

Particularidades aplicables a la prueba y su valoración en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas¹

Peculiarities Applicable to the Valuation of the Legal Proof on the Indigenous Law

Hader Guillermo LUNA MORA

 <https://orcid.org/0000-0003-3457-9973>

Doctor en Derecho procesal contemporáneo. Universidad de Medellín, Colombia.
Correo electrónico: hluna@umariana.edu.co

Luis Orlando TORO GARZÓN

<https://orcid.org/0000-0003-4571-8991>

Doctor en Derecho procesal contemporáneo. Universidad de Medellín, Colombia.
Correo electrónico: ltoro@udemedellin.edu.co

RESUMEN: La valoración de las pruebas es central en la labor hermenéutica del derecho, particularmente para los jueces, pues de ello depende el sentido de toda sentencia. Cuando en un proceso intervienen comunidades o ciudadanos indígenas, la valoración de pruebas debe considerar el derecho propio de estos grupos al tenor de lo dispuesto en la Ley 21 de 1991. En el presente estudio, desde un enfoque o aproximación cualitativa, se pregunta por el ejercicio de la valoración de la prueba en los contextos en que se vean involucradas comunidades o ciudadanos indígenas, considerados como de especial protección por parte del Estado. Como resultado, se infiere que el deber de valoración de la prueba implica para todo operador jurídico un proceso de descolonización del ejercicio del derecho, con perspectivas que obedecen a lógicas de pensamiento alternativas, ancestrales, difusas, heterogéneas y contextuales, pero que son legítimas. Como conclusión y recomendaciones se trazan, a manera de propuesta, algunos caminos de acción para avanzar en el mandato legal con fuerza constitucional que comina a tener en consideración el derecho propio indígena.

¹ Este artículo es parte de las investigaciones realizadas por los autores dentro del programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín y la Universidad Mariana de Pasto, y tienen como fuente los trabajos de campo y entrevistas realizadas en los cabildos del suroccidente colombiano, encaminadas a determinar la existencia y valoración de la prueba en la justicia propia para una visión del juez occidental.

Palabras clave: valoración de la prueba, derecho consuetudinario, pueblos indígenas, Colombia.

ABSTRACT: The valuation of the legal proof is central in the hermeneutic work of law, particularly for judges, since the meaning of any sentence depends on it. When indigenous communities or citizens intervene in a process, this valuation must consider their own right in accordance with the provisions of Law 21 of 1991. In this study from a qualitative approach, it is asked about the exercise of the evaluation of the evidence in the contexts in which indigenous communities or citizens are involved, considered as of special protection by the State. As a result, it is inferred that the duty to assess the evidence implies for all legal operators a process of decolonization of the exercise of law, with perspectives that obey alternative, ancestral, diffuse, heterogeneous and contextual logics of thought, but which are legitimate. As a conclusion and recommendations, some paths of action are drawn up, as a proposal, to advance in the legal mandate with constitutional force that calls for taking into consideration the indigenous law.

Keywords: valuation of the legal proof, customary law, indigenous people, Colombia.

RECEPCIÓN: 7 de julio de 2023

ACEPTACIÓN: 16 de agosto de 2023

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Constitución Política y jurisdicciones indígenas.*
III. *La prueba, su valoración y las jurisdicciones indígenas.* IV. *Conclusiones y recomendaciones probatorias de conformidad con el debido proceso con especial atención a la autonomía jurisdiccional indígena.* V. *Referencias*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de valoración de la prueba, sustancial y procesalmente, es central en la labor hermenéutica de todo operador jurídico por ser el fundamento racional y material de toda decisión, tanto en la etapa interpretativa (racial, científica, lógica, coherente, congruente), como en su valoración de cara a la toma de la decisión (sana crítica). La valoración de la prueba en cabeza del operador jurídico es una labor subjetiva, aunque no parcializada, pues un operador jurídico se considera un científico social por su formación profesional en la disciplina de competencia. Por ello, romper ese esquema implica un salto conceptual fuera de los parámetros que sustentan la existencia de los actuales ordenamientos jurídicos, surgidos a la par de los actuales Estados nacionales y gracias a las mismas revoluciones (liberales, científicas, industriales y obreras), donde son centrales las ideas de un ciudadano con libertad, voluntad y derechos.

A partir de un enfoque cualitativo (Roberto Hernández *et al.*, 2014), con base en literatura sobre el tema y trabajo de campo con entrevistas a líderes de grupos indígenas, se examinan los problemas que, para los procesos racionales, científicos y lógicos de la valoración de la prueba, acarrea tener en cuenta otras lógicas jurídicas sustentadas en el mito, la tradición y el saber comunitario de los pueblos y territorios indígenas colombianos, como ordena la Ley 21 de 1991 (que aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT]), artículo 8. Tales lógicas, si se ha de ser fieles al mandato constitucional y legal cuando de comunidades e individuos indígenas se trata, desafían la labor hermenéutica y valorativa y posibilitan romper estructuras que calificamos como racionales, pero que son, al igual que todo concepto humano, construcciones históricas que se pueden reconocer como antropocéntricas, eurocéntricas y coloniales.

En ese sentido, se precisan los aspectos jurídicos, conceptuales y dogmáticos más relevantes sobre pueblos indígenas en Colombia, particularmente la jurisdicción especial indígena y la Ley 21 de 1991, para luego abordar las posibles implicaciones con la valoración de la prueba, considerada como central y esencial en la labor hermenéutica del derecho, en especial en el plano de la decisión judicial. Finalmente, se delimita un problema específico dentro de un panorama que se presenta amplio y heterogéneo.

II. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y JURISDICCIÓNES INDÍGENAS

El cambio constitucional de 1991 en Colombia se dio a la par del cambio en el derecho internacional de los derechos humanos con respecto a los pueblos y sociedades indígenas, tribales o tradicionales, pues en 1989 la OIT reemplazó el Convenio 107 de 1957, por el 169 del citado año. El giro fue de ciento ochenta grados, ya que se dejó de considerar a los pueblos indígenas y tribales como sociedades atrasadas que debían ser integradas a las sociedades nacionales. Fue así como estas sociedades pasaron a ser sujetos de protección especial de los Estados para su pervivencia en costumbres y territorios, y se reconocieron plenamente los continuos despojos y violencias a los que han sido sometidas a lo largo de la historia.

Colombia suscribió el Convenio 169 de 1989, y lo incorporó como la Ley 21 de 1991, en plena transición constitucional, por lo que pasó a formar parte del llamado bloque de constitucionalidad (Constitución Política de Colombia

[CPC], artículos 93 y 94); es decir, leyes que prevalecen en el orden jurídico interno por su origen en el derecho internacional de los derechos humanos; además, son criterios de interpretación de los derechos consagrados en favor de los pueblos indígenas y tribales.

1. Generalidades

Las principales características del modelo constitucional vigente se pueden sintetizar en los siguientes puntos: 1) reconocimiento a la existencia, los territorios y la autonomía de pueblos indígenas y comunidades negras; 2) integración política de las sociedades y territorios indígenas mediante la constitución de entidades territoriales y las autoridades públicas correspondientes; 3) protección y pervivencia a cargo del Estado y la sociedad mayoritaria, olvidada, por solidaridad, a preservar la existencia de las sociedades étnicas en el tiempo; 4) autonomía y participación para la construcción, el desarrollo y las transformaciones de sus vidas en común.

A. Pluralismo y heterogeneidad

Desde el giro constitucional y legal de 1991, Colombia tiene un ordenamiento jurídico que acepta la existencia de otros sistemas o modelos legales dentro de su territorio, así como multiplicidad de formas de vida, sistemas de comprensión del mundo y diferentes modos de ser y de actuar (valores, creencias, actitudes y conocimientos). Asimismo, relativiza el lugar del Estado y afirma la existencia de derechos no estatales que nacieron en contextos sociales específicos (CPC, artículo 246), que conllevan la necesidad de una descolonización del pensamiento jurídico en tiempos de emergencias sociales y ecológicas impulsadas por los movimientos sociales y las transformaciones institucionales derivadas (pluralismo jurídico) (Pablo Iannello, 2015; Diana Valencia, 2020; Catherine Walsh, 2002; Antonio Wolkmer, 2003). Respecto del pluralismo como fenómeno del pensamiento y el derecho, Antonio Wolkmer (2018) afirma que este es un salto cualitativo más allá de las fronteras del derecho occidental y el Estado nación unitario y universal (p. 290). Superar esta situación implica asumir modelos alternativos basados en lo comunitario y en la horizontalidad de escenarios políticos locales, pensando lo plural como fundamento de lo social.

