el sentir ancestral afro está vinculado a las diversas actividades de la vida cotidiana, por ejemplo, las prácticas de medicina propia basadas en la etnobotánica, los sistemas ancestrales de producción, las formas de aprovechamiento de los recursos, etc. Es una manera específica de saber ancestral ligado y relacionado con las concepciones cosmogónicas propias que componen un proyecto de vida en un determinado territorio (Antón, 2014).

Entonces, la ley de origen, la ley natural, el derecho mayor, el derecho propio, la palabra de vida y el conocimiento ancestral deben convertirse en el marco de referencia para el diálogo intercultural didáctico, de manera que la justicia estatal deberá tomar en consideración dichos planteamientos, haciendo prevalecer el principio intercultural que procure un diálogo horizontal entre autoridades que administran justicia, sin deterioro a la autonomía y jurisdicción especial indígena (y procurando el reconocimiento institucional *de facto* de la justicia afro y rrom). Para hacer esto posible, es necesario, además de todos los conceptos ya explicados, hacer uso de la *interlegalidad* y de *híbridos jurídicos* (Santos, 2013).

La interlegalidad es el resultado del mayor conocimiento que las personas van teniendo de los distintos tipos de justicia o sistemas jurídicos, y es lo que les permite optar, en ciertas circunstancias, entre uno u otro. También posibilita que ciertas relaciones sociales sean simultáneamente reguladas por más de un sistema jurídico. Siempre que sea posible distinguir diferentes dimensiones, en ciertas circunstancias, los ciudadanos y las ciudadanas pueden optar por un sistema jurídico para la regulación de algunas dimensiones; y por otro, para la regulación de otro tipo de dimensiones. Pero más allá de exponer cómo los oprimidos y subalternizados pueden hacer uso de distintos sistemas jurídicos, en la interlegalidad se hace necesario que los jueces y las juezas⁴ que apuestan por una verdadera descolonización del derecho y de la justicia empiecen a comprender mejor los sistemas jurídicos “otros” para que los conviertan en nuevas fuentes de derecho en sus decisiones, bien sea por vía del bloque de constitucionalidad, bien sea por vía de los tratados internacionales que reconocen y validan el conocimiento ancestral y su existencia como forma de ordenamiento jurídico.

Los *híbridos jurídicos*, a su vez, son conceptos o procedimientos en los que es posible identificar la presencia de varias culturas jurídicas. Obsérvese, por ejemplo, el concepto *derecho de la naturaleza*; el concepto de derecho viene de la cultura eurocéntrica y del derecho moderno, pero su aplicación a la naturaleza, concebida como Madre Tierra, es una contribución de los conocimientos ancestrales tanto indígenas como afros. El uso de este tipo de categorías debe sustentarse en reconocer como válido el pensamiento ancestral e intentar ligarlo a las categorías hegemónicas, con el fin de posibilitar una inclusión y un verdadero reconocimiento del pueblo o la comunidad como interlocutor válido.

⁴ Y sus respectivos despachos y equipos de trabajo.

Debemos, entonces, concebir la justicia propia como una de las formas de organización colectiva por medio de la cual las comunidades siempre han buscado fortalecer sus identidades, idiomas, territorios, sistemas jurídicos y autoridades frente a los *viejos y nuevos colonialismos*. Es necesario también tener presente que las nuevas formas de colonización buscan despojar a las comunidades de su autoridad, de su cultura y de sus territorios con el propósito de la extracción de recursos naturales a favor de intereses minoritarios pero muy poderosos a escala tanto nacional como internacional. Es el *nuevo-viejo* proyecto hegemónico que viene destruyendo pueblos, culturas y a la Madre Tierra. Agentes del Estado, actores armados y empresas estigmatizan a los pueblos originarios, a sus organizaciones y a sus individuos, intentando dividirlos y reprimirlos; así como también los amenazan, los persiguen penalmente y atentan contra sus vidas e integridad.

Es este el contexto en el que debemos analizar y proponer las formas justas de articulación entre la justicia estatal y la justicia propia. En Colombia, a raíz de la existencia del capitalismo y el colonialismo, actualmente se disputan dos tipos de paz: la paz neoliberal y la paz democrática. Por paz neoliberal debe entenderse la falsa idea de paz, que busca continuar la violencia política por vía de la violencia pretendidamente no política (violencia estructural, violencia intersubjetiva, violencia criminal, etc.). Por ejemplo, se retira del territorio la violencia política protagonizada por un grupo guerrillero, y se pretende que con eso el territorio quede disponible para el desarrollo de megaproyectos de empresas multinacionales. Pero así se desconoce que los campesinos y pueblos étnicos, por defender sus territorios, van a ser víctimas de cualquier acto de violencia por parte de narcotraficantes y de paramilitares (violencia supuestamente no política). La paz democrática, por el contrario, se basa en la idea de que los procesos de reconciliación nunca conducen a sociedades reconciliadas si la reconciliación no incluye la justicia tanto social como cultural. Sin justicia no hay cohesión social, esto es, el sentimiento mínimo de pertenencia sin el cual la suma de las diferencias entre ideas se transforma fácilmente en suma de cadáveres (Santos, 2017).

Incluso sin salir del marco liberal de la teoría democrática, la democracia es incompatible con la violencia política porque la única violencia legítima es la del Estado. La violencia del Estado es legítima en un doble sentido: porque el Estado tiene un mandato constitucional exclusivo para ejercerla y porque solo la puede ejercer cumpliendo procedimientos, reglas, leyes preexistentes. Colombia es el caso dramático de una democracia desfigurada por la convivencia fatal, durante más de un siglo, de la violencia política ejercida por poderes ocultos dentro del Estado y por el propio Estado, dejando ver así dos caras de la misma moneda: un Estado profundo y otro superficial (en el que el paramilitarismo es la cara más visible de dicho Estado profundo, pero de ningún modo la única).

El posconflicto colombiano está surgiendo en un periodo de crisis del neoliberalismo, y solo tendrá alguna viabilidad para transformarse en un genuino proceso de paz si, contra la corriente, es orientado a fortalecer y ampliar la democracia, esto es, a otorgarle más intensidad a la convivencia democrática. Después de la farsa de la narrativa neoliberal –una farsa trágica para la mayoría de la población mundial– de que la democracia no tiene condiciones, el posconflicto solo será exitoso si acepta discutir creativa y participativamente la cuestión de las condiciones sociales, económicas y culturales de la democracia.

Orientado hacia la paz neoliberal, el posconflicto colombiano será un proceso rápido y relativamente poco exigente a nivel institucional, pero abrirá un periodo de violencia que, por ser aparentemente despolitizada, será todavía más caótica y menos controlable que aquella a la que pretendió ponerle fin. Porque la violencia actual está fuera de su jurisdicción, la justicia transicional seguirá juzgando la violencia del pasado como si esta terminara con los acuerdos de paz. La continuidad de la violencia por otros medios o con otras justificaciones, aunque incida de manera decisiva en la vida presente de las poblaciones cuya dignidad la justicia transicional pretende rescatar, será jurídicamente irrelevante. Por las frustraciones que puede generar, la paz neoliberal no solo dificultará llevar la democracia a un nivel más inclusivo, sino que puede debilitar todavía más la democracia de baja intensidad existente.

Ante este catastrófico escenario, la paz democrática busca la pacificación de las relaciones sociales en el sentido más amplio del término, y por eso pretende eliminar activamente las condiciones que suscitaron la violencia política. Uno de los factores más determinantes para poder materializar este tipo de paz es la completa implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera a través de acciones interinstitucionales que permitan la participación de todo el andamiaje estatal y su compromiso real con lo acordado.



El papel de la justicia transicional y los derechos étnicos en función de grupo

Para abordar la injusticia asociada con la dominación ejercida por el capitalismo, la colonización y el patriarcado, parece apropiado no solo poner fin a la explotación económica y a la dominación política, sino también instituir políticas y mecanismos destinados a remediar su legado perverso. Esto podría implicar asistencia para el desarrollo, transferencia de fondos, relaciones comerciales favorables y otras medidas instituidas por los mismos poderes colonizadores para reparar a aquellos que históricamente han sido víctimas de la modernidad (Moore, 2016).

Pero ¿cómo podemos hacer efectivas las medidas reparadoras cuando la dominación es y ha sido un factor estructural de nuestras sociedades modernas? La respuesta no es sencilla. Necesitamos un estándar (con la apariencia de principio moral) que se aplique a manera de compensación a la víctima de una injusticia histórica. En este sentido, la justicia transicional, entendiéndola como un conjunto de procesos o mecanismos diseñados para promover la reconciliación, la justicia y la curación, así como el perfeccionamiento de la democracia en las transiciones de la guerra a la paz, debe buscar la forma de enfrentar los abusos sistemáticos a los derechos humanos y sus respectivas violaciones, es decir, en algún punto, deberá hacer frente a los estragos del colonialismo. Dicho esto, ¿los procesos de justicia transicional tienen la capacidad de investigar estos estragos, diagnosticar sus herencias estructurales e imaginar una agenda de cambio social que vaya más allá de las reformas políticas inmediatas?

La literatura sobre justicia transicional tiende a aceptar la transición como un proceso delimitado que tendría lugar inmediatamente después de un conflicto (o durante la duración de este para garantizar la salida definitiva de dicha situación), imaginando el proceso (aunque no siempre) como parte de una estrategia de construcción de la paz. Si bien a menudo en la literatura se reconocen las similitudes entre el conflicto histórico y el reciente, las soluciones disponibles en el marco creado por la justicia transicional rara vez se aplican a la violencia y la injusticia históricas producto del colonialismo (Maddison y Shepherd, 2014).

Las solicitudes de reparación y los reclamos por reformas legales, políticas y sociales para garantizar que no se vuelvan a producir abusos masivos y sistemáticos a los derechos de los grupos étnicos son la oportunidad perfecta para la justicia transicional, pues, como su nombre lo indica, las transiciones son, por definición, una forma de hacer cambios significativos en el modo en que se concibe al Estado y cómo se define a sí mismo (Chapman, 2011).

