

ESTUDIO SOBRE CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN
ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

BERNARDO MEJÍA JARAMILLO

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA - ATLÁNTICO

2010

ESTUDIO SOBRE CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN
ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA A LA LUZ DE LA
JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

BERNARDO MEJÍA JARAMILLO

Proyecto de grado presentado como requisito para
optar al título de Abogado

Director:

Dr. Javier Ferreira Ospino

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA - ATLÁNTICO

2010

Nota de Aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, julio de 2010

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de grado a Dios nuestro Señor. Gracias a Él he podido cumplir este bello sueño.

A mis padres Norma y Fabio.

A mis abuelos Blanca, Camila, Bernardo y Fernando.

A mis hermanas Norma, Camila, Luz María y Yolanda.

A mis niñas Firula y Neno.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos:

Al Director del presente trabajo Javier Ferreira Ospino.

A los docentes de la Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo, TECNAR en Cartagena.

A los docentes de la Corporación Universitaria de la Costa, CUC de Barranquilla.

A las Doctoras Vera Judith Villa Guardiola y Liliana Guerrero.

A los Doctores Enrique De Valencia Vélez, Alfredo Peña Salom, Federico Bornacelli, Reginaldo del Campo, Enrique Ortiz Piñeres, Eduardo Franco Delgadillo, Guillermo Gómez Paz, Ismael Espitaleta, y Luis Fernando Mejía.

A mis amigos Lorenzo Tornberry, Jorge Hipólito Grisales, Jorge Nauffal Mejía, Felipe Gómez Jaramillo, Humberto Martínez, Consuelo Aguilar Mejía, Ramiro Pacheco, Alejandro Ramírez, Javier Locano, Luis Carlos Arenas, Luis Ignacio Buitrago, Ernesto Prada, y a todas aquellas personas que de una u otra manera colaboraron en mi formación.

...Se elevan voces, que gritan: “Nosotros siempre hemos estado aquí. No vinimos de ningún lado, no atravesamos ningún mar. Sira nos puso aquí y aquí es donde queremos morir” Este grito era válido en 1650 y lo sigue siendo aun hoy¹.

La Madre Tierra no se puede valorar, es incalculable. Nosotros no somos sus dueños, solo sus administradores. No hay autorización para negociar, si lo hacemos estaríamos violando la ley de Sira².

”Cada vez que golpeas la tierra, la tierra sangra”³.

¹ Acta de la “Audiencia U’wa por la vida” Cubará (Boyacá), 16 y 17 de agosto de 1996. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio .2001. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coímbra – CES, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Tomo II. Bogotá – Colombia. Pág. 6.

² SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Colciencias. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coímbra – CES. Universidad Nacional de Colombia. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Tomo II. 2001. Bogotá – Colombia. Pág. 133.

³ MEJÍA JARAMILLO, Fabio. Padre de Bernardo Mejía Jaramillo autor del Trabajo de Grado, ESTUDIO SOBRE CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA. CUC. 2010. BARRANQUILLA – COLOMBIA.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	15
1. ANTECEDENTES JURÍDICOS HISTÓRICOS DE LOS GRUPOS ÉTNICOS.	25
1.1. DE 1500 A 1990: LA INVISIBILIDAD CONSTITUCIONAL	25
1.1.1. Los años de Dominación Hispánica	25
1.1.2. Los primeros años de la República	25
1.1.3. La Ley 89 de 1890	26
1.2. SITUACIÓN DE LAS JUSTICIAS INDÍGENAS ANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991	29
1.3. DEBATES EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE COLOMBIANA	30
1.4. DE 1991 A 1997: EL PERÍODO DE LA HIPERSIBILIDAD DE LO INDÍGENA	31
1.5. EL DERECHO COMO ESPEJO DE LAS RELACIONES INTERÉTNICAS A TRAVÉS DE LA HISTORIA	32
1.6. LOS CENSOS INDÍGENAS Y CONSTITUCIÓN DE RESGUARDOS	36
1.7. EL CARIBE COLOMBIANO	38
1.8. ESTRUCTURA ORGÁNICA ADMINISTRATIVA DEL CABILDO INDÍGENA MOKANÁ MAYOR DE TUBARÁ	38
1.9. LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS	39
1.10. SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	40
1.11. PROBLEMAS ACTUALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	43
1.12. EL CONFLICTO ARMADO EN LAS ZONAS INDÍGENAS	44