De acuerdo con el censo de 2018 (DANE, 2019), Colombia cuenta con un total de 115 comunidades indígenas ubicadas, especialmente, en La Guajira, Cauca, Nariño, Córdoba y Sucre. Las etnias con mayor número de miembros son: wayúu (380,460), zenú (307,091), nasa (243,176) y pastos (163,873). Estas comunidades se caracterizan por compartir modelos tradicionales normativos basados en la cultura e identidad propias (Corte Constitucional, 1998).

B. Pueblos indígenas: otras lógicas jurídicas, diferentes jurisdicciones

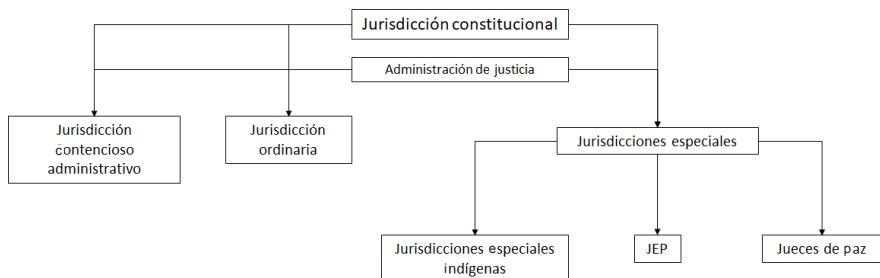
Entre los derechos más importantes consagrados en la Constitución Política en favor de los pueblos indígenas, aparte del reconocimiento de su existencia y protección, está la constitución de jurisdicciones especiales en cada pueblo y territorio de forma autónoma y coordinada (artículo 246), lo que supone un ejercicio de reconocimiento que, hasta la fecha, se ha quedado únicamente en algunos eventos aislados organizados por el Consejo Superior de la Judicatura, sin alcances reales en la administración de justicia.²

Cada jurisdicción especial indígena va a su propio ritmo, un poco al arbitrio del quehacer de sus dirigentes, muchos de los cuales están lejos de la imagen idealizada del gobernador que dirige la resistencia territorial e identitaria, y más cerca de la figura del político local, razón por la cual muchos de los gobernadores aparecen luego en escenarios como los concejos municipales, alcaldías y demás cargos de elección popular. En la figura 1 se aprecia la ubicación de la jurisdicción especial indígena en la jurisdicción constitucional.

² Al respecto, véase Lucía Arbeláez (2004); Consejo Superior de la Judicatura (2006); Herinaldy Gómez (2014); Herinaldy Gómez (2016).

El Consejo Superior de la Judicatura sólo tiene tres acuerdos respecto de la coordinación con las jurisdicciones especiales indígenas: 1) el Acuerdo PSAA12-9614 de 2012, por el cual se establecen medidas de coordinación interjurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas y el sistema judicial nacional; 2) el Acuerdo PSAA13-9816 de 2013, por el cual se aclara el Acuerdo PSAA12-9614 de 2012 sobre medidas de coordinación interjurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas y el sistema judicial nacional, y 3) el Acuerdo PSAA15-10448 de 2015, por el cual se reglamenta la actividad de Auxiliares de la Justicia. La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla tiene un módulo de formación intercultural (2011) y otro de coordinación de jurisdicciones (2020), sin que se pueda decir que sea amplio el desarrollo dogmático sobre el particular, por lo que todo desarrollo queda supeditado a la práctica judicial.

Figura 1. Las jurisdicciones especiales indígenas en la estructura de la justicia en Colombia



Fuente: elaboración propia.

2. Características de las jurisdicciones indígenas³

Aunque no es conveniente generalizar tratándose de pueblos y territorios indígenas por su misma diversidad y heterogeneidad étnica, cultural y territorial, sí es posible distinguir algunos elementos transversales a las jurisdicciones especiales. Veamos:

- Se trata de una concepción no especializada del derecho, un saber que está ligado a prácticas cotidianas, religiosas y festivas de distinta índole, así como a saberes mítico-territoriales y contextuales que lo hacen difícil de definir desde la perspectiva académico-científica, por lo que es necesario acudir, para tal propósito, a otras ciencias sociales como la antropología y la historia, o a las prácticas mágico-religiosas.
- Asumen la idea de justicia como un asunto de las diádicas salud-enfermedad, armonía-caos, bien común-bien individual, cercanas a los conceptos del buen vivir (*sumak kawsay*) y los derechos de la naturaleza del constitucionalismo ecuatoriano (Alberto Acosta, 2010, 2012; Eduardo Gudynas y Alberto Acosta, 2011; Javier Molina, 2014).

³ "...se aclara que cuando se habla de jurisdicción especial indígena, se hace referencia a una frase que abarca más de 84 pueblos indígenas con sus particulares dialectos y autoridades judiciales" (Lucía Arbeláez, 2004, p. 2).

- Se antepone la primacía de la comunidad sobre los individuos, lo que hace que la perspectiva colectiva sea transversal a la hora de tomar algún tipo de decisión con connotaciones jurídicas.
- Se evidencia el criterio de la convicción de querer y poder asumir el control de las vidas, territorio y destino, muy a pesar del evidente trastocamiento del movimiento indígena, fuerte, pero atravesado por la política local y las dinámicas que la corroen.

Esas lógicas jurídicas están conminadas al cumplimiento de los derechos humanos universalmente reconocidos, lo que limita su autonomía, situación que puede considerarse como “lógica” o “natural”, pero no lo es si se tiene en cuenta que la idea de humanidad es reciente en el mundo, y en derecho no ha operado sino desde 1948 con la Declaración de los Derechos Humanos.

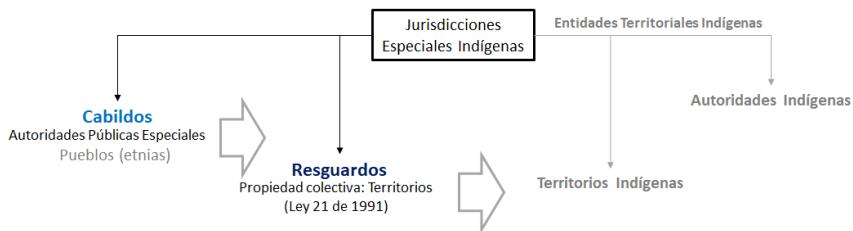
3. Derecho al territorio y a la autonomía

La Constitución Política establece que los territorios indígenas son entidades territoriales del Estado nación y tienen derecho a: *a)* gobernarse por autoridades propias; *b)* ejercer las competencias que les correspondan; *c)* administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y *d)* participar en las rentas nacionales (CPC, artículos 286, 330 y 246), lo cual se desarrolla por la jurisprudencia constitucional a partir de la Ley 21, como una integralidad que involucra espacios naturales, productivos, culturales y espirituales. Lastimosamente, no ha habido un desarrollo legal que lleve a la realidad la existencia de las entidades territoriales indígenas, que quedan amparadas, territorialmente, por la figura de origen colonial del resguardo, que es propiedad privada colectiva, constitucionalmente considerada como inembargable, inalienable e imprescriptible (CPC, artículo 329) y gobernada por sus autoridades propias.

Como figura territorial, el resguardo está lejos del concepto de territorio de la Ley 21 de 1991 o del desarrollo jurisprudencial adelantado, pese a lo cual se puede considerar como parte de los idearios de muchos pueblos indígenas de Colombia, para quienes territorio y resguardo son lo mismo, lo que aplaza, de paso, las reivindicaciones constitucionales que establecen la necesidad de convertir los resguardos en entidades territoriales y sus cabil-

dos en autoridades especiales. En la figura 2 puede observarse la distribución de autoridades indígenas y territorios.

Figura 2. Cabildos y resguardos ante la ausencia de entidades territoriales y autoridades



Fuente: elaboración propia.

III. LA PRUEBA, SU VALORACIÓN Y LAS JURISDICCIONES INDÍGENAS

La valoración de la prueba es una etapa de todo proceso jurídico, en particular el judicial, en la cual se le asigna un valor, un peso específico para la toma de decisiones. Hoy, por influencia de los sistemas jurídicos occidentales, tal valoración está basada en el dominio de la racionalidad científica. Sin duda, la valoración de la prueba es un apartado de la labor hermenéutica por aquella tendencia heredada del científico de parcelar o fragmentar los procesos lógicos en secciones o partes; en ella, la científicidad del derecho se pone a prueba.