Con lo expuesto hasta aquí, he querido señalar que *las intervenciones de la justicia transicional en contextos con un pasado-presente colonial deberán estudiar las problemáticas profundas que Colombia ha atravesado en el marco del conflicto armado, y además analizar y entender la dominación estructural a la que han sido sometidos los pueblos étnicos, revelando así la urgencia de las medidas para abordar los problemas de desigualdad, pobreza, marginación y discriminación*. Los sistemas de conocimiento marginados, en particular los relacionados con la curación o el cuidado, la reconciliación y la justicia, deben incorporarse al diseño de los procesos de justicia transicional de modo que se afirmen los valores y prioridades de cada territorio y se entienda cómo operó allí todo el proceso de violencia estructural.

Pero el derecho no aborda este proceso de curación directamente. La curación efectiva de cuerpos, mentes y espíritus heridos y la reparación de relaciones rotas por lo general están fuera del alcance del derecho. En lugar de esto, el derecho aborda la sanación indirectamente a través de la idea de la justicia en las cortes y concibe el papel de la justicia simplemente como la resolución de desacuerdos, ignorando los procesos de curación directamente. Esta versión de la justicia ignora los impactos sociales y psíquicos en los individuos y sus comunidades (Yamamoto, 2000).

El fracaso o la negativa de reconocer los daños del colonialismo perpetra una forma de “violencia de transición” contra los grupos étnicos, quienes en muchas democracias contemporáneas todavía están experimentando una continua marginación y opresión que proviene del pasado colonial y persiste hasta nuestros días. La negativa a reconocer la violencia colonial en las prácticas y los mecanismos de justicia transicional puede enmascarar una negativa más profunda para reconsiderar el mito fundacional de un Estado moderno colonial (por ejemplo, respecto a la propiedad de la tierra y la persistencia de las demandas étnicas de soberanía y autodeterminación) (Maddison y Shepherd, 2014).

Una dinámica importante que debe tener en cuenta la JEP es la tensión entre los reclamos por los derechos colectivos, por un lado, y los derechos individuales, por el otro. Esta dinámica, conformada por relaciones de poder, ha establecido jerarquías rígidas dentro de la sociedad que benefician a las élites. Cuando los grupos étnicos han sufrido abusos masivos y sistemáticos, respetar sus derechos colectivos dentro del proceso de justicia transicional es un gesto simbólico capital que demuestra el inicio de una ruptura con el pasado colonial (Chapman, 2011).

Un marco intercultural para la justicia restaurativa sugiere que los puntos de inicio y final pueden diferir de un grupo étnico a otro. El concepto de justicia debe responder a la necesidad de sanar las heridas relacionadas con las malas acciones del pasado, así como las formas contemporáneas de injusticia contra los distintos grupos étnicos (Tsosie, 2007). Los pueblos indígenas están reclamando el reconocimiento de los derechos culturales y políticos, así como el autogobierno, lo que distingue sus solicitudes de reparación de las de cualquier otro grupo, como por ejemplo, el pueblo afro, que, además de luchar por tales derechos, busca el reconocimiento de sus sistemas de justicia y derecho propio.

Pero la búsqueda de reconocimiento acarrea también ciertos efectos que deberán considerarse y ser tenidos en cuenta por jueces y magistrados y demás integrantes del SIVJNR (Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición) toda vez que los pueblos étnicos pueden verse obligados a hacer demasiado énfasis en su carácter distintivo del otro-colonizador. Al enfatizarlo, las comunidades pueden tener que distorsionar las características culturales de su realidad vivida con el fin de hacer hincapié en la naturaleza distintiva de sus prácticas que contrastan con la norma colonial. Por ejemplo, las actitudes sobre la propiedad, la posesión y la ocupación en la tierra se expresan con tanta frecuencia que a menudo se incrustan en declaraciones formalizadas sobre significados culturales que luego atan a las personas a una comprensión atemporal, estática y, muchas veces, anacrónica de sus culturas (Strack y Goodwin, 2017).

La protección de los territorios y la paz en los territorios

Conforme a los distintos tratados internacionales⁵, la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Ley 1448 (y sus decretos ley en materia étnica), las comunidades étnicas en Colombia son titulares de derechos territoriales, bajo la modalidad de sujetos colectivos, concibiendo el territorio no solo como derecho fundamental sino también como sujeto de derechos (al reconocerlo como víctima). En virtud de esto, es deber del Estado aplicar todo tipo de medidas preventivas de protección de los derechos territoriales para evitar el despojo, toda vez que el asedio de los territorios indígenas es uno de los principales objetivos para poder desarrollar megaproyectos de empresas multinacionales o megaproyectos ilegales de empresas criminales (narcotráfico a gran escala).

Las medidas administrativas que en este sentido toman las distintas entidades según su competencia son órdenes para que se realicen anotaciones en los registros públicos, para que se prohíban las enajenaciones, transferencias o limitaciones o para que se adopten disposiciones en materia de ampliación, titulación o saneamiento de los distintos territorios étnicos ante situaciones de amenaza o riesgo de despojo, desplazamiento o confinamiento en el territorio, que no inciden directamente en la realidad ni en el día a día de los pueblos y las comunidades.

5 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); Declaración universal de los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU); Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Organización de Estados Americanos (OEA).



Esto indica que *mientras el proyecto político y de desarrollo neoliberal va ganando terreno por todo el país y se asienta en la agenda de gobierno, en los distintos territorios se articulan y se unen esfuerzos por resistir a estos embates que desconocen las necesidades reales de la población*. Tal resistencia es una forma de hacerle frente a las dinámicas del Estado que van en contra de la vida, la naturaleza, la democracia y la paz, pero también es una forma de rechazar y de mitigar la violencia y el abuso por parte de los actores armados que se disputan el control territorial, político y económico con el Estado.

La intensificación de la competencia por los recursos naturales ha dado lugar a que las comunidades étnicas que intentan proteger sus tierras tradicionales pasen a ser los principales objetivos de la más violenta persecución, lo que ha acarreado una falta de respeto por los derechos colectivos sobre el territorio de las comunidades, que se traduce en el hecho de no ofrecerles una tenencia segura de la tierra. Por consiguiente, se ve afectada su capacidad de defender con eficacia sus tierras, sus territorios y sus recursos frente a los daños causados por todas las formas de violencia tanto estatal⁶ como no estatal⁷ (Tauli-Corpuz, 2018).

Debido a esto, *lo que se necesita es adoptar medidas colectivas de protección que se alineen con sus propios sistemas de gobierno, justicia y seguridad* de modo tal que se fortalezcan sus propias estructuras y se generen cambios significativos en las formas de protección, conforme a sus contextos, formas organizativas y la comprensión del Sujeto Colectivo de Derecho.

Cabe recordar que el Acuerdo Final contempla dos puntos íntimamente relacionados con lo que hasta aquí hemos detallado: el punto 1, denominado “Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral”, contiene las bases para la transformación estructural del país, cerrando las brechas entre el campo y la ciudad por medio de condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural. El punto 4, denominado “Solución al problema de las drogas ilícitas”, se refiere a la necesidad de encontrar una solución definitiva al problema de las drogas ilícitas, incluyendo los cultivos de uso ilícito y la producción y comercialización de drogas ilícitas (cfr. Acuerdo Final, 2016).

Respecto al punto 1 del Acuerdo Final, en el que se señala que los pueblos étnicos son beneficiarios de las diferentes medidas acordadas de acceso a tierras, entre las cuales están las relacionadas con la adjudicación de predios y con los procedimientos de formalización cuyo fin es la constitución, creación, saneamiento, ampliación, titulación, demarcación, restitución y resolución de conflictos de uso y tenencia de las tierras, “la justicia transicional debe acelerar y avanzar en temas normativos pendientes como la reforma de la Ley 160 de 1994 (Ley de Tierras), y en los mecanismos para democratizar y generar seguridad jurídica sobre el uso y el acceso a la tierra” (Instituto Kroc, 2019, p. 4), tanto para comunidades étnicas como para el campesinado.

Sobre el punto 4, el Programa Nacional Institucional de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS) tiene un gran reto por delante por cuanto las familias cultivadoras viven en zonas remotas en donde la arquitectura institucional del Estado es débil y los actores armados ilegales siguen presionando por el control de estos territorios y la continuación de sus negocios ilícitos. El papel que la justicia transicional debe ejercer para luchar de forma más efectiva contra el fenómeno del narcotráfico ha de partir de

un análisis integral que contemple los diversos factores que explican el incremento de la producción de cocaína como los bajos precios del oro, el alto precio del dólar, los cambios en la demanda de la droga, o la apertura de nuevos mercados internacionales. (Instituto Kroc, 2019, p. 8)

Además, debe poner en el centro de los debates “la prevención del consumo de drogas en Colombia a través de enfoques basados en derechos y salud pública; en priorizar la lucha contra otras partes de la cadena de valor del narcotráfico”⁸ (Instituto Kroc, 2019, p. 8).

Si bien la reforma rural integral y la sustitución de cultivos de uso ilícito son temas claves para las comunidades étnicas y la defensa de sus territorios, existe otro tema sumamente importante que junto a los dos ya descritos conforman una tríada codependiente y correlacionada para lograr la protección

6 Proyectos de gran envergadura (megaproyectos) con relación a las industrias extractivas, la agroindustria, la infraestructura, las presas hidroeléctricas, la tala de árboles, etc.

7 Los proyectos asociados con los cultivos de uso ilícito y las redes transnacionales de narcotráfico.

8 Por ejemplo, “la producción y exportación de la droga, la comercialización en destino, el blanqueo de dinero o la lucha contra la corrupción asociada al narcotráfico” (Instituto Kroc, 2019, p. 8).

de los territorios y la paz en los territorios, a saber: *el fortalecimiento de los sistemas de seguridad propios de los pueblos étnicos, reconocidos a nivel nacional e internacional como la Guardia indígena y la Guardia cimarrona.*

Para lograr una verdadera pacificación del territorio y el completo silencio de los fusiles de los distintos actores armados que asedian los territorios étnicos, se debe partir no solo de un reconocimiento simbólico o político (que es sumamente necesario pero infructuoso si no va acompañado de otro tipo de reconocimientos o acciones), sino de algo mucho más efectivo alrededor de estas formas de organización étnico-cívicas. Se debe partir de un fortalecimiento de las facultades operativas, logísticas y técnicas para facilitar el ejercicio de protección y lograr más y mejores resultados. Es decir, se precisa de un reconocimiento desde lo civil, y no desde lo militar, que establezca las competencias y las formas de articulación con la fuerza pública.