1.13.	NORMATIVIDAD INDÍGENA Y EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	47
1.13.1.	Normatividad Indígena Constitucional	47
1.13.2.	Normatividad Indígena Internacional	50
1.13.3.	Normatividad Indígena Legislativa	53
1.14.	AVANCES EN LA COORDINACIÓN ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA	54
1.15.	EL TRABAJO DEL CONGRESO Y LA RAMA JUDICIAL	56
1.15.1.	La Rama Judicial	56
1.15.2.	El trabajo del Congreso	57
1.16.	LA FIGURA DE LA CONSULTA	58
1.17.	DERECHOS FUNDAMENTALES INDÍGENAS PROTEGIDOS	60
1.18.	JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA	62
1.18.1	Jurisdicción	62
1.18.2	Competencia	63
1.19.	CONCEPTOS Y DEFINICIONES	65
2.	TERRITORIOS, RESGUARDOS Y AUTORIDADES INDÍGENAS	67
2.1.	TERRITORIO	67
2.1.1.	Territorio para la Comunidad Arahúaca	68
2.1.2.	Entidades Territoriales	70
2.2.	RESGUARDOS	72
2.2.1.	El Resguardo, una forma de tenencia territorial entre los Indígenas colombianos.	72
2.2.2.	Los Resguardos son ámbito territorial	74
2.3.	AUTORIDADES INDÍGENAS	76
2.3.1.	Clases de Autoridades Indígenas	76
2.3.2.	Autoridades Indígenas que resuelven conflictos	77
2.3.3.	El Cabildo	78

2.4.	ESTRUCTURA DEL PODER JUDICIAL	82
3.	LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA	84
3.1.	DIMENSIONES DEL DERECHO A LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	84
3.2.	ELEMENTOS CENTRALES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	86
3.2.1.	Autonomía Indígena	87
3.3.	LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD	89
3.4.	LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO FUERO ESPECIAL	91
3.4.1.	Concepto de Fuero Indígena	91
3.4.2.	Factores del Fuero Indígena	93
3.5.	ELEMENTOS DEL FUERO INDÍGENA	93
4.	REGLAS, PENAS, SANCIONES, NORMAS Y USOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	99
4.1.	LÍMITES EN CUANTO A SANCIONES	99
4.2.	ALGUNAS COSTUMBRES DE COMUNIDADES INDÍGENAS	100
4.2.1.	Para los Paeces	100
4.2.2.	Para los Wayúu	104
4.2.3.	Para los Embera – Chamí	105
4.3.	FORMA COMO LOS INDÍGENAS APLICAN JUSTICIA	108
4.3.1.	Eficiencia contra la impunidad	109
4.3.2.	Límites a los castigos	110
4.3.3.	Otra instancia	111
4.3.4.	Críticas a Penas y Sanciones	112
4.4.	LA POSICIÓN DE LOS INDÍGENAS	113
5.	CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA	115
5.1.	EVENTOS DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA	115
5.2.	FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDIGENA	116

5.3.	AUSENCIA DE LEY DE COORDINACIÓN	117
5.4.	CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y LA ORDINARIA DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	118
5.4.1.	Sentencia T- 428 de 1992	118
5.4.2.	Sentencia T – 405 de 1993	120
5.4.3.	Sentencia T – 254 de 1994	123
5.4.4.	Sentencia C – 139 de 1996	125
5.4.5.	Sentencia T – 349 de 1996	126
5.4.6.	Sentencia T – 496 de 1996	127
5.4.7.	Sentencia SU- 039 de 1997	130
5.4.8.	Sentencia T – 523 de 1997	133
5.5.	VÍA DE HECHO JUDICIAL POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES INDÍGENAS	133
5.6.	REGLAS DE COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO Y LAS JUSTICIAS INDÍGENAS	135
5.7.	SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO	136
6.	CONCLUSIONES	139
	BIBLIOGRAFÍA	146
	ANEXOS	155