En este procedimiento de valoración probatoria, es fundamental la reflexión comprensiva de los fines de la actividad probatoria, la función de la prueba y el fin de la prueba, lo cual varía según el contexto jurídico procesal y cultural de que se trate, pues ello es incidente frente al propósito cognitivo y de convicción que se requiere antes de tipificar los resultados de conocimiento dentro de los umbrales de la prueba diseñados para mayor garantía procesal de búsqueda de la verdad y de protección a las partes de interés.

Por lo anterior, al consultar los criterios jurídicos de naturaleza dogmática, liderados contemporáneamente por Michele Taruffo, se observa que entre la función de la prueba y la finalidad de la prueba puede encontrarse

diferencia de orden procesal, pues, de un lado, la función de la prueba está anclada en el rol que se le asigna según la diversidad de contextos procesales en los que se resuelven conflictos con regulación particular. Es el caso de la prueba en la jurisdicción indígena que cumple una función *sui géneris*, de otro lado, sobre su finalidad, como lo expresa el autor, “la prueba está orientada a la comprobación de la verdad de los hechos” (Michele Taruffo, 2019, p. 32), pero, obviamente, se trata de los hechos afirmados por las partes con el condicionamiento de tener relevancia jurídica, según las pretensiones y normas de garantía o de respaldo invocadas.

En la misma dinámica de interpretaciones de carácter doctrinal, para J. Ferrer Beltrán (2007, pp. 31 y 32), si bien el fin de la actividad probatoria es la corroboración o la reconstrucción de los enunciados fácticos llevados al proceso por las partes con vistas a conseguir la verdad lo más epistémica posible, estos fines no se agotan allí, pues les sobrevienen otros en relación con la construcción de reglas jurídicas probatorias y con impacto en la garantía de la paz social. Lo dicho armoniza con todo ámbito jurisdiccional, incluido el acompañado por enfoques costumbristas clásicos y ancestrales; por esto, en este escenario, como fundamento complementario a la valoración, se deben acoger las consecuencias de lo que implica la comunidad y la culturalidad de la diversidad étnica como rutas de legitimidad y conservación del equilibrio de los pueblos indígenas.

Por otro lado, el tratadista Juan Montero Aroca (2006) señala que “el proceso no tiende al descubrimiento de la verdad, la prueba tiende a la tutela de los derechos subjetivos de las personas, pero la verdad no es la finalidad” (p. 126). Al aplicar este enfoque al presente estudio, la prueba tiene por objetivo hacer evidentes los hechos que perturban la paz, la convivencia y la armonía social sin desconocer las garantías fundamentales, así como las libertades, los usos y costumbres de los pueblos indígenas desde el ámbito procesal, por lo que la prueba sirve, además, como instrumento para identificar las medidas de restablecimiento de justicia más convenientes. Ello conduce a que las autoridades de esta jurisdicción especial, o quien haga sus veces, deban interactuar valorativamente con hechos de reproche, pero también con la cosmovisión de los pueblos indígenas, sus formas de justicia y medios de prueba muy particulares; por ejemplo, sistemas de valoración espiritual y medicinal, tales como el uso de la planta del yagé o el “pulseo”.

De forma puntual, el énfasis de Joan Picó (2007), fundamentado en *El juez y la prueba...*, se ubica en el rechazo del brocardo “*iudex iudicare debet secundum iudicium suum*”.

dum allegata et probata partium o similares” —el juez debe fallar con arreglo a lo alegado y probado por las partes— (p. 16) y el respaldo a la iniciativa probatoria del juez en el proceso, tema polémico por lo general en algunos ámbitos del derecho. Sin embargo, el autor también se sitúa en el rol de la prueba, al calificarla como el instrumento para cumplir la carga y el deber procesales de “contrastar la información que se da, si quiere evitarse deformar la realidad” (p. 18), en referencia obvia a los hechos que afirman las partes.

Así entonces, al aplicar estos conceptos de Joan Picó a la particularidad de la valoración de la prueba en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, se permite no sólo el diálogo directo entre las atribuciones y responsabilidades probatorias de las autoridades de jurisdicción especial indígena y la persona imputada o acusada de comportamientos contrarios a la armonía indígena, sino también la garantía de mayor posibilidad de eficacia de la prueba que se acerque al proceso, la cual debe tener respaldo en la cosmovisión y la comprensión de usos y costumbres indígenas.

A lo anterior, indiscutiblemente se adhiere el concepto del fin de la prueba del profesor Jordi Nieva Fenoll (2010), quien manifiesta que el juez nunca se debe apartar “de que el objetivo final de la prueba es el descubrimiento de la realidad de los hechos en la medida en que sea posible” (p. 149). El autor precisa que el juez debe contar con amplios conocimientos y todas las herramientas para realizar una adecuada valoración de la prueba, por lo cual en la misma obra señala: “Pero no se puede pretender que los jueces sean expertos absolutamente en todo. Ante ello, quizás lo más adecuado sea estudiar las diferentes perspectivas de afrontar el problema probatorio, para averiguar si desde distintos puntos de vista es posible encontrar una solución común” (pp. 95 y 96).

De esta manera, queda claro que el juez necesita estudiar diferentes “perspectivas”, tales como la propuesta que se analiza en relación con la prueba en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, que le permitirán no solamente conocer la cosmovisión de las comunidades, sino comprender adicionalmente que la prueba tiene una nueva función cuando se la valora en contexto, es decir, debe servir para reconstruir la armonía colectiva y, a su vez, para respaldar los límites del equilibrio social que se encuentran enmarcados en el positivismo, lo cual es fundamento de una teoría unificadora, pero no inflexible.

Para dar aplicación a lo anterior, es preciso considerar que cada pueblo y territorio indígena implementa y utiliza formas jurídicas propias, si enten-

demos por ello las normas sustanciales y procedimentales que rigen el comportamiento social en cada grupo y territorio, transmitidas por costumbres y tradiciones en lenguajes mítico-espirituales, con el objetivo de lograr convivencia y/o armonía. Estos pueblos son principalmente rurales, agrarios y espirituales, centrados en la defensa de sus espacios como sagrados y no sólo como medios de producción, y como se ha dicho, no procede considerar que sus formas jurídicas reflejen en alguna medida las que ha adoptado Colombia como Estado.

Empero, no es el caso del presente documento examinar esas formas jurídicas propias para encontrar (o no) similitudes que puedan llevarnos a comparar conceptos y elementos como la prueba y su valoración. El mandato del artículo 8 de la Ley 21 de 1991 no se atiene a ese espacio propio de los pueblos indígenas, sino al de los operadores jurídicos ordinarios, quienes deben incorporar a su labor hermenéutica científica de valoración de la prueba —y en general en todo el proceso jurídico— otras lógicas, que no están relacionadas con el modelo jurídico de corte occidental. Si el conflicto que se debe solucionar involucra a ciudadanos o comunidades indígenas, los operadores sólo necesitan dejar abierta la posibilidad de considerar formas alternativas de racionalidad y, si las circunstancias así lo aconsejan, reconocer que cada pueblo y territorio es diferente, autónomo y singular, lo cual requiere, para esa tarea de comprensión de lo que podríamos calificar como la otraidad jurídica, el despliegue de la antropología jurídica más que del derecho.

1. La prueba y la labor hermenéutica

Por generalidad, la prueba, en el ámbito de descubrimiento y construcción y su valoración en el contexto de interpretación y justificación objetivo-subjetiva, es el eje de todo proceso jurídico en convergencia con el sistema procesal que se adopte, pues es ella —y solamente ella— la que permite, en términos de una teoría general del proceso y la prueba (Raúl Canelo, 2016; José Ovalle, 1974; Michelle Taruffo, 2013), su racionalidad, científicidad y capacidad de resolver, en términos de justicia, de qué lado de la balanza se inclina la resolución del conflicto (Christian Courtis, 2006; Eduardo Ferrer, 2012; Léider Gómez, 2010; Isabel Lifante, 2015; David Mercado y Mario Echeverría, 2015; Rolando Tamayo, 1986; Michelle Taruffo; 2013), otorgándole el carácter probatorio y el apego positivista (moderado o no) que prevalecen en la práctica bajo el principio de legalidad, desarrollado junto a los

avances científicos y la formación de los Estados nacionales contemporáneos (Andrés Botero-Bernal, 2015; Hans Kelsen, 1982; José Juan Moreso, 2015; Francisco Rivas y José Serrano, 2015; Mario Urueña-Sánchez, 2017).