Entre las herramientas que el Estado y las distintas entidades que componen el SIVJNR pueden disponer para el empoderamiento de las comunidades en su autoprotección, está, por ejemplo, la dotación (chalecos, radios y otros instrumentos) para una comunicación asertiva y efectiva en el momento en que se necesite, y que les facilite el desarrollo de sus actividades, por supuesto, habiendo consultado previamente con cada comunidad sobre su uso y conforme a las características culturales y territoriales de cada pueblo.

El esfuerzo que se debe hacer desde los tribunales y, en especial, desde la JEP al momento de conocer o decidir sobre las medidas cautelares de protección de los territorios implica buscar la articulación de todo el andamiaje institucional por medio de (y no únicamente):

- la promoción, coordinación y el impulso de la articulación de las instituciones del orden nacional y territorial;
- la interlocución con entidades gubernamentales y organizaciones para generar un ambiente de confianza;
- la promoción y el seguimiento de la implementación de las estrategias de autoprotección, y la coordinación con autoridades competentes para lograr articular redes por parte de comunidades y organizaciones en los territorios;
- la adopción de indicadores que midan riesgos asociados con la defensa de los derechos humanos y de los territorios étnicos para su eventual denuncia ante los organismos competentes;
- el seguimiento a las soluciones integrales que se tomen en materia de medidas cautelares y su evaluación.

Diálogo intercultural y coordinación institucional

Para llevar a cabo y crear las condiciones de posibilidad que le permitan asumir a la justicia transicional su papel central en la garantía y el fortalecimiento de los derechos étnicos en función de grupo, es necesario partir de un verdadero diálogo intercultural que facilite la articulación entre la teoría y la práctica, o si se quiere, que permee las actuaciones con el componente teórico expuesto en la primera parte del presente texto.

La cultura occidental ha privilegiado la escritura y el habla en detrimento de las acciones de oír y escuchar⁹. Vemos que, aunque la mayoría de las personas pasa una considerable parte de su tiempo tanto escuchando como hablando, no se nos ha enseñado a escuchar verdaderamente, y a lo mucho sabemos oír¹⁰. Por cierto, debemos tener presente que la construcción del Estado-nación está basada en la idea de la incomunicabilidad entre la justicia estatal y la justicia originaria. Debido a esto, *la justicia transicional debe prestar mucha atención al proceso de escuchar*; procurar especial atención al otro es uno de los primeros pasos para un verdadero diálogo intercultural horizontal.

9 Prevalece el exceso de rituales, formas y trámites burocráticos en la actividad judicial, que no permiten una comunicación con los pueblos étnicos, aun a sabiendas de que estos pueblos tienen sus propias concepciones para oír, escuchar y hablar.

10 Esta distinción es sumamente importante, pues oír implica un uso superficial del oído, mientras que escuchar implica un acto de voluntad. Véase Tomatis (2005).



La *escucha profunda* que aquí planteo debe intentar captar el *sonido de lo inaudible* y el *sonido de lo ininteligible*, como condición necesaria para dialogar sin pretensiones jerárquicas. Para poder escuchar el sonido de lo inaudible, es necesario partir de un silencio individual que agudice nuestra escucha y que nos lleve a reconocer las realidades que se vuelven impronunciables debido al silenciamiento reiterado y sistemático. El sonido de lo ininteligible tiene que ver con la lengua o el código a través del cual el sonido se transmite y se posiciona ante el oyente para ser develado por medio de una verdadera traducción intercultural (Santos, 2019).

Un verdadero diálogo intercultural debe partir de la idea de que no es posible dar voz a los silencios de los oprimidos. Dar voz es menos transparente de lo que pretende ser, puede ser (así como ha sido) una voz dominante traducida en un dialecto dominado, o también una voz dominada traducida selectivamente en un dialecto dominante. En ambos casos el resultado es una voz falsa que pretende ser la única voz de los oprimidos entendida por los grupos dominantes. De manera que lo ideal es que por medio de la escucha profunda se logre usar la voz para funcionar al unísono o, por lo menos, para amplificar el sonido de estas otras voces silenciadas e ignoradas. La escucha profunda del derecho propio es un proceso difícil y lento. No puede ocurrir dentro de los tiempos burocráticos del Estado moderno. El tiempo de duración de la JEP debería ser concebido también interculturalmente.

Por lo tanto, el diálogo intercultural debe proyectarse desde la escucha, esto permitirá que la coordinación institucional escuche esas voces, ahora amplificadas, que por muchas situaciones estructurales no fueron atendidas o, aún peor, fueron silenciadas simplemente por no poder ser inteligibles. Solo así se logrará un intercambio equitativo, basado en la comprensión y el respeto mutuos y en la igual dignidad en pos de la construcción de la cohesión social, de la reconciliación entre los pueblos y de la paz.

Educación jurídica intercultural y descolonizadora

La aspiración de que la justicia estatal y las justicias étnicas se reconozcan mutuamente y se enriquezcan en un proceso de relación, respetando la autonomía de cada una de ellas y los respectivos dominios de jurisdicción, presupone una cultura jurídica de convivencia, compartida por los operadores de cualquier tipo de justicia.

La formación jurídica que se imparte actualmente en las universidades, así como la cultura jurídica nacional, carecen de elementos que les permitan a los operadores jurídicos (jueces, abogados, académicos, etc.) comprender, reconocer y dialogar con otras culturas y sistemas jurídicos que existen en el país. Esta radiografía de la cultura jurídica colombiana nos aboca a ampliar el escenario de formación con miras a lograr la materialización del pluralismo jurídico, y de tal modo que los operadores jurídicos estén en la capacidad y tengan la disposición de generar verdaderos diálogos interculturales.

En general, podemos afirmar que la universidad, en cuanto institución, está experimentando, al igual que el resto de la sociedad contemporánea, un periodo de transición paradigmática. Esta transición se puede caracterizar de la siguiente manera: *enfrentamos problemas modernos para los cuales no hay soluciones modernas*. En lo que respecta a la universidad, el problema puede formularse así: la universidad se enfrenta a preguntas fuertes para las cuales hasta ahora solo ha proporcionado respuestas débiles. Las preguntas fuertes son las que van a las raíces de la identidad histórica y de la vocación de la universidad para cuestionar no tanto los detalles de su futuro, sino más bien si la universidad, como la conocemos, tiene un futuro. Son, por lo tanto, preguntas que despiertan cierto grado de perplejidad. Las respuestas débiles dan por sentado el futuro de la universidad. Las reformas que piden terminan siendo una invitación al conservatismo. Estas respuestas no logran reducir la perplejidad causada por las preguntas fuertes y pueden, de hecho, incluso aumentarla (Santos, 2012).

La descolonización de la formación jurídica requiere una perspectiva incorporada en un conjunto de perspectivas, y la cuestión de qué es la descolonización no admite una sola respuesta unidimensional. Es necesario asumir y promover tareas que estén relacionadas con la diversificación de los planes de estudios, el canon y los contenidos curriculares. Se debe buscar descentrar el conocimiento y la producción de conocimiento lejos del Norte global, devaluando las jerarquías internas entre derecho

estatal y derecho propio, esto es, disminuyendo el volumen de voces altisonantes y desatinadas que han predominado, y potenciando las que no se han escuchado.

Descolonizar la educación jurídica implica también que las aulas y las instituciones en general sean espacios abiertos al reconocimiento, proyectando la idea de *convivialidad* como un ideal de horizonte posible. Para eso, es necesario enfrentar las exigencias de una cura eficaz de la “herida colonial” que garantice la no repetición del pasado-presente colonial. Es una tarea muy compleja, sobre todo porque no puede ser concretada solamente mediante decretos o leyes. Alcanzar dicha cultura jurídica de convivencia presupone mínimamente repensar un nuevo contrato social, entendido este como la metáfora fundadora de la racionalidad social y política de la modernidad occidental, ya que sus criterios de inclusión/exclusión fundamentan la legitimidad de la contractualización de las interacciones económicas, políticas, sociales y culturales. Para tal propósito, se debe al menos lograr, entre otras cosas, la reducción de todas las formas de exclusión y la promoción del respeto de la diversidad cultural y el fomento del conocimiento y entendimiento de otros sistemas jurídicos.

Por *reducción de todas las formas de exclusión* me refiero a cuestionar y modificar unos criterios de inclusión a los que, por lógica, se corresponden unos criterios de exclusión. El primero de los criterios de exclusión que propongo combatir se sigue del hecho de que el contrato social solo incluye la ciudadanía territorialmente fundada. Solo los ciudadanos son partes del contrato social. Han quedado excluidos, por un lado, todos los grupos sociales que son víctimas de discriminación estructural, racial, sexual, cultural, y que, por esa razón solo pueden ser eficazmente protegidos por derechos colectivos. Y por otro, la naturaleza; todo aquello que precede o permanece fuera del contrato social se ve relegado a ese ámbito significativamente llamado “estado de naturaleza”. Un orden jurídico intercultural no puede dejar de reconocer los derechos de la naturaleza o, mejor dicho, de la Madre Tierra.