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO A: Organización Internacional Del Trabajo. Conferencia General de la. Artículos 8,9 y 10.	156
ANEXO B: Conceptos y definiciones. Jesús Enrique Piñacué Achicue. Proyecto de ley Estatutaria presentado al Congreso de la República de Colombia.	158
ANEXO C: Conceptos y definiciones. Decreto reglamentario 2164 del 7 de diciembre del año 1995.	159
ANEXO D: Cuadro de la Estructura del Poder Judicial	161
ANEXO E: Elementos centrales de la jurisdicción indígena de acuerdo con la Sentencia T-254/94, Sentencia T-552/2003 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.	162
ANEXO F: Sentencia T-254 DE 1994.Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Jurisdicción Indígena. Régimen Unitario y Autonomía Indígena.	163
ANEXO G: Sentencia T-945 del año 2007.Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Jurisdicción Indígena. Configuración del Factor Personal y Territorial. Fuero Indígena. Condiciones de procedibilidad. Problema Jurídico	165
ANEXO H: Sentencia T-523 de 1997.Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. El Caso Concreto. La Tradición de la Comunidad Páez. Legalidad de las Penas. El fute y el destierro. Figura del fute no constituye tortura ni pena.	166
ANEXO I: Fotos de Jueces indígenas que dan ejemplo en Colombia	168
ANEXO J: Sentencia T-728 del año 2002.Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Jurisdicción Indígena. Competencia.	169

ANEXO K:	Sentencia T-567/98. Doctrina Constitucional Sobre Vía De Hecho. Clases de defectos en la actuación	170
ANEXO L:	Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. La jurisdicción especial indígena. En cuanto hace relación al ejercicio de esta jurisdicción	171

RESUMEN

PALABRAS CLAVES: Indígena, conflicto de competencias, jurisdicción especial indígena, autoridades indígenas, operador judicial, comunidades indígenas, fuero especial indígena, cepo, fueite, destierro, resguardo, cabildo, consulta indígena.

Al funcionar en Colombia paralelamente dos sistemas de justicia, la jurisdicción ordinaria y la especial indígena, es posible que se presenten conflictos de competencias entre ambas. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete judicial en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto determinadas por la jurisprudencia nacional.

La jurisdicción especial indígena faculta a las autoridades indígenas a administrar justicia en todas las ramas del derecho, de acuerdo a los usos, costumbres, normas y procedimientos que cada comunidad indígena posee.

El objetivo principal de esta investigación es analizar el conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta la jurisprudencia y la doctrina nacional.

Los objetivos secundarios son: conocer los límites que tiene la jurisdicción especial indígena, difundir su conocimiento a todos los niveles de la sociedad, e identificar el interés que prevalece entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria al presentarse un conflicto de competencias entre ambas.

En la presente investigación se utilizó el método cualitativo-descriptivo.

Para que proceda la jurisdicción indígena se requiere que exista una autoridad tradicional con vocación para ejercerla, que el sindicado sea miembro activo de una comunidad indígena, y se comporte según sus usos y costumbres ancestrales.

El operador judicial, debe valorar el grado de aculturamiento del indígena sindicado de un acto ilícito, para que se le aplique o no el fuero especial indígena y sea juzgado por sus propias autoridades judiciales.

INTRODUCCIÓN

En muchas regiones americanas existen personas con rasgos y facciones indígenas, muy seguramente sus antepasados pertenecieron a un grupo indígena, algunos de ellos todavía conservan sus usos y costumbres.