Es pertinente señalar que se parte de la existencia de una teoría general del proceso y de la prueba, transversal al saber jurídico en sus diferentes ramas, sustentada en principios de acción racionales y generales como: *a) el derecho a la defensa y el desarrollo del derecho fundamental al debido proceso; b) la materialización de los derechos humanos y fundamentales; c) la resolución de conflictos de manera eficiente, racional, científica y justa; d) la economía de los procedimientos y la accesibilidad a ellos; e) la necesidad de pruebas y raciocinios jurídicos lógicos (contextuales) y coherentes en todas las etapas del proceso; f) la contradicción de las pruebas y del derecho a la igualdad cuando sea necesario desde la diversidad y la inclusión, y g) la primacía de los derechos humanos y fundamentales, así como de los fines del Estado social de derecho.*

Sobre el carácter probatorio del derecho, la jurisprudencia constitucional ha sostenido reiteradamente que

...si bien es cierto que el juez tiene libertad para valorar las pruebas que obren en el proceso dentro de los parámetros de la sana crítica, dicha interpretación debe ajustarse a los supuestos fácticos y a la realidad misma de ellos, de manera tal que no se desconozca la realización del derecho material y, por ende, el principio de acceso a la administración de justicia (Corte Constitucional, 1999, párrafo 2).

Por tanto, la prueba es la base sobre la que se materializa el derecho y su límite hermenéutico, y es además un derecho fundamental para las partes de cualquier proceso, pues no puede existir decisión sin respaldo de acervos probatorios suficientes y ostensibles y de razonamientos lógicos guiados por los principios que sustentan la existencia y finalidad misma de todo Estado social de derecho, así sea de manera formal, como en Colombia (William Bermúdez y Juan Carlos Morales, 2012; Juan Carlos Marín y José Trujillo, 2016).

El derecho a la prueba es fundamental en tanto es inherente a la persona (Luis Bernardo Ruiz, 2006, p. 190), y cuenta además con diversos mecanismos de refuerzo propios del catálogo de derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba estriba en la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez

sobre la verdad del interés material perseguido. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona, por lo que no puede de manera alguna expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales (Luis Bernardo Ruiz, 2006, p. 197).

Por lo anterior, la prueba representa lo verdadero y justo en el derecho, con toda la carga de subjetividad que eso trae, muy a pesar del (aparente) quehacer científico —o al menos racional— de la labor de los juristas, que es amplia y heterogénea, y que va desde la extensa producción normativa y jurisprudencial a la doctrina académico-científica (Johann Benfeld, 2013; Christian Courtis, 2006; Carlos Alberto Ortiz, 2014).

Una hermenéutica jurídica enmarcada dentro de los criterios de la ciencia y la sana crítica combina sin encasillarse diferentes métodos de interpretación jurídica (exegético, sistemático, teleológico o finalista, o sociológico), según la complejidad y necesidad del problema, respetando los principios fundamentales de supremacía constitucional, legalidad, razonabilidad, eficacia, proporcionalidad, ponderación, coherencia, especialidad y posterioridad, sin perder de vista el exceso de métodos y principios, como puede suceder con el abuso de la deducción, la indeterminación y la analogía y la manipulación ideológica del texto legal (Isabel Lifante, 2015; David Mercado y Mario Echeverría, 2015; Francisco Rivas y José Serrano, 2015).

En la materialización del derecho es claro que hay intereses económicos, políticos, religiosos y de otro tipo que condicionan la labor hermenéutica más allá de la prueba y que, en definitiva, hacen del derecho una disciplina que se mueve en las márgenes de la ciencia, cerca del ejercicio y la praxis del poder, pero como una disciplina destinada —más que a las utopías de justicia— al control y normalización de la sociedad, en el sentido que Michel Foucault le dio a lo largo de sus obras, particularmente en la relación entre poder, derecho y verdad (Michel Foucault, 1980, 2001, 2003).

2. Deber de contextualización en la valoración de la prueba

Jordi Nieva (2010) afirma que “valorar la prueba supone percibir los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”, situación que se complejiza cuando esa valoración se debe hacer considerando raciocinios alternativos a las lógicas racionales de corte eurocentrismo que imperan en el derecho. Tales raciocinios imponen, para el caso de comunidades indígenas en contexto de conflicto, un movimiento descolonizador, un *ponerse en el*

lugar del otro, un ir a la otredad jurídica indígena, diversa, compleja, contradictoria, informal, mítica, contextual e instintiva.

En definitiva, este contexto representa un desafío al quehacer hermenéutico que pretenda preservar la autonomía y los saberes de las minorías, aun renunciando a construcciones históricas del derecho consideradas fundamentales, como la separación de poderes, el respeto a la especialidad jurídica, la doble instancia, la contradicción, etcétera. Recordemos, sólo como ejemplo, que, por las características propias de cada pueblo y territorio indígena, rara vez existe lo que podemos calificar como una doble instancia y menos doble conformidad en las decisiones, porque la autoridad es única y sus decisiones (equivocadas o no) son inapelables en relación con el principio de confianza ancestral y mitificación espiritual.

Ello supone que todo operador jurídico, incluso en jurisdicción ordinaria, debe contextualizar su quehacer a la hora de atender el mandato de la Ley 21 de 1991, ya que los pueblos indígenas son sociedades pequeñas, locales, rurales, agrarias, de vocación ecológico-espiritual y regidas por autoridades mayoritariamente colectivas, que concentran funciones administrativas y judiciales, cuando no de orden mítico-espiritual, tradicional, cultural y simbólico, como fue indicado. De forma particular, y para mayor ilustración práctica, entre los indígenas pastos del suroccidente colombiano se sigue una fórmula ritual católica para enseñar el principio de la autoridad única del cabildo y para asegurar la protección y adhesión a sus decisiones. Tal solemnidad se cobija con la siguiente expresión ritual:

Bendito alabado, sea el señor santísimo sacramento del altar de Dios y de María santísima, concebida sin deuda, sin mancha del pecado original, desde el primer instante de su ser natural. / Bendito alabado sea el señor santísimo sacramento del altar, muy buenas tardes señor gobernador, honorable corporación y asamblea en general, se declara abierta o cerrada la sesión.

En este sentido, la labor interpretativa y valorativa de la prueba que obedezca a los mandatos legales y constitucionales de la Ley 21 de 1991 debe estar dispuesta a razonar y aceptar de forma general que las formas jurídicas indígenas:

- Están orientadas al mantenimiento de la comunidad y el territorio en lo que puede definirse como armonía, que es su idea de justicia e implica,

por ejemplo, mantener determinados lugares como sagrados e intocables y a la comunidad respetuosa de sí misma, así como diversas prácticas sociales, muchas de carácter espiritual, como la ingestión de *remedio* o *yagé* entre algunos pueblos, como proceso de aprendizaje.

- Provienen de la tradición, la costumbre, el buen nombre y la capacidad de liderazgo de sus autoridades, cualidades que facultan la administración de justicia y castigos en nombre de la armonía. Rige el principio de autoridad en cabeza de los mejores, aquellos que la comunidad señala como sus líderes porque se han comportado siempre como colaboradores.
- No tienen ningún tipo de articulación nacional entre sí o con las otras jurisdicciones constitucionales por falta de voluntad política y desarrollo legal, no se pueden ni deben concebir como un reflejo del derecho colombiano y de su tradición occidental euro- y antropocéntrica, porque no lo son.⁴
- Son difusas, ya que no existe un cuerpo especial de normas que se puedan catalogar como jurídicas, sino prácticas cotidianas mediante las cuales regulan su comportamiento y de las que se “extraen” los mandatos y principios. Labor que siempre es contextual y empírica, generalmente puesta en práctica en asambleas comunitarias, denominadas mingas entre los pueblos andinos.
- Transgreden los límites de nuestro entendimiento de la labor interpretativa, pues no se conciben como una labor eminentemente racional, como entre los ordenamientos jurídicos de corte occidental, sino heterodoxa y heterogénea, ya que implica en muchos contextos particulares, por ejemplo, el uso de plantas enteógenas para la tarea de *pensar* en la solución de los conflictos, que bien podríamos asimilar como la labor hermenéutica del jurista; aunque con un sentido más amplio, de comprensión no sólo de normas y hechos, sino de argumentos trascendentales.