La *promoción del respeto de la diversidad cultural y el fomento del conocimiento y entendimiento de otros sistemas jurídicos* parte de la idea de que es necesario reconocer las diversas formas a través de las cuales las diferentes personas tienen sentido del mundo y de sus vidas (diversas formas de conocimiento). Presupone la idea de una diversidad epistemológica del mundo en la que se reconoce la existencia de una pluralidad de conocimientos más allá del conocimiento científico. Es claro que, gracias al papel protagónico de los pueblos indígenas en la lucha por el reconocimiento, ellos sean los protagonistas y en quienes se pone el foco de atención cuando se habla de pluralismo jurídico. *Para avanzar hacia una verdadera práctica descolonizadora, también se deberán reconocer la justicia y el derecho propio no solo de los pueblos indígenas sino también de otros pueblos étnicos, como lo son, para el caso colombiano, los afrodescendientes y el pueblo rrom o gitano.*

Tomar en serio el derecho propio de los pueblos étnicos es tomar en serio el proyecto de transformación de un pasado de conflicto en un futuro en paz, descolonizando y democratizando la sociedad y el Estado. Este proceso implica el reconocimiento práctico del pluralismo jurídico como parte de un proceso más amplio que envuelve el reconocimiento del pluralismo político, el pluralismo en la gestión del territorio, el pluralismo intercultural y el pluralismo de las formas de organizar la economía y concebir la propiedad. El reconocimiento pluridimensional requiere que los avances y retrocesos en el pluralismo jurídico sean simultáneamente productos y productores de avances y retrocesos en el pluralismo político, cultural, territorial y socioeconómico.

El tratamiento que se le debe dar a la educación jurídica intercultural no es una cuestión de técnica jurídica, aunque tenga una fuerte dimensión técnica, es sobre todo una cuestión política. Una supuesta concepción no política respecto a la educación jurídica intercultural esconde la intención política de reducirla a un asunto técnico o a un localismo cultural que para ser inofensivo hay que mantenerlo dentro de lo que es aceptable en la normatividad eurocéntrica, esto es, dentro de lo que es discutible en el marco sociopolítico dominante en Colombia.

La posibilidad del enriquecimiento mutuo de diferentes conocimientos y culturas es la razón de ser de las epistemologías del Sur. Concebir la descolonización del currículum no es buscar la universalidad sino intentar lograr una mayor conciencia de lo incompleto que es nuestro actual sistema de conocimiento. El objetivo, entonces, consiste en volver diferentes saberes más porosos y conscientes de las diferencias a través de la traducción intercultural. Y ¿cómo sería un currículum definido en la línea que proponen las epistemologías del Sur?



En general, este tipo de currículum debería estar orientado a identificar la línea abisal trazada por el periodo moderno, que divide las formas de sociabilidad, de ser y de conocer, demostrando que no existe justicia social global sin justicia cognitiva global. En el campo del derecho, el currículum debería estar orientado hacia la idea de que el derecho estatal monocultural ha sido históricamente uno de los instrumentos de construcción de la línea abisal, y que esta exclusión solo puede ser superada por el reconocimiento del pluralismo jurídico igualitario e intercultural.

Este esfuerzo por construir inteligibilidad mutua entre conocimientos diferentes debe ser la tarea central del proceso de aprendizaje, que se llevaría a cabo recurriendo a procesos de traducción intercultural. Por ende, deberían tenerse en cuenta dos tipos de pedagogías: la pedagogía (de la sociología) de las ausencias y la pedagogía (de la sociología) de las emergencias.

La pedagogía de las ausencias estará orientada a mostrar las dimensiones del epistemicidio (la muerte del conocimiento jurídico étnico) causado por las epistemologías del Norte, el respectivo monopolio del conocimiento válido y riguroso y la pérdida de la experiencia social que todo esto acarrea. El proceso de aprendizaje identificará las ausencias existentes en nuestras sociedades (aquellos saberes y modos de ser considerados irrelevantes, residuales, ignorantes, atrasados y perezosos) y la forma en que dichas ausencias se producen activamente. En cuanto a la pedagogía de las emergencias, deberá estar orientada a ampliar el significado de las sociedades latentes y potencialmente liberadoras y de los “todavía no” de esperanza que existen “en el otro lado” de la línea abisal, el lado colonial, donde las ausencias se producen activamente para que la dominación pueda seguir su curso sin alteraciones. En el campo del derecho, el derecho propio, aunque es más antiguo que el Estado-nación colombiano, debe ser considerado una emergencia en la medida en que su presencia es plenamente reconocida como una de las dimensiones fundamentales de la formación jurídica colombiana (Santos, 2019).

Una educación jurídica de este tipo debe aportar insumos para que la coordinación desde abajo entre las justicias étnicas y la justicia ordinaria sea valorada toda vez que expresa el ritmo y la dirección de la construcción de interlegalidad. Las prácticas concretas de convivencia de ambas justicias o de su articulación son múltiples y revelan la creatividad social y cultural de las poblaciones que las llevan a cabo, algo que va mucho más allá de lo que puede ser legislado. Tales prácticas pueden incluir el uso simultáneo de ambas justicias por parte de quienes tienen la posibilidad y la legitimidad para movilizar ambas. Esta hibridación presupone que gracias a las relaciones dinámicas entre las dos justicias tanto la una como la otra sean capaces de aprender, conocer mejor sus limitaciones y cambiar en todo aspecto que pueda impedir la construcción de una interlegalidad justa y emancipadora.

Justicia histórica

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, es importante considerar para el caso colombiano otro tipo de desarrollo conceptual que se suma a los ya tradicionales avances/progresos por parte de la justicia transicional. Además de los conceptos *reparación transformadora*, *justicia y verdad restaurativas*, se debe contemplar la inclusión de la categoría y el concepto de *justicia histórica* en cuanto justicia orientadora de los principios que gobiernan (y deben gobernar) el componente de justicia del SIVJRN.

Como he insistido en este documento, reconocer y reparar las injusticias históricas ha de ser uno de los desarrollos morales y sociales más importantes de nuestros tiempos. Estas injusticias históricas incluyen actos de genocidio, esclavitud, discriminación estructural, persecución sistemática, colonialismo y opresión, en contra de todas las comunidades étnicas. Al respecto, pienso que es necesario hacer la siguiente advertencia: en el subcontinente y, muy particularmente, en Colombia, el reconocimiento de la diferencia etnocultural es una dimensión de la justicia territorial, y esta, a su vez, es una dimensión de la justicia histórica. No se trata de un problema exclusivamente cultural, es un problema de economía política. En un país con una concentración de tierra tan elevada y en un contexto en el cual la explotación de los recursos naturales se volvió tan central en el modelo de desarrollo –aunque sería mejor hablar de modelo de crecimiento–, se prevé que las cuestiones de la justicia territorial asuman una conflictividad alta.

Adicional a la situación de injusticia etnohistórica, surgen otros dos temas que probablemente hoy son los más agudos, y que también merecen especial atención (Santos, 2017). El primero tiene que ver

con los conflictos de tierra existentes, pues, al contrario de lo que se pueda pensar, tales conflictos no suceden solo entre grandes propietarios o empresas multinacionales y campesinos; ocurren también entre campesinos pobres y mestizos, pueblos indígenas y pueblos afrocolombianos. En este último caso estamos ante “contradicciones en el seno del pueblo” que exigirán formas fuertes de otro tipo de relacionamiento y organización para que no se transformen en conflictos violentos ni sean aprovechados por los grandes propietarios o por el Gobierno para bloquear la legítima reivindicación de la justicia territorial. Tales contradicciones han sido abordadas en las negociaciones de paz, por ejemplo, en lo relativo a la reforma agraria, las zonas de reserva campesina y los territorios étnicos.

El segundo tema es uno de los más complejos de un conflicto armado, pues tiene relación con la naturaleza ética de los crímenes cometidos. No me refiero a la intensidad o a la cantidad de los crímenes perpetrados, sino a la motivación que hay detrás de la violencia ocasionada. La lucha armada y su inherente uso de la violencia como vía para construir sociedades más justas está hoy desacreditada, y por muchas razones. En consecuencia, en la actualidad es fácil condenar a los jóvenes, tanto hombres como mujeres, que a partir de los años sesenta se fueron al monte para unirse a la guerrilla bajo el ideal de luchar por otro tipo de sociedad.

Esta facilidad con que se condena esconde motivos políticos traicioneros porque, en tiempos de individualismo y de desacreditación ideológica¹¹, lleva a concluir que toda violencia debe ser igualmente condenada o absuelta y que no hay diferencia ética entre los agentes involucrados. Si no hay diferencia ética, no hay diferencia política, y, por lo tanto, en última instancia, estamos frente a una forma de violencia común.

¹¹ Vivimos en tiempos en los que se premia la ausencia de ideología, desconociendo que esta actitud esconde también una postura que intenta despolitizar muchos aspectos de la vida social, y a la que subyacen intereses claramente políticos que, como es obvio, provienen de la derecha y la extrema derecha.



Experiencias posabisales: conocimientos nacidos en la lucha y el pensamiento indígenas como fuente de derecho

Dada la centralidad de las luchas contra las formas de dominación y exclusión (capitalismo, colonialismo y patriarcado), resulta importante especificar qué se pretende decir con la palabra *lucha* y cuál es su relación con las epistemologías del Sur. Como lo he destacado en otros trabajos, hay dos tipos genéricos de lucha posibles: las que abordan las exclusiones abisales y las que abordan las exclusiones no abisales. Sin embargo, también se ha expuesto que la manera como las luchas se construyen y experimentan depende de quienes participan en ellas, aspecto que demuestra su gran diversidad. Las luchas contra la dominación apoyadas por las epistemologías del Sur son aquellas que buscan transformar cualquier margen de libertad (sin importar lo mínimo que sea) en una oportunidad de liberación, de las cuales resulta un campo de disputa por una libertad contrahegemónica (Santos, 2019).

En cuanto a los conocimientos y las experiencias nacidas en la lucha, la construcción del conocimiento es la dimensión cognitiva de la propia construcción de la lucha y de su desarrollo. La valorización de dicho conocimiento es un elemento de la valoración general de la propia lucha, sus procesos, métodos y resultados. Esto no implica que dicho conocimiento no sea válido más allá de la lucha en cuestión, por el contrario, abre la posibilidad de que sea utilizado en otras luchas en la medida en que se considere útil y conveniente. No debemos olvidar que desde el siglo XVI el derecho propio ha sido siempre una de las dimensiones de la resistencia de los pueblos indígenas en contra del (des)orden colonial.

Los conocimientos nacidos en la lucha permiten reflexionar sobre una visión compleja del presente histórico gracias a la cual surge una comprensión más profunda del estado actual de una determinada lucha. Este presente reflexivo consta de un triple presente: el pasado como presente, el presente como tarea crítica y el futuro como presente ampliado. El *pasado como presente* es la memoria y la historia de la experiencia vivida, concreta, de la lucha por una vida mejor, lo que significa concebir el presente como el desafío de romper con un pasado de dominación e injusticia. El *presente como tarea crítica* es una valoración crítica del aquí y del ahora, de la lucha como un dominio de contingencia y de ambigüedad. El *futuro como presente ampliado* es el presente como proyecto, significa la expectativa de que la ruptura o el éxito prevalezcan sobre la continuidad o el fracaso, que los riesgos implicados en la lucha se puedan controlar (Santos, 2019).

El proyecto jurídico, político y cultural que subyace a la JEP¹² debe ser concebido en estas tres dimensiones: la primera, reivindicar la memoria y la historia; la segunda, hacer tal reivindicación para fundamentar una denuncia y una crítica al Estado y al derecho monocultural; y la tercera, demostrar de modo muy concreto, mediante sus informes y decisiones, que el nuevo presente jurídico de Colombia es la hoja de ruta del futuro, ya que, por su naturaleza, no admite las exclusiones del pasado.

Teniendo en cuenta dichas consideraciones, el apartado final del presente texto consiste en una rápida mirada a la experiencia comparada. Esto permitirá entender el porqué del uso del derecho propio de los pueblos étnicos como fuente de derecho en el sistema de justicia transicional y, además, conocer formas y herramientas para visibilizar y desmitificar la existencia de las justicias propias en cuanto sistema jurídico de los distintos pueblos étnicos, así como su naturaleza.

¹² Y, por consiguiente, a todas las demás entidades que componen el SIVJNR.

Conociendo el pasado para sanar el futuro

En 2006, los pueblos indígenas de Canadá logran la firma del Acuerdo de Conciliación de Escuelas Residenciales Indias (IRSSA, por sus siglas en inglés), mediante el cual es posible reconocer el daño infligido a los pueblos indígenas por causa de la asistencia obligada a escuelas residenciales y, asimismo, establecer un fondo multimillonario para ayudar a los antiguos estudiantes en su recuperación. Dicho acuerdo contiene cinco componentes principales: el pago por la experiencia común¹³, el proceso de evaluación independiente¹⁴, la comisión de la verdad y la reconciliación¹⁵, los servicios de salud y curación¹⁶, y un fondo de conmemoración¹⁷.

Para explicar el contexto de este acuerdo, es necesario saber que el sistema escolar residencial de Canadá se desarrolló después de la aprobación de la Indian Act en 1876, ley que otorgó al gobierno federal el derecho y la responsabilidad de educar (y asimilar) a los pueblos indígenas. A partir de la década de 1880, el gobierno se alió con las iglesias católicas y protestantes para establecer un sistema de escuelas residenciales en todo el territorio canadiense que disponía la asistencia obligatoria a estas escuelas. Para 1930, cuando el sistema estaba en su “máximo esplendor”, existían alrededor de ochenta escuelas en todo Canadá, principalmente en las provincias y los territorios del oeste, aunque también había algunas en el noroeste de Ontario y en el norte de Quebec. Esta experiencia fue traumática para muchos niños y niñas indígenas que fueron separados de sus familias y sometidos a una disciplina severa, a la devaluación de su cultura y religión, e incluso a abuso físico y sexual. Las comunidades indígenas han luchado durante mucho tiempo para sanar las heridas infligidas por este perverso pasado-presente colonial. A partir de la década de 1980, los exalumnos lanzaron campañas legales para presionar al Gobierno y a las iglesias a reconocer los abusos del sistema y proporcionar alguna compensación (Marshall, 2020).

En el 2015, en el marco de este contexto, surge la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Canadá (TRC, por sus siglas en inglés), la cual, bajo el lema “Honrando la verdad, reconciliando para el futuro”, buscó la reconciliación entre indígenas y no indígenas, teniendo en cuenta los siguientes principios:

- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es el marco para la reconciliación en todos los niveles y en todos los sectores de la sociedad.
- Los pueblos de las Primeras Naciones, inuits y métis, en cuanto pueblos originarios de Canadá y autodeterminados, tienen tratados y derechos constitucionales y humanos que deben ser reconocidos y respetados.
- La reconciliación es un proceso de curación de relaciones que requiere compartir la verdad pública, disculpas y conmemoraciones que reconozcan y reparen los daños del pasado.
- La reconciliación requiere una acción constructiva para abordar los actuales legados del colonialismo que han tenido un impacto destructivo en la educación, las culturas, los idiomas, la salud, el bienestar de los niños, la administración de justicia, las oportunidades económicas y la prosperidad de los pueblos indígenas.
- La reconciliación debe crear una sociedad más equitativa e incluyente mediante el cierre de las brechas en la vida social.
- Las perspectivas y la comprensión de los ancianos indígenas y de los guardianes del conocimiento tradicional de la ética, los conceptos y las prácticas de reconciliación son vitales para la reconciliación a largo plazo.
- Apoyar la revitalización cultural de los pueblos indígenas e integrar los sistemas de conocimiento indígena, historias orales, leyes, protocolos y conexiones a la tierra en los procesos de reconciliación

¹³ Parte de una respuesta global e integral al legado de las escuelas residenciales indias.

¹⁴ Un fondo de liquidación para reclamos de abusos sexuales, abuso físico grave y otros actos ilícitos.

¹⁵ Para documentar y preservar las experiencias de los sobrevivientes.

¹⁶ Su función consiste en alentar y apoyar, a través de investigaciones y contribuciones de financiación, iniciativas de curación dirigidas por indígenas basadas en el trabajo en comunidad que aborden el legado del abuso físico y sexual sufrido en el Sistema Escolar Residencial Indígena de Canadá, incluidos los impactos intergeneracionales.

¹⁷ Para proyectos conmemorativos nacionales y comunitarios.



son medidas esenciales para el éxito de estos (The Truth and Reconciliation Commission of Canada [TRC], 2015, pp. 3-4. Traducción propia).

Para los pueblos étnicos, la discusión sobre las reparaciones no es un ejercicio intelectual. Es una discusión sobre cómo el pasado, el presente y el futuro están unidos y son interdependientes. El pasado abarca a sus familias, su gente, sus naciones. Es la historia de cómo llegaron a ser quienes son hoy. El marco para comprender el papel de las *reparaciones étnicas* necesariamente debe ser intercultural, debe tener en cuenta las diferentes experiencias históricas de los pueblos étnicos con colonizadores y debe abordar las epistemologías propias (Tsosie, 2007).

Para la TRC (2015), la *reconciliación* trata de establecer y mantener una relación de respeto mutuo entre los pueblos indígenas y no indígenas. Para que ello ocurra, debe existir conciencia sobre el pasado, reconocimiento del daño que se ha infligido, reconciliación por las causas que originaron dichos daños y acciones concretas para cambiar el comportamiento de la sociedad. La reconciliación debe apoyar a los pueblos indígenas mientras se recuperan de las secuelas de la colonización que han causado tantos estragos y daños en sus vidas, debe inspirar a los pueblos a transformar su sociedad para que las futuras generaciones puedan vivir juntas con dignidad, paz y prosperidad en las tierras que ahora comparten.

Estos dos conceptos, *reparación* y *reconciliación*, son aplicables a las relaciones entre individuos, grupos y naciones. Están diseñados para restaurar lo que se ha tomado injustamente y para reparar los daños causados (tanto materiales como morales). Ambas palabras, con sus respectivas definiciones, a su vez encarnan un ideal de *justicia restaurativa*¹⁸ (el cual puede contener formas tanto de reparación como de restitución o de perdón).

El caso canadiense nos muestra que existen diferentes formas de justicia restaurativa para contrarrestar los daños del colonialismo. Las reparaciones ofrecen dinero o recursos como acto simbólico por las graves violaciones cometidas, mientras que la restitución devuelve propiedades arrebatadas injustamente, así como artefactos y restos humanos. El perdón, por su parte, ofrece un reconocimiento verbal de la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos y ofrece a las víctimas la oportunidad de perdonar o no. Como mínimo, es importante enfatizar la humanidad de las víctimas y de los victimarios para poder reparar las conexiones sociales e inculcar una sensación o un sentimiento de paz en lugar de provocar un nuevo conflicto. Una conclusión *a priori* nos permite ver la importancia del énfasis en la curación/sanación. Debe entenderse que las víctimas necesitan superar la sensación de impotencia y pueden necesitar contar sus propias historias, y que toda la sociedad en su conjunto las conozca y entienda el impacto de estas (Tsosie, 2007).

Al igual que el Acuerdo de Conciliación en Canadá, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un hito en la campaña global para reconocer y respetar los derechos de los pueblos indígenas. Es hora de abandonar las políticas coloniales del pasado y participar en un proceso de reconciliación con los pueblos indígenas (y otros grupos étnicos) en Colombia, que permita una discusión de fondo sobre las múltiples heridas coloniales y la forma como la justicia transicional puede implementar mecanismos que faciliten o permitan su curación.

Ruruku Whakatupua¹⁹: la lucha de los maoríes por su territorio ancestral

Los maoríes son el pueblo indígena de Nueva Zelanda. *Te reo* 'el idioma maorí'²⁰ es uno de los idiomas oficiales del país, junto con el inglés. Según el censo de 2013, cerca de 700 000 personas eran de ascendencia maorí (aproximadamente una de cada siete personas)²¹. Para este pueblo indígena, el agua es la esencia de toda la vida, similar a la sangre de Papatuanuku 'Madre Tierra' que apoya

¹⁸ Véase Minow (1998).

¹⁹ Acuerdo completo y final de todas las reclamaciones históricas en relación con el río Whanganui.

²⁰ La primera mención de las palabras o los conceptos en *te reo* que se usarán a lo largo del presente apartado va acompañada de una nota a pie de página para incluir su traducción o una breve explicación. Estas notas están basadas en los registros y documentos oficiales disponibles en los sitios web gubernamentales de Nueva Zelanda.

²¹ Para más información sobre el pueblo maorí, véase New Zealand (s. f.).



a todos los seres vivos. Los ríos se valoran como una fuente de *mahinga kai*²²; piedras de *hāngi*²³ y materiales culturales, como rutas de acceso y medio de viaje; y por su proximidad a importantes *wāhi tapu*²⁴, como asentamientos u otros sitios históricos.