⁴ Un poco al margen y para ampliación en otros espacios académicos, esta afirmación es problemática, ya que muchos pueblos indígenas, si no la mayoría, que padecieron el régimen colonial español, heredaron sus formas jurídicas a través de dos instituciones que hoy son fundamentales para su supervivencia: el cabildo como forma de gobierno local, y el resguardo como propiedad colectiva bajo la gobernanza del cabildo. En ese sentido, hablar de formas jurídicas propias por parte de los pueblos indígenas es hablar de formas jurídicas sincréticas, con arraigo en la sabiduría territorial, pero bajo la efigie colonial, católica, conservadora y patriarcal.

En no pocos casos se habla de que el uso de plantas enteógenas posibilita, para muchos pueblos indígenas, entrar en diálogo con mayores o antepasados fallecidos, así como con espíritus que habitan en la naturaleza, que son fundamentales para entender y solucionar problemas. Podría afirmarse que el uso de plantas es un instrumento de valoración probatoria que permite entender elementos del contexto social, no materializados en el caso, pero pertinentes a la hora de tomar decisiones. Efrén Tarapues, al respecto del aprendizaje y valoración probatoria mediante el “remedio”, menciona:

...Yo vivía por acá en la laguna y me estaba desempeñando como regidor en el pueblo. Entonces yo bajaba en un caballito y lo dejaba en la casa de mi mamá donde no hay hierba. Entonces el caballito amarrado todo el día y yo llegaba siete u ocho de la noche todavía mareado con lo que nos daba la gente. Y uno agarra el caballito, agarra un palo y dele, y nos tocaba subir por allá en una loma de cuesta arriba. Sólo en el remedio [yagé] él se rebeló contra mí, el caballito, y me dice: “¿No decís que tú quierés a los animales?, ¿No decís que tú hablan tantas cosas...? ¿Por qué me pegas?”. ¿Cómo la ve? Y [a] esa hora el caballito ya no vivía, ¡qué dolor! A pedir perdón al caballito... ¿Y qué será al humano?⁵

De la narración anterior queda claro cómo “el remedio” le permite a la parte caer en la cuenta de su error, aceptarlo y conseguir una confesión. Asimismo, puede permitirle al juzgador entender el contexto para tomar una decisión, lo que incluye elementos trascendentales cuando se trate de casos que involucren comunidades indígenas.

Sin embargo, no se puede generalizar sobre el tema, y es pertinente que los juristas busquen apoyo de otros científicos sociales, como antropólogos e historiadores, para comprender la realidad particular de los pueblos indígenas cuando la solución de un conflicto lo amerite y más con el requerimiento de valoración probatoria, ya no con reglas generales de sana crítica como único bastión jurídico, sino con ajustes razonables propios de la naturaleza humana y cultural de cada etnia.

⁵ “Justicia propia en Gran Cumbal”, entrevista a E. Tarapues, 2021 (Hader Luna, entrevistador).

3. Impartir, aplicar, administrar justicia

La falta de especialización o formación sobre las formas jurídicas indígenas conlleva que impartir, administrar o aplicar justicia dependa de cada pueblo y territorio y sus costumbres particulares, que no se pueden ni deben considerar rígidas, estáticas e inmutables, sino dinámicas, adaptables, contextuales y diversas. Sin embargo, es posible perfilar un esquema (figura 3) como perspectiva organizativa de la autoridad, la jerarquía y la gestión:

Figura 3. Autoridades propias y tradicionales



Fuente: Elaboración propia.

Es evidente que todo problema genera dos tipos de desarmonía: la comunitaria, referente a la convivencia de las personas, y la territorial, que involucra el territorio y a los demás seres que cohabitán con los humanos, a saber, animales, plantas y espíritus. En ese hilo argumental, todo problema debe ser resuelto por las autoridades propias indígenas, ya que tanto el bienestar comunitario como todos los seres —animales, plantas y espíritus— son par-

te del territorio. Para ello, las autoridades indígenas tienen la particularidad de acumular funciones que, en la estructura de todo Estado de derecho contemporáneo, están separadas, como las administrativas, legislativas y judiciales. Por tanto, las autoridades tradicionales deben estar encabezadas por los mejores seres humanos de la comunidad, pues su buen juicio se encargará de resolver todo problema de la mejor manera.

Para la inmensa mayoría de los pueblos indígenas, el escenario de la justicia es múltiple, no en cabeza de una sola persona o un grupo reducido de personas, sino de toda la comunidad. Para los pueblos pastos y quillacincas del suroccidente colombiano, por ejemplo, es en las mingas o asambleas comunitarias donde se administra o aplica justicia y donde, entre todos, se toman las medidas del caso, lo que incluye los medios con los cuales se habrán de probar los hechos del problema y su solución. Para llegar a ello:

- Las partes afectadas con un problema de convivencia o de desequilibrio territorial por acciones humanas, por ejemplo, la contaminación de una fuente de agua o la desaparición de un camino tradicional, pueden y deben interponer una denuncia oral o escrita a sus autoridades. No obstante, el cabildo y la comunidad en general pueden, sin denuncia, asumir la solución de un problema comunitario.
- Las autoridades, en presencia de sus comuneros, escuchan a las partes involucradas en un conflicto y luego, bajo la idea del pensamiento colectivo, buscan la mejor manera de solucionar el problema. No existen fórmulas generales más allá de las que imponga la tradición en cada pueblo y territorio, y el tema probatorio dependerá de ello, pues, como dicen en el sur, la justicia no es asunto de estudio sino de cabeza, de pensar bonito.

Al aplicar la justicia, se lleva a cabo de manera verbal en la comunidad un “juicio” en el cual sobresalen distintas dinámicas: en primer lugar, siempre se convoca a la comunidad, se escuchan los hechos, la decisión de justicia se consulta a la comunidad y se aplican castigos. Así lo expresa Leidy Paí del pueblo Awá:

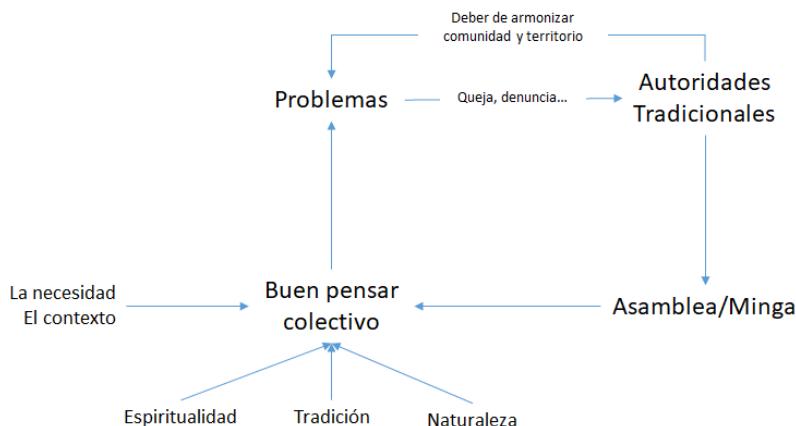
Los castigos dependen de las faltas que se cometan, pero siempre estarán acompañados del insumo cultural como prevención, el consejo, la utilización de sahuamero es dinámica de cada quien, se utiliza la medicina propia como... la planta

de ortiga, que no es un castigo sino es como liberar el cuerpo, recuperar la persona, dado que el que comete una desarmonía es porque no está en armonía y hay que recuperarlo mientras pague la pena, hay que acompañarse de la medicina propia para recuperar a esa persona y que no vuelva a cometer faltas. Es difícil la solución del conflicto, porque no todos conocemos las plantas o alistamientos culturales. Siempre se investiga para la aplicación de justicia.⁶

Así, impartir, administrar o aplicar justicia en la diversidad y multiculturalidad es un asunto eminentemente contextual y personal de naturaleza flexible, pues la justicia depende de las autoridades tradicionales y la forma como, colectivamente, decidan resolver un conflicto.

Resolver con justicia es producto del pensamiento colectivo guiado por la tradición, así como por la necesidad y el contexto del territorio y los seres con los que se comparte vida, naturaleza y espiritualidad. Este buen pensar colectivo puede entenderse bajo el concepto constitucional ecuatoriano del *sumak kawsay* o buen vivir, concepto jurídico que va más allá de la justicia entre seres humanos, si se toma en consideración que no son los únicos involucrados en el mantenimiento del mundo (figura 4).