La relación entre los maoríes, su cultura, sus tradiciones, sus tierras ancestrales, el agua, *wāhi tapu* y otros *taonga*²⁵ son un asunto de importancia nacional, y la aplicación de los principios del Tratado de Waitangi (*Te Tiriti o Waitangi*)²⁶ es un requisito vinculante para toda ley expedida por el parlamento. Los principios del Tratado son una parte importante del sistema educativo de Nueva Zelanda e influye en la vida cotidiana de muchas maneras. Por ejemplo, aplicando los principios allí consagrados, existe un Tribunal Waitangi que investiga y toma decisiones legales sobre casos en los que tierras maoríes y otros recursos fueron tomados ilegal o injustamente en el pasado.

Las formas como se abordan en Nueva Zelanda las demandas indígenas por sus territorios ancestrales a menudo son consideradas como las más exitosas de todo el mundo. Aunque las distintas formas de lucha en todo el planeta no pueden ser perfectas, en las últimas décadas los maoríes han logrado cambiar la percepción sobre el Tratado de Waitangi. Los acuerdos resultantes de dicho tratado son acuerdos negociados que tienen como objetivo sanar la herida colonial para así lograr una reconstrucción significativa de la vida maorí. Algunos los ven como pasos gigantes y poderosos hacia la independencia económica, como un medio para reconocer relaciones especiales con su territorio, y un prerrequisito necesario para mejorar las relaciones entre el Estado y los indígenas a futuro (Te Aho, 2017).

En 2017, el parlamento neozelandés aprobó un proyecto de ley histórico para reconocer la relación especial entre el río Whanganui y las tribus *whanganui*. Pero este acuerdo no es esporádico, las protestas de los maoríes por sus intereses en el río convierten este caso en el más antiguo en la historia de Nueva Zelanda; comenzó en el siglo XIX, tuvo protagonismo nacional en la década de 1930 con peticiones y acciones judiciales, llegó a la década de 1990 con audiencias del Tribunal de Waitangi, y su posterior proceso de solución fue mediante el acuerdo Ruruku Whakatupua, firmado en 2014 y desarrollado mediante ley en 2017²⁷ (Young, 2005).

Este acuerdo consta de dos partes:

- Te Awa Tupua: prevé el establecimiento de Te Mana o Te Awa Tupua, un nuevo marco legal para reconocer el río Whanganui como una persona jurídica. La parte del lecho del río Whanganui, propiedad de la Corona, y sus afluentes se conferirán a Te Awa Tupua.
- Te Mana o Te Iwi o Whanganui: proporciona una reparación financiera de aproximadamente 115 000 000 dólares neozelandeses, incluidos NZD 30 000 000 para Te Korotete, un fondo para apoyar la salud y el bienestar de Te Awa Tupua. Es el reconocimiento y el desarrollo a futuro de la relación entre las tribus *whanganui* y el río Whanganui a través de la reparación cultural y financiera.

Según el relato histórico acordado, la Corona²⁸ reconoce los actos y las omisiones en relación con el río Whanganui, incluida su incapacidad para proteger los intereses de las comunidades del río y los efectos adversos y los prejuicios causados a ellas. Esta disculpa busca reparar los errores del pasado y construir una relación renovada.

Lo novedoso de este acuerdo, más allá de reconocerle derechos y personería legal a un río, es incluir el pensamiento indígena como fuente de derecho. Por ejemplo, podemos observar cómo Te

²² *Mahinga kai* se refiere a los intereses de *Ngāi Tahu* 'la comunidad maorí' en la comida tradicional y otros recursos naturales y los lugares donde estos se obtienen.

²³ Un *hāngi* es un estilo tradicional de cocina maorí que en la actualidad todavía se practica comúnmente en toda Nueva Zelanda.

²⁴ Lugar o sitio sagrado.

²⁵ Tesoros.

²⁶ El Tratado de Waitangi es el documento fundador de la nación de Nueva Zelanda.

²⁷ La Ley Te Awa Tupua (*Whanganui River Claims Settlement*) Act 2017 puede consultarse en New Zealand Government (2017).

²⁸ Nueva Zelanda, al igual que muchas otras naciones con un pasado colonial proveniente del Reino Unido, forma parte de la Mancomunidad de Naciones y reconoce en la Corona británica la jefatura de Estado.



Pā Auroa²⁹ es una consideración relevante en el ejercicio de todas las funciones, poderes y deberes legales relativos al río Whanganui respecto a las actividades en la cuenca que lo afecten.

Este hecho simboliza un marco extenso y bien construido para Te Awa Tupua³⁰, basándose en los siguientes principios:

- el reconocimiento legal de Te Awa Tupua como un todo vivo e indivisible desde las montañas hasta el mar;
- el establecimiento y el reconocimiento legal de un conjunto de valores intrínsecos de Te Awa Tupua: Tupua te Kawa.

Tupua te Kawa reconoce un conjunto de valores maoríes según su cosmogonía y ley natural que refleja la relación innata del río con la gente y la gente con el río como guardianes y soberanos en la protección, la política, la gestión y la planificación del agua. Es un movimiento hacia la justicia restaurativa y la aplicación de prácticas sostenibles para vías fluviales saludables.

Los valores que se incluyen son:

- *Ko te Awa te mātāpuna o te ora* 'El río es la fuente del sustento espiritual y físico'.
- *E rere kau mai te Awa nui mai i te Kāhui Maunga ki Tangaroa* 'El gran río fluye desde las montañas hasta el mar'.
- *Ko au te Awa, ko te Awa ko au* 'Yo soy el río y el río soy yo'.
- *Ngā manga iti, ngā manga nui e honohono kau ana, ka tupu hei Awa Tupua* 'Los grandes y pequeños arroyos que desembocan en el uno al otro y forman un río'.

La ley natural maorí refleja que el río es una entidad física y espiritual que sostiene la vida y los recursos naturales dentro del río Whanganui y, además, la salud y el bienestar de las comunidades del río. Se le concibe como un conjunto indivisible y vivo desde las montañas hasta el mar, que incorpora todos sus elementos físicos y metafísicos. Con una conexión inalienable compuesta por muchos elementos y comunidades que trabajan de manera colaborativa para el propósito común de la salud y el bienestar.

Pero más allá de hacer un uso simbólico del derecho³¹, Ruruku Whakatupua no se queda solo en la imposición de símbolos o lenguajes, también vela por la eficacia material del acuerdo al establecer Te Pou Tupua, el rostro humano de Te Awa Tupua, compuesto por dos personas quienes serán nombradas conjuntamente a partir de nominaciones hechas por las comunidades del río y la Corona. El papel de Te Pou Tupua es actuar y hablar en nombre de Te Awa Tupua, defender el estatus legal de Te Awa Tupua y Tupua te Kawa, y promover y proteger la salud y el bienestar de Te Awa Tupua. Adicionalmente, cumplirá funciones relevantes de administración. Te Pou Tupua contará con el apoyo de Te Karewao, un comité asesor compuesto por representantes de las comunidades del río, otras comunidades con intereses en el río y las autoridades locales.

Finalmente, siguiendo a Strack y Goodwin (2017), debe entenderse que bajo un enfoque legal diferente podrían lograrse formas de acuerdo más satisfactorias que incluyan nuevas formas de tenencia de la tierra, en las que el territorio se parezca más a la propiedad colectiva, y no se pretenda otorgar propiedades individuales. Una forma de titulación como esta tendrá que reconocer las relaciones espirituales, sociales y culturales que buscan establecer los maoríes con la tierra y el territorio, y podría reconocer la asociación entre los maoríes y la Corona para proteger activamente los intereses de la cultura mayoritaria.

Aunque el reconocimiento de la personería jurídica del río Whanganui por parte del sistema legal dominante tardó muchas décadas en alcanzarse, es un hecho importante porque señala cómo las formas legales más coloniales e imperiales pasaron a apreciar los derechos de todo lo que constituye la Tierra (Charpleix, 2017).

El acuerdo de Whanganui nos demuestra que existen soluciones innovadoras. Una desviación de la forma de concebir el derecho como dispositivo colonial nos demuestra que el colonialismo debe

²⁹ El marco legal para el río considerado un todo.

³⁰ Toda la información relacionada está disponible en la página web <https://www.ngatangatatiaki.co.nz/>

³¹ Sobre el uso simbólico del derecho, véase García (2014).

ser un asunto del pasado. Tal cambio supone vislumbrar un futuro poscolonial en el que se puedan implementar soluciones para los distintos grupos étnicos.

Nasa Ñus Yutx Pehnxi³²: cuando los excluidos cuestionan el derecho

El pueblo nasa del norte del Cauca es uno de los 115 pueblos nativos reconocidos indígenas en el territorio colombiano. Ascende aproximadamente a 111 642 habitantes, distribuidos en 24 119 familias, en 21 territorios indígenas (Pueblo Nasa, 2016).

Con la proclamación de la Constitución Política de Colombia de 1991, inició el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación (desde una perspectiva multicultural³³), y en virtud de tal reconocimiento se potencia un nuevo sujeto de derecho de carácter colectivo: las comunidades étnicas. La carta magna, además, consagró que las autoridades de los pueblos indígenas podrían ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, según sus propias normas y procedimientos, siempre que estos no fuesen contrarios a esta y a las leyes de la República³⁴.

El reconocimiento de Colombia como un Estado culturalmente diverso implica la aceptación (de manera formal) de las características singulares de las comunidades étnicas. Por ello, la Constitución consagra el derecho fundamental a la identidad y a la diversidad étnica y cultural, por el cual se exige el respeto y la conservación de las diferentes culturas del Estado y, así mismo, la prohibición de imponer, directa o indirectamente, formas de vida mayoritarias (Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2019).

Para garantizar la supervivencia cultural de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional de Colombia, como intérprete y guardiana de la carta política, ha establecido que esto solo es posible mediante la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, lo que provoca *de facto* la minimización de las restricciones para salvaguardar intereses de superior jerarquía constitucional. Esta regla supone que al ponderar intereses que en un caso concreto puedan oponerse a la diversidad étnica, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades étnicas, siempre y cuando se cumpla lo siguiente: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas (Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996).