Figura 4. Buen pensar colectivo



Fuente: Elaboración propia.

⁶ “Resguardo Tortugaña Telembí, pueblo Awá”, entrevista a Leidy Paí Nastacuas, 2022 (Hader Luna, entrevistador).

4. Las autoridades, los mayores, las justicias: el prototipo de Juan Chiles

La justicia es administrada por los mayores, por las autoridades, por las mujeres y hombres sabios, líderes territoriales que, de acuerdo con Dumer Mamián (2000; 2004; 2009), deben ser solidarios, mutuales en la ayuda, generosos y, sobre todo, inteligentes en un nivel instintivo y racional que les permita solucionar problemas. Eso lo da la experiencia, la que proviene de un personaje mítico entre los pobladores andinos del pueblo de los pastos, un líder total que, al decir de la tradición, sabía los códigos del saber: a) desatar la letra quichua; b) leer las escrituras de Carlomagno; c) labrar a cordel, y d) ser como el agua, la espuma y el río (Dumer Mamián, 2009, p. 138).

El primero supone conocer el territorio, sus sabidurías, sus entidades vivas, naturales y espirituales, codificadas bajo los quechuismos de un antiguo imperio indígena. El segundo implica conocer las sabidurías de los colonizadores, particularmente sus formas jurídicas para utilizarlas en su favor (¿litigio estratégico?, ¿uso alternativo del derecho?), como es el caso de Juan Chiles quien, en el siglo XVIII, litigaba los derechos territoriales de su pueblo ante las cortes españolas. El tercero, labrar a cordel, es crear, tejer, sembrar, contar historias, vida, familia y comunidad, mediante lo cual se reconoce a los líderes. El cuarto, ser como el agua, la espuma y el río, implica ser fluido, nómada en el pensamiento, adaptable, alegre como la fiesta (espuma) y firme como las piedras.

En todo caso, no es objeto de delimitación la manera como las comunidades indígenas desarrollan sus labores hermenéuticas que, por heterogéneas, son difíciles de generalizar. Este tipo de saberes, a diferencia de los saberes racionales, son contextuales, nómadas y, en cierta forma, más cercanos a la praxis del derecho común anglosajón, basado en la costumbre, la autoridad y la construcción de antecedentes (Nuria González, 2006; Robert Jacob, 2016), y precisan de la apertura mental que propone la figura de Juan Chiles, capaz de indisciplinarse del derecho e incluso de las ciencias sociales y otras para incorporar saberes que requieren del corazón más que de la razón.

5. Abordaje occidental de las justicias indígenas

El quehacer intelectual de todo jurista en Colombia debe estar *transversalizado* por los principios constitucionales y legales de multietnicidad y plu-

riculturalidad, pues ya no se trata de una visión homogénea de la sociedad, el Estado y el derecho, sino de una cosmovisión apegada a la realidad jurídica plural que, en el caso de los pueblos y territorios indígenas, está signada por una historia trágica, llena de violencias, imposiciones y despojos, pese a lo cual aún persisten como sociedades diferenciadas. La perspectiva no puede ser otra que la de protección reforzada y pervivencia de esas sociedades, anteriores al mismo Estado colombiano.

El mandato de rango constitucional que se desprende de la Ley 21 de 1991 (artículo 8) impone la obligación a todo jurista, y en particular a quienes ejercen algún tipo de poder político, administrativo o judicial para decidir en derecho, de considerar el derecho propio o consuetudinario de los pueblos y territorios indígenas a la hora de aplicarles la legislación nacional, mandato que se dirige a la labor intelectual o hermenéutica de los juristas para resolver conflictos. Esto incluye, como puede entenderse, tanto la producción normativa como su interpretación y aplicación sin distinción entre lo sustancial, lo procesal o la especialidad. Se trata de una perspectiva jurídica plural, *de-colonial* en el sentido de contrastar y validar formas jurídicas indígenas como posibles y válidas, después de haberlas rechazado como atrasadas y haber intentado desaparecerlas con políticas racistas (Ley 89 de 1890).

Si bien las preguntas derivadas del mandato jurídico son múltiples, es central, en primer lugar, resaltar el deber mismo de los juristas dentro de un Estado social de derecho multiétnico y pluricultural y, en particular, el de los operadores jurídicos a la hora de llegar a algún tipo de decisión para resolver conflictos o problemas sociales que deban ser abordados por el derecho en relación con pueblos e individuos indígenas, pues las decisiones deben ser racionales, afincadas en la prueba flexible por protección especial, y justas, de acuerdo con el estatus científico del derecho.

Dado lo diverso y heterogéneo de las sociedades indígenas, es difícil poder llegar a generalizaciones jurídico-políticas que no tengan grietas conceptuales derivadas de la autonomía de cada pueblo y territorio. Éstos son únicos, autónomos y, difícilmente, mantienen relaciones fluidas más allá de algunas resistencias y movimientos sociales comunes; aunque existan algunas convergencias, la perspectiva de aproximación debe ser siempre contextual y guiada por reglas o principios. Cabe preguntarse, ¿cuáles son esas reglas o principios que se deben aplicar a la labor hermenéutica de los juristas respecto del mandato del artículo 8 de la Ley 21 de 1991, particularmente en relación con la

valoración de las pruebas, por su carácter fundamental en la validez racional, probatoria y científica del derecho?

La hipótesis de respuesta, siguiendo la distinción propuesta por Robert Alexy (1993), es la no existencia de reglas por su carácter taxativo e imperativo, pero sí de principios, entendidos como normas orientadoras, cuyo objetivo es guiar el raciocinio jurídico dentro de un marco de acción amplio y guiado por la prevalencia, en el caso indígena, de la protección, preservación y pervivencia de estos pueblos y territorios. Como punto de partida para la profundización y sustentación dogmática, planteamos las siguientes aproximaciones:

- El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es, al igual que la práctica judicial, contextual y, por lo tanto, mutable. Ese paralelo entre la actividad judicial y los distintos derechos propios es un nexo conceptual que hay que desarrollar.
- La prueba es la que permite conocer la verdad de los hechos jurídicos, y el derecho consuetudinario indígena comparte esta afirmación, aunque la naturaleza de la prueba consuetudinaria no sea exclusivamente fáctica, como podría acontecer con la invocación de relatos míticos, o con la necesidad de visiones extáticas producto de la ingesta de plantas medicinales y enteógenas como el yagé, el yopo o el rapé. El tema de las fuentes de la prueba en el derecho consuetudinario indígena necesita profundización, visibilización y legitimación dogmática para expandir los horizontes hermenéuticos más allá de la razón lógica, científica y pragmática, y darle cabida al mito, la espiritualidad, la emoción, el sueño o las experiencias extáticas.
- La labor hermenéutica del derecho consuetudinario indígena se basa en el buen juicio, la prudencia, la buena fe, la experiencia y el conocimiento de sus autoridades. Los operadores jurídicos necesitan las mismas cualidades para aplicar el derecho, por lo que existen puntos de partida que hay que profundizar en busca de nexos conceptuales.
- La transdisciplinariedad del ejercicio del derecho en temas relacionados con pueblos originarios o indígenas es indispensable en el perfil de todos los operadores jurídicos, en especial los jueces, lo cual requiere de juristas que no se encasillen dentro de su disciplina científica para encontrar soluciones a problemas complejos que necesitan otras perspectivas.

- La necesidad de implementar en los procesos jurídicos de cualquier naturaleza, cuando sea pertinente, la práctica de pruebas propias del derecho consuetudinario indígena en coordinación con las autoridades propias. Cuando se trata de pruebas fácticas relacionadas con los medios convencionales (testimonios, documentos, videos, entre otros) no hay problema, pero el desafío está en dictaminar, por ejemplo, la ingestión de yagé, para que un juez comprenda la perspectiva indígena en un asunto que deba resolver.
- La prevalencia de la supervivencia comunitaria indígena, en particular para aquellos pueblos en peligro de desaparición física y cultural por culpa expresa del Estado y la política integracionista que estuvo a punto de exterminarlos.
- Lo que podríamos entender como las pruebas entre las distintas jurisdicciones indígenas no se relaciona con la certeza “racional” de algo, un hecho o realidad, sino con la íntima convicción del juzgador frente a un conflicto, ya que, por sus conocimientos, experiencia y “don de gentes”, se presume capaz de impartir justicia. Entre lo que podríamos considerar como principales medios probatorios están: 1) el testimonio, a partir de la idea del valor de la palabra entre los pueblos indígenas; 2) el pulso o careo, que es la confrontación de testimonios frente a un problema, porque para ellos es importante la valoración social/comunitaria de la persona, su buen nombre; 3) la percepción “extra/supra/para sensorial” de la realidad a través de la ingestión de plantas sagradas y medicinales, como la coca o el yagé; 4) la percepción de la realidad mediante recorridos al territorio y los lugares de ocurrencia de conflictos; 5) cualquier objeto capaz de dar “testimonio” de la realidad que se pretende juzgar.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PROBATORIAS DE CONFORMIDAD CON EL DEBIDO PROCESO CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL INDÍGENA

Considerar el derecho consuetudinario o, como lo llaman ellos, propio, natural o mayor, en las decisiones de los operadores jurídicos de cualquier índole está lejos de ser posible en Colombia, pues los indígenas, además de ser menos del cinco por ciento de la población total del país, enfrentan brechas

sociales y jurídicas con respecto a su aceptación como parte de la nacionalidad colombiana.

Aunado a ello, no existen entidades territoriales ni autoridades indígenas, como tampoco se han reivindicado de manera general sus civilizaciones y saberes, o su aceptación dentro de la sociedad política y jurídica colombiana, siendo satélites a los intereses centrales, cuando no olvidados. Sin embargo, es un mandato legal con fuerza constitucional, contenido en la Ley 21 de 1991, el que commina a tener en consideración el derecho propio indígena, por lo que es esencial avanzar en tal sentido. Quizá la pregunta por resolver, que aglutine lo antedicho, sea alrededor de la valoración de la prueba, por su centralidad en la toma de decisiones que se ajusten a modelos plurales, heterogéneos e incluyentes de país. Al respecto, a manera de propuesta, podemos trazar los siguientes caminos de acción:

- Dado que el sistema jurídico contemporáneo, integrado por normas positivas y jurisprudencia de orden local e internacional, así como por costumbres propias del derecho natural —este último sector jurídico evidente por su aceptación y uso en los pueblos indígenas—, permite la comprensión, interpretación y aplicación particulares soportadas en derechos humanos en todas las jurisdicciones, prevalidas de técnicas de interpretación declarativas y correctoras como la gramatical, sistemática y la analógica, entre otras, es coherente que se proponga en este estudio la idea de una alternativa procesal de tratamiento probatorio, con base en las codificaciones existentes al respecto y con sinergias propias de las formas de comprensión ancestrales desde el ámbito axiológico, pero con criterios racionales de ponderación. Para ello es necesario asumir el compromiso estatal en relación con la capacitación por parte de expertos en derecho probatorio con interacción sensible de la autodeterminación indígena, para lo cual serían actores importantes de intercambio y formación las autoridades indígenas. El Estado constitucional, multicultural y diverso debe ser armonizado y materializado, sin dejar desprotegido a quien como individuo y por comunidad recibe las decisiones de las autoridades indígenas.
- Es latente la necesidad de romper barreras epistemológicas para el saber jurídico, yendo más allá de lo interdisciplinar (diálogo), y encaminarse hacia lo transdisciplinar (la afectación). Por ello, es esencial en la labor de todo operador jurídico que éste no siga bajo los viejos esquemas

del positivismo jurídico y permita el ingreso de la interculturalidad probatoria a su praxis profesional.

- Se debe priorizar en la formación jurídica incluyente sobre los saberes propios de los pueblos indígenas, más allá de las tradicionales cátedras electivas o contextuales, hacia ejes de formación que promuevan otros enfoques para el derecho, contrahegemónicos, decoloniales y resistentes frente al antropocentrismo y eurocentrismo propios del pensamiento occidental.
- En esta vía de formación, sin duda, los derechos humanos universalmente reconocidos obligan a razonar sobre la necesidad de una codificación flexible en materia probatoria que sirva de instrumento de equilibrio al debido proceso en las prácticas costumbristas y ancestrales de los pueblos indígenas; sobre todo cuando sus propias autoridades resuelven conflictos de convivencia o desarmonía, pues, si bien la diversidad externa e interna reconocida en estos pueblos propicia la autonomía de forma horizontal y la validez de modelos jurídicos alternativos, se debe salvaguardar en todo caso el principio de humanización universal. Ésta quizá sea una tarea problemática, pues podríamos considerar como lógico y razonable que dentro de un debido proceso, se necesitan enfoques complejos y, ante todo, rupturas epistemológicas del derecho. ¿Hasta qué punto, la ingestión de plantas de poder (como el yagé, por ejemplo) puede considerarse como parte de un debido proceso en la toma de decisiones, cuando su tangibilidad queda reducida, desde la mirada externa, a la subjetividad del acto ritual?
- Dada la ausencia de voluntad política y jurídica para desarrollar legalmente los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y otras comunidades étnicas, es urgente ahondar en otros caminos de inclusión jurídica, en especial desde la investigación y la academia, como centros de formación de generaciones futuras de juristas que se desplieguen mentalmente más allá de los límites que su propia disciplina crea.
- A pesar de lo anterior, en el contexto de las políticas públicas que sirven de fundamento a los planes de desarrollo nacional, departamental y local, es recomendable persistir en el diseño de una ruta de compromisos interculturales para la sensibilización y capacitación desde la diversidad, articulada con la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y la Mesa Permanente de Concertación (MPC), sobre las alternativas

de administración de justicia y gobierno de la prueba, sin desmedro de la identidad, los idearios religiosos y las formas de comprensión del mundo.

- Los jueces y otros operadores jurídicos deben ser desafiados a diálogos académicos continuos dentro de su formación y actualización académica, en los que compartan, en igualdad de condiciones, experiencias con las autoridades propias de los pueblos indígenas.
- El jurista más conservador o tradicional debe tener la suficiente apertura mental para tolerar la existencia de lógicas jurídicas que no se relacionan con el pensamiento racional propio de los sistemas jurídicos occidentales. La tolerancia, si bien no le permitirá comprender o entender esas otras lógicas, al menos le permitirá considerarlas en la toma de decisiones.
- Aceptar que el proceso mental de la valoración de la prueba, tan racional y crítico como es su deber ser, puede convertirse en un acto afectivo, mítico o consuetudinario sin que pierda validez de cara a la toma de decisiones, si se admite que no existe una verdad universal que pueda ser impuesta más allá del discurso de los derechos humanos, más que como verdad absoluta, como herramienta de defensa frente a la opresión del poder, provenga de donde provenga.

V. REFERENCIAS

- Acosta, Alberto (2010). Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Reflexiones para la acción. *AFESE*, 54(54), 11-32. <http://www.revistaafese.org/ojsAfese/index.php/afese/article/view/433>
- Acosta, Alberto (2012). *Buen vivir: sumak kawsay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. Ediciones Abya-Yala.
- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arbeláez, Lucía (2004). *La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Jurisdicci%C3%B3n+Especial+Ind%C3%ADgena+-+Consejo+Superior+de+la+Judicatura.pdf/c83d6e15-80ac-4398-a834-a3c69a6013ff>
- Bastidas, E. M. (2009). *Entidades territoriales indígenas. Objecciones para su conformación y delimitación* (tesis de maestría en estudios políticos). Bogotá:

- Pontificia Universidad Javeriana, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/318>
- Benfeld, Johann (2013). Los orígenes del concepto de sana crítica. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXV, 569-585.
- Bermúdez, William y Morales, Juan Carlos (2012). Estado social de derecho: consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991. *Cuestiones Políticas*, 28(48), 51-77. <https://www.corteidh.or.cr/talblas/r30193.pdf>
- Botero-Bernal, Andrés (2015). El positivismo jurídico en la historia. En: *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 63-170), México: UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf>
- Canelo, Raúl (2016). Las pruebas. En C. Gómez y M. E. Briseño (coords.), *Nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 496-555). UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/27.pdf>
- Ceballos, F. (2016). El cabildo de indígenas, de la opresión colonial a la resistencia contemporánea. *Diálogo Andino*, 49, 329-339.
- Charfuelán, C. F., Ortega, A. C., Quiguantar, Y. V. y Taimal, J. L. (2021). *Mujeres pastos en la lucha por la recuperación de tierras: resguardos de Guachucal y Cumbal*. Centro Nacional de Memoria Histórica. <https://centredememorihistorica.gov.co/wp-content/uploads/2021/12/MujeresPastos.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 89 de 1890, por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada. Bogotá, 25 de noviembre de 1890. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornformativo/norma_pdf.php?i=4920
- Congreso de la República de Colombia. Ley 31 de 1967, por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes, adoptado por la Cuadragésima Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1957). Bogotá, *Diario Oficial*, 32.283, 1 de agosto de 1967.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989. *Diario Oficial*, 39.720, 6 de marzo de 1991.
- Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) y Organización Indígena de Colombia (ONIC). (2006). *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la j*