Gracias al reconocimiento constitucional de la JEI (Jurisdicción Especial Indígena), los miembros de las comunidades indígenas tienen el derecho a un fuero. Según lo dispuesto en la Constitución, a los pueblos indígenas se les concede el derecho a ser juzgados por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, con el fin de garantizar el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación (Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996).

La Corte ha establecido que, para la configuración del fuero indígena, no es suficiente la identidad indígena de la persona a investigar (procesado), sino que se deben acreditar distintos elementos. En este sentido, en primer lugar, es necesario acreditar un elemento personal y uno geográfico o territorial. La concurrencia de tales elementos daría lugar al juzgamiento del indígena por parte de las autoridades de su comunidad, sin embargo, si carece de alguno, el encargado de dirimir el conflicto será el juez con base en criterios como: el grado de aculturación del sujeto o el nivel de aislamiento de la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010).

En segundo lugar, el elemento institucional (a veces denominado “orgánico”) debe acreditarse evaluando la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: 1) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales, y 2) un concepto genérico de nocividad social.

Finalmente, debe acreditarse un elemento objetivo, el cual hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Se analiza si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria. Para este elemento, se han establecido subreglas de interpretación de la siguiente manera:

³² ‘Aconsejar desde el corazón’ en lengua *nasa yuwe*, lengua oficial del pueblo nasa. En este apartado del documento emplearé palabras y conceptos en esta lengua indígena cuyo significado puede que no sea el exacto.

³³ Para ampliar más la visión del multiculturalismo en Colombia, véase Borrero (2003; 2014).

³⁴ Véase el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia.



- Si el bien jurídico afectado, o su titular, pertenece de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la JEI.
- Si el bien jurídico afectado, o su titular, pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria. Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010).

Para el alto tribunal constitucional,

estos criterios se encuentran íntimamente relacionados y en cada caso, el juez debe efectuar una evaluación que los involucre a todos, pues dejar de lado el análisis de uno de los elementos descritos puede llevar a decisiones que vulneren la autonomía de las comunidades indígenas. (Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010)

Siendo este el contexto legal y teniendo en cuenta las garantías dadas por la Constitución y la jurisprudencia garantista de la Corte Constitucional colombiana, el pueblo nasa decide crear el tribunal Nasa Üus Yutx Pehnxi³⁵ en el año 2002 tras una decisión asamblearia en el congreso zonal de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca (ACIN) en Jambaló, resguardo indígena del Cauca³⁶.

Su funcionamiento depende de los *Sa'th We'sx* y *Nej Wesx* (autoridades tradicionales), quienes instalan el Nasa Üus Yutx Pehnxi 'aconsejar desde el corazón' para decidir respecto a las diferentes desarmonías territoriales, y así *Nasa Fxi'zenxi Çxhäçxhä A'txhina Ew Ew Fxi'zewa Uma Kiwe Weçejuj* 'posicionar el derecho a la vida con armonía y equilibrio desde la Uma Kiwe 'Madre Tierra'.

Dicho tribunal, que venía resolviendo casos con profundas incidencias colectivas, plantea en septiembre de 2019 una respuesta desde las autoridades indígenas dirigida a la Corte Constitucional sobre la sentencia T-208 de 2019, la cual dejó sin efecto las actuaciones realizadas por la JEI y otorgó la libertad de las personas externas que causaron desarmonías³⁷ en los territorios indígenas, vulnerando así la justicia indígena.

Teniendo como fuente el *Maantey Yuwe* 'derecho propio', el Nasa Üus Yutx Pehnxi recuerda la responsabilidad que recae sobre las autoridades de los territorios indígenas, específicamente la de hacer el seguimiento de los mandatos espirituales, garantizando el equilibrio y la armonía en Uma Kiwe ante cualquier enfermedad³⁸ que provenga, ya sea de miembros de la comunidad o de agentes externos a esta.

Asimismo, hace un breve recuento de todas las desarmonías que enfrenta la comunidad nasa; hechos que van desde el colonialismo sufrido hace quinientos años por parte de la Corona española hasta los estragos causados por los actores armados tanto legales como ilegales. Dicho recuento tiene como fin dejar claro el principio ancestral de autonomía y el ejercicio del *Maantey Yuwe* con fundamento en la cosmogonía nasa. De esta manera la comunidad puede vivenciar sus planes de vida.

Para los nasas, las altas cortes colombianas han limitado y restringido el ejercicio autónomo y milenario de su jurisdicción bajo la interpretación restrictiva de los artículos de la Constitución, expidiendo fallos regresivos y contrarios a sus formas de vida, siendo que la aplicación de su jurisdicción tiene una importancia particular sobre todo por la gravedad de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas en sus territorios³⁹. Se debe entender que su jurisdicción es la herramienta por medio de la cual logran mantener la cultura, autonomía, pervivencia, convivencia, armonía, y así garantizar la defensa del territorio.

³⁵ La información respecto a la decisión del tribunal indígena es tomada del documento: Mantey Fxi'znx 007 - 09 de septiembre de 2019, "Por medio del cual se dictan los mandatos para la protección integral del territorio de la Cxhab Wala Kiwe (Territorio del gran pueblo)".

³⁶ Véase Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca (2002).

³⁷ Enfermedad causante de "delitos" (concepción occidental) o faltas en contra de la comunidad.

³⁸ Desobediencia a los mandatos de la Naturaleza.

³⁹ Presencia de grupos armados legales e ilegales, minería ilegal, cultivos ilícitos, monocultivos, proyectos extractivistas y discriminación.



Por ello, el Nasa Üus Yutx Pehnxi plantea que el desconocimiento de la JEI por parte del alto tribunal constitucional violenta y segrega indebidamente las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas al reproducir las injusticias históricas, al criminalizar el ejercicio de su saber ancestral y al desconocer la existencia de un marco normativo milenario provisto de autoridades e instituciones propias que cuentan con usos y costumbres propios.

Pese a que no ha habido hasta el momento una respuesta formal respecto a los planteamientos expuestos por el tribunal indígena, es bastante importante este tipo de decisión en el marco del ejercicio del derecho propio y merece la atención, ya que el fallo transcrito argumenta, tanto desde el *Maantey Yuwe* como desde el derecho ordinario (occidental), las razones por las cuales se están violando los derechos fundamentales de la comunidad y por qué debe desconocerse la sentencia de la Corte Constitucional.

En el panorama del campo jurídico y su constante lucha por el “monopolio del derecho a decir el derecho” (Bourdieu, 2000), tanto indígenas como jueces constitucionales interpretan la Constitución, los tratados internacionales y las leyes vigentes con el fin de consagrar la visión legítima del mundo social indígena. Mientras que para los jueces –y gran parte de la sociedad–, su interpretación del derecho es la interpretación “autorizada”; para los nasas, su lucha va encaminada rumbo a la obtención del reconocimiento legal, pues así pueden disputar la capacidad simbólica de los intérpretes autorizados (jueces) y, por consiguiente, superar toda injusticia histórica del pasado (la herida colonial), y así hacer valer su autonomía, libre autodeterminación, pervivencia y jurisdicción.

Conclusiones

Este texto aporta interpretaciones que respeten los principios consagrados en el Acuerdo Final y para el reconocimiento de las justicias étnicas. Considerando que son estos principios los que garantizan la paz democrática y la justicia histórica. Los límites de la jurisdicción y el plazo temporal de la JEP podrían ser factores que imposibiliten el cumplimiento a cabalidad de la misión histórica de la JEP, sobre todo si a esto se le suma la falta de voluntad política tanto del gobierno de turno como de los sectores más conservadores y extremistas de la sociedad colombiana.

Las ideas centrales hasta aquí propugnadas conciben la justicia propia de los pueblos étnicos como una de las formas de organización colectiva por medio de la cual estas comunidades siempre han buscado fortalecer sus identidades, idiomas, territorios, sistemas jurídicos y autoridades frente a los viejos y nuevos colonialismos. Agentes del Estado, actores armados y empresas estigmatizan a los pueblos originarios, a sus miembros, y, por consiguiente, desacreditan sus organizaciones, intentando así dividirlos y reprimirlos; los amenazan, los persiguen penalmente y atentan contra sus vidas e integridad.

Un marco intercultural para la justicia transicional pretende llegar a un concepto de justicia que responda a la necesidad de sanar las heridas relacionadas con las malas acciones del pasado y de contrarrestar las formas contemporáneas de injusticia contra las distintas víctimas étnicamente diferenciadas. Este marco sugiere que los puntos de partida y llegada diferirán de un grupo étnico a otro, pero la materialización del diálogo intercultural y su viabilidad solo podrá ser posible si se contemplan las epistemologías del Sur. Se debe partir de la idea de que no es posible dar voz a los silencios de los oprimidos, al contrario, debe ampliarse el alcance del sentido de la escucha y pensar en las formas como se pretende escucharlos.

Llevar a cabo la titánica tarea de descolonizar la justicia estatal y transicional debe suscitar mínimamente el entendimiento y la implementación de otro tipo de principios que considero que son los correctos y adecuados. Este texto empezó proponiendo como alternativa las epistemologías del Sur para lograr dicho cometido, y que como estándar sea aplicado para entender a la víctima de una injusticia histórica. A lo largo del documento se recalcó el papel de la justicia transicional como catalizadora en la búsqueda de estrategias para combatir los abusos sistemáticos de los derechos humanos y sus respectivas violaciones, a raíz de los estragos del colonialismo histórico y vigente.

La JEP representa un esfuerzo novedoso por medio del cual se puede lograr el reconocimiento del derecho propio e integrarlo en todas las estrategias que asuma la justicia transicional y el proceso de paz en relación con las víctimas de los pueblos étnicos del país. Cada uno de estos grandes temas (derecho propio, justicia transicional y proceso de paz) están sujetos a múltiples interpretaciones (desde las más progresistas hasta las más conservadoras).