- risdición especial indígena 1980-2006.* Legis. <https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/lecciondefallos.pdf>
- Constitución Política de Colombia (1991). <http://www.secretariosenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998. (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 18 de septiembre de 1998).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-970 de 1999. (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, 2 de diciembre de 1999).
- Courtis, Christian (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (coord.), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Trotta.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (2019). *Población indígena de Colombia. Resultados del censo nacional de población y vivienda 2018.* <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-eticos/presentacion-grupos-eticos-2019.pdf>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (2021). Encuesta de Convivencia y Seguridad Ciudadana (ECSC). <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/seguridad-y-defensa/encuesta-de-convivencia-y-seguridad-ciudadana-ecsc>
- Ferrer Beltrán, J. (2007). La valoración racional de la prueba. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales. S. A.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2012). Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). En A. Zaldívar y E. Ferrer (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. T. I: Teoría general del derecho procesal constitucional* (pp. 529-657). Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://up-rid2.up.ac.pa:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2343/La%20Ciencia%20del%20Derecho%20Procesal%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Foucault, Michel (1980). *Microfísica del poder.* Ediciones de la Piqueta.
- Foucault, Michel (2001). *Defender la sociedad.* Fondo de Cultura Económica. <https://www.uv.mx/tipmal/files/2016/10/M-FOUCAULT-DEFENDER-LA-SOCIEDAD.pdf>
- Foucault, Michel (2003). *Vigilar y castigar,* Siglo XXI. <https://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>

- Gómez C., E. F. (2003). *Estancados en los cargos: autoridades tradicionales del resguardo indígena de Males-Nariño* (tesis de antropología). Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/15805/u239205.pdf?sequence=1>
- Gómez, Herinaldy (2014). *Caracterización de los sistemas jurídicos de los pueblos Indígenas de la región andina de Colombia*. Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/5977758/1.++Version+para+imprimir+Libro+Caracterizacion++sistemas+juridicos++13+-+de+2014.pdf/b6c519a8-72d2-4780-a297-3460834ead3e>
- Gómez, Herinaldy (2016). *Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político. Pueblos: Kogui, Arhuaco, Wiwa, Kankuamo, Nasa, Misak, Yanaconá y Camëntsá*. Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/0/LibroJusticiasIndigenas.pdf/e932af27-6ca8-462a-8f79-73cd14168426>
- Gómez, Léider (2010). El problema de la científicidad del derecho en la concepción de ciencia de la modernidad: una aproximación al investigar jurídico. *Revista Jurídica Piélagus*, 9, 43-57. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/613/1165>
- González, Nuria (2006). *Common law: especial referencia a los restatement of the law* en Estados Unidos. En N. González (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. II: *Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado* (pp. 373-407). UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10883>
- Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto (2011). La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 16(53), 71-83.
- Hernández, Roberto, Fernández, C. y Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6a. ed.). McGraw-Hill.
- Iannello, Pablo (2015). Pluralismo jurídico. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 767-790). UNAM.
- Jacob, Robert (2016). ¿Es el *common law* el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? Libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales. *Isonomía*, 44, 11-37.
- Kelsen, Hans (1982). *Teoría pura del derecho*. UNAM. https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/7570/mod_folder/content/0/Teor%C3%ADA%20pura%20del%20Derecho%20-%20Kelsen.pdf?forcedownload=1

- Lifante, Isabel (2015). Interpretación jurídica. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, (pp. 1349-1387). UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/17.pdf>
- Mamián, Dumer (2000). Rastros y rostros de un camino por andar. *Mopa Mopa*, 14, 75-88.
- Mamián, Dumer (2004). *Los pastos en la danza del tiempo, el espacio y el poder*. Pasto: Universidad de Nariño.
- Mamián, Dumer (2009). Pensamiento andino. “Por la senda de Juan Chiles”. *Mopa Mopa*, 19, 133-160. <https://revistas.udnar.edu.co/index.php/rmopa/article/view/5089/5837>
- Mamián, Dumer (2010). Urcunina: decisiones políticas y derechos culturales. *Mopa Mopa*, 20, 26-43.
- Marín, Juan Carlos y Trujillo, José (2016). El Estado Social de derecho: un paradigma aún por consolidar. *Revista Jurídica de Derecho*, 3(4), 53-70. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100005
- Mayorga, F. (2015). *Datos para la propiedad territorial indígena en el suroccidente colombiano*. ICANH.
- Mercado, David y Echeverría, Mario (2015). *La interpretación en el derecho: el lenguaje como constructor de la realidad jurídica*. Universidad Libre. <http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/libros/derecho/INTERPRETACIONDERECHO.pdf>
- Molina, Javier A. (2014). *Derechos de la naturaleza. Historia y tendencias actuales*. Universidad Externado de Colombia.
- Montero Aroca, Juan (2006). Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. *Revista Boliviana de Derecho*, 2, 87-133.
- Moreso, José Juan (2015). Positivismo jurídico contemporáneo. En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 1 (pp. 171-205), UNAM.
- Muelas, L. (2008). *La Constitución de 1991*. Cátedra Jorge Eliecer Gaitán, Naciones Indígenas en los Estados Contemporáneos. Universidad Nacional de Colombia.
- Nieva Fenoll, Jordi (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Organización Internacional del Trabajo (2010). *Aplicación del Convenio 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una compilación de casos*. Ginebra: OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_758297.pdf

- Ortiz, Carlos Alberto (2014). *Alcances y limitaciones de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el proceso penal colombiano*. Universidad de Medellín. https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4621/TG_EDPP_35.pdf?sequence=1
- Ovalle, José (1974). La teoría general de la prueba. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 93-94, 273-302. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/93/dtr/dtr13.pdf>
- Perugache, J. A. (2014). La disolución de los resguardos quisillangas del Valle de Atriz del suroccidente colombiano, 1940-1950. *Procesos Históricos. Revista de Historia y Ciencias Sociales*, 26(13), 140-157. <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/procesoshistoricos/article/view/9874>
- Perugache, J. A. (2020). *Voltar la tierra para despertar la vida: el resurgimiento de los pueblos del Valle de Atriz en el municipio de Pasto*. BUUniversidad Nacional de Colombia.
- Picó i Junoy, Joan (2007). *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo ‘iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam’ y su repercusión actual*. Bosch.
- Rivas, Francisco J. y Serrano, José A. (2015). Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica. *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*, 4(8). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5321048.pdf>
- Ruiz, Luis Bernardo (2006). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, 64(143), 182-206. <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4929/Elderechoalapruebacomoderechofundamental.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, t. II (pp. 761-779). Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Tamayo, Rolando (1986). *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*. México: UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9885>
- Taruffo, Michele (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, Michele (2019). El concepto de prueba en el derecho procesal. En D. A. Agudelo Mejía, L. D. Pabón Giraldo, L. O. Toro Garzón, M. M. Bustamante Rua y O. Vargas Vélez (coords.), *La prueba: teoría y práctica* (pp. 25-39). Universidad de Medellín.

- Urueña-Sánchez, Mario (2017). El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional. *International Law: Revista Colombiana de Derecho International*, 31, 193-220.
- Valencia, Diana C. (2020). Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos. *Revista Derecho del Estado*, 45, 121-154. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.05>
- Vasco, L. G. (2011). *Constitución de 1991: integración de las sociedades indígenas a la sociedad nacional colombiana. Etnicidad, desigualdad y diversidad: 20 años de la Constitución del 91*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Walsh, Catherine E. (2002). Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico. (ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena). Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uash.edu.ec/bitstream/10644/543/1/RAA-02-Walsh-Interculturalidad%20reformas%20constitucionales%20y%20pluralismo.pdf>
- Wolkmer, Antonio C. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. CENEJUS. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>
- Wolkmer, Antonio C. (2018). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho* (2a. ed.). Madrid: Dykinson, <http://repositorio.uash.edu.bo:8080/bitstream/54000/1333/1/Wolkmer-Pluralismo.pdf>