Las interpretaciones más conservadoras y restrictivas son vistas, en términos generales, como lo más avanzado en la materia por parte del derecho estatal (oficial) y de las autoridades políticas, que solo reconocen esta única forma de ver el mundo. Tales interpretaciones violan la interculturalidad y la convivialidad, principios subyacentes a lo esperado y pactado tanto en el Acuerdo Final como en el reconocimiento de todas las justicias étnicas.

De la coyuntura actual colombiana podría derivar una buena noticia al mundo para la segunda década del nuevo milenio: la noticia de que es posible resolver pacíficamente los conflictos sociales, políticos e históricos, incluso los de más larga duración, y que gracias a tal resolución puede emerger una sociedad más justa y democrática.

Referencias

- Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. (24 de noviembre de 2016). Recuperado de: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Colombia%20Nuevo%20Acuerdo%20Final%2024%20Nov%202016_0.pdf
- Andrade, L. (2011). Derechos de los pueblos indígenas en los sistemas universal y americano de los derechos humanos. En G. Nemogá (Ed.), *Naciones indígenas en los Estados contemporáneos* (pp. 57-78). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Antón, J. (2014). El conocimiento ancestral desde una perspectiva afrodescendiente. En F. Álvarez, P. Chavero y M. Oller (Coords.). *AMAWTA: seminarios de investigación* (pp. 31-60). Quito: IAEN.
- Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca. (2002). *Congreso Cxhab Wala Kiwe, Jambaló, Cauca 2002*. Recuperado de: <https://nasaacin.org/congresos/congreso-acin-jambalo-2002/>
- Bloch, E. (1995). *The principle of hope*. Cambridge: MIT Press.
- Borrero, C. (2003). *Multiculturalismo y derechos indígenas*. Bogotá: Cinep.
- Borrero, C. (2014). *Derechos multiculturales en Colombia: una dogmática ambivalente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu y T. Gunther, *La fuerza del derecho* (pp. 153-221). Bogotá: Ediciones Uniandes - Instituto Pensar - Siglo del Hombre Editores.
- Chapman, C. (2011). Transitional justice and the rights of minorities and indigenous peoples. En P. Arthur (Ed.), *Identities in transition: Challenges for transitional justice in divided societies* (pp. 251-270). Cambridge: Cambridge University Press.
- Charpleix, L. (2017). The Whanganui River as Te Awa Tupua: Place based law in a legally pluralistic society. *The Geographical Journal*, 184(1), 19-30. doi: 10.1111/geoj.12238
- García, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Debate - Universidad Nacional de Colombia.
- González, P. (2006b). Colonialismo interno (una redefinición). En A. Boron, J. Amadeo y S. González (Comps.), *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas* (pp. 409-434). Buenos Aires: Clacso.
- González, P. (1965). *La democracia en México*. México: Era.
- González, P. (2006a). *Sociología de la explotación*. Buenos Aires: Clacso.
- Instituto Kroc. (2019). *Hacia una paz de calidad en Colombia*. Informe 3 del Instituto Kroc. Recuperado de: https://kroc.nd.edu/assets/315919/190408_actualizacio_n_informe_3_instituto_kroc_feb19.pdf
- Maddison, S. y Shepherd, L. (2014). Peacebuilding and the postcolonial politics of transitional justice. *Peacebuilding*, 2(3), 253-269.
- Mantey Fxi'znx 007 - 09 de septiembre de 2019. "Por medio del cual se dictan los mandatos para la protección integral del territorio de la Cxhab Wala Kiwe (Territorio del gran pueblo)".
- Marshall, T. (2020). Indian Residential Schools Settlement Agreement. En *The Canadian Encyclopedia*. Recuperado de: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/indian-residential-schools-settlement-agreement>
- Minow, M. (1998). Between vengeance and forgiveness: South Africa's Truth and Reconciliation Commission. *Negotiation Journal*, 14, 319-355.
- Moore, M. (2016). Justice and colonialism. *Philosophy Compass*, 11, 447-461. doi: 10.1111/phc3.12337
- New Zealand Government. (2017). *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017*. Recuperado de: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>



- New Zealand. (s. f.). *Māori culture*. Recuperado de: <https://www.newzealandnow.govt.nz/living-in-nz/settling-in/maori-culture#section--0>
- Pueblo Nasa. (2016). *Libertad y alegría con Uma Kiwe. Palabra del Proceso de Liberación de la Madre Tierra*. Recuperado de: <http://liberemoslatierra.blogspot.es/1481948996/libertad-y-alegria-con-uma-kiwe-palabra-del-proceso-de-liberacion-de-la-madre-tierra/>
- Quijano, A. (1992). Colonialidad y modernidad/racionalidad. En H. Bonilla (Comp.), *Los conquistados. 1492 y la población indígena de las Américas* (pp. 437-447). Quito: Libri Mundi - Tercer Mundo.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (Org.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 201-246). Buenos Aires: Clacso.
- Rivera, S. (2010). Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores. En S. Rivera Cusicanqui, *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores* (pp. 53-77). Buenos Aires: Tinta Limón.
- Rivera, S. (2015). *Mito y desarrollo en Bolivia: el giro colonial del gobierno del MAS*. Bolivia: Plural Editores.
- Santos, B. (2009). *Una epistemología del Sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. México: Siglo XXI.
- Santos, B. (2012). The university at a crossroads. *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge*, 10(1), 7-16. Recuperado de: <https://scholarworks.umb.edu/humanarchitecture/vol10/iss1/3>
- Santos, B. (2013). Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. Santos y A. Grijalva (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (pp. 13-50). Ecuador: Ediciones Abya Yala.
- Santos, B. (2014). *Epistemologies of the South. Justice against epistemicide*. Londres: Paradigm Publishers.
- Santos, B. (2016). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Santiago: LOM Ediciones.
- Santos, B. (2017). *Democracia y transformación social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Santos, B. (2018). *Las bifurcaciones del orden. Revolución, ciudad, campo e indignación*. Madrid: Editorial Trotta - Siglo del Hombre Editores - ILSA.
- Santos, B. (2019). *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*. Madrid: Editorial Trotta.
- Strack, M. y Goodwin, D. (2017). More than mere shadow: The colonial agenda of recent treaty settlements. *Waikato Law Review*, 25, 41-58. Recuperado de: <http://www.nzlii.org/nz/journals/WkoLawRw/2017/4.pdf>
- Tauli-Corpus, V. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado de: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=A/HRC/39/17
- Te Aho, L. (2017). The 'false generosity' of treaty settlements: Innovation and contortion. En A. Eruetei (Ed.), *International indigenous rights in Aotearoa New Zealand* (pp. 99-117). Wellington: Victoria University Press.
- The Truth and Reconciliation Commission of Canada [TRC]. (2015). *What we have learned: Principles of truth and reconciliation*. Recuperado de: http://nctr.ca/assets/reports/Final%20Reports/Principles_English_Web.pdf
- Tomatis, A. (2005). *The ear and the voice*. Lanham: Scarecrow.
- Tsosie, R. (2007). Acknowledging the past to heal the future: The role of reparations for native nations. En J. Miller y R. Kumar (Eds.), *Reparations: Interdisciplinary inquiries* (pp. 43-68). Oxford: Oxford University Press.
- Yamamoto, E. (2000). *Interracial justice. Conflict and reconciliation in post-civil rights America*. Nueva York: NYU Press.
- Young, D. (2005). Whanganui tribes - The 20th and 21st centuries. *Te Ara - The Encyclopedia of New Zealand*. Recuperado de: <http://www.TeAra.govt.nz/en/whanganui-tribes/page-3>

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349 de 1996. (8 de agosto). M. P. Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-496 de 1996. (26 de septiembre). M. P. Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-617 de 2010 (5 de agosto). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-063 de 2019. (15 de febrero). M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-063-19.htm>



Instituto Colombo-Alemán para la Paz – CAPAZ

El Instituto CAPAZ es una plataforma de cooperación entre Colombia y Alemania que promueve el intercambio de conocimientos y experiencias en temas de construcción de paz, mediante la conformación de redes entre universidades, centros de investigación, organizaciones de la sociedad civil y entidades gubernamentales que actúan en el ámbito territorial. La consolidación de dichas redes permite el análisis, la reflexión y el debate académico interdisciplinario sobre las lecciones del pasado y los desafíos de la construcción de una paz sostenible. CAPAZ promueve actividades de investigación, enseñanza y asesoría, las cuales permiten nuevas aproximaciones a la comprensión de la paz y el conflicto, transmiten conocimiento a la sociedad y plantean respuestas a los múltiples desafíos de una sociedad en transición.

Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano – CEDPAL

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (cedpal) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen (Alemania) y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. El Centro tiene por objetivo promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en estas áreas. Los idiomas de trabajo son español y portugués.

Proyecto “Estabilización de la paz en Colombia por medio de la justicia y la verdad” del Instituto CAPAZ

Este proyecto busca contribuir al fortalecimiento del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), en el marco del proceso de paz en Colombia, desde la cooperación académica colombo-alemana y en colaboración con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV). Esta iniciativa es coordinada por el Instituto Colombo-Alemán para la Paz - CAPAZ y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad Georg-August-Universität Göttingen. Las *reflexiones informadas* son documentos elaborados por expertos/as reconocidos/as a nivel nacional e internacional en los cuales se analiza una temática planteada por la JEP, con el fin de contribuir a la solución de un problema jurídico de relevancia para la labor de esta jurisdicción.

Esta *reflexión informada* es de uso exclusivo de la JEP, no se autoriza su citación, reproducción total o parcial en documentos no oficiales de la JEP.

El Instituto CAPAZ no se responsabiliza por errores o imprecisiones que los(as) autores(as) hayan plasmado en la reflexión informada, ni por las consecuencias del uso del mismo. Las opiniones y juicios de los(as) autores(as) no son necesariamente compartidos por el Instituto CAPAZ.

www.instituto-capaz.org
info@instituto-capaz.org
(+57 1) 342 1803 Extensión 29982
Carrera 8 No. 7-21
Claustro de San Agustín
Bogotá - Colombia

<https://cedpal.uni-goettingen.de>
cedpal@uni-goettingen.de
(+49) 551 397834
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 5
Cuarto Piso, Despacho 4.106
Göttingen - Alemania



Supported by the DAAD with funds from the Federal Foreign Office