En Colombia hay personas que tienen el fenotipo de raza blanca, pero al hacerse un examen de ADN para determinar de dónde provienen sus genes, el resultado puede determinar que son indígenas, aunque su fenotipo aparentemente sea europeo. Por lo tanto, la gran mayoría de la población Colombiana no tiene claro a cuál grupo biológico es al que pertenece; algunas veces se ha dicho que los latinos son una raza cósmica, o sea, que tienen genes de casi todas las razas.

Colombia es un país de múltiples grupos y etnias, los cuales desde la llegada de los conquistadores españoles han tenido que interactuar constantemente con otras culturas para poder mantenerse y no desaparecer a lo largo de su historia.

Los indígenas han interactuado constantemente con el resto de la población. Pretender pensar que en la geografía Colombiana existan indígenas que no se relacionen con los demás miembros de la sociedad es prácticamente una quimera, es por eso que en la actualidad las comunidades indígenas Colombianas son miembros activos de la sociedad, no son ajenos al desarrollo

de la economía nacional, y para poder sobrevivir requieren establecer múltiples relaciones con el resto de la población Colombiana.

Por eso para Boaventura de Sousa Santos, “cada cultura tiene su propio derecho y son más de 80 las etnias que existen en Colombia, estos sistemas han recibido a lo largo de cinco siglos muchos elementos del derecho occidental y del africano. Solo las comunidades más cohesionadas y las más alejadas del Estado lograron mantener su derecho”⁴.

Los indígenas en innumerables oportunidades se involucran con los miembros del resto de la sociedad, ocasionándose eventualmente choques interculturales que podrían desembocar en un conflicto jurídico de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria.

Constantemente los indígenas se ven inmersos en muchos problemas lejos del ámbito de competencia de su comunidad indígena. Estos problemas pueden derivarse de conductas o comportamientos que los indígenas realizan fuera de los límites geográficos de su resguardo, estas conductas en algunas ocasiones son catalogadas en la legislación colombiana como delitos.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Colciencias. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coímbra – CES. Universidad Nacional de Colombia. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Tomo II. 2001. Bogotá – Colombia. Pág. 70.

Hay una gran ignorancia en algunos de los miembros de la fuerza pública y funcionarios judiciales acerca de los derechos que tienen las comunidades indígenas; en determinar el órgano competente para dirimir los conflictos que se susciten con los miembros de estas comunidades y la forma de solucionarlos.

Es así como la Sentencia T-728/02 se refiere a los casos en que un miembro de una comunidad indígena comete un delito fuera de su territorio:

La jurisprudencia constitucional exige, para que se reconozca el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena, que se tenga en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos⁵.

Hasta la fecha en Colombia no hay una ley que regule los asuntos en materia de derecho penal indígena, que señale ¿cuáles son los requisitos que debe seguir el intérprete judicial?, ¿cuáles son los asuntos que regula la justicia indígena? y ¿cuál es su jurisdicción y cómo opera?

Sólo la Corte Constitucional a través de acciones de tutela y las acciones de inconstitucionalidad, ha establecido los requisitos que debe tener en cuenta el operador judicial cuando se le presente un miembro de la comunidad indígena como sujeto procesal en su despacho.

⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-728 del año 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

El Congreso Colombiano se ha demorado y se ha quedado corto al no expedir leyes en las cuales se consagre y desarrollen los principios y normas constitucionales sobre la pluralidad y diversidad indígena, debiendo ser la Corte Constitucional la que se pronuncie sobre estos temas.

Por eso a través de la acción de tutela y de la acción de inconstitucionalidad, la rama judicial ha sido la rama del poder público que ha tomado la delantera, en la determinación de las reglas y pautas a seguir en la aplicación y reconocimiento de los principios de diversidad y pluralidad indígena.

La tendencia actual en el mundo es el respeto a la pluralidad, el rescate y la preservación de las etnias, los valores culturales, y el reconocimiento a las minorías. Es por eso que la Constitución Política colombiana consagró en sus artículos 63, 171, 176, 246, 287, 329 y 330 la protección a la diversidad y pluralidad indígena. Sin embargo, en Colombia no hay una legislación amplia que desarrolle a cabalidad los derechos de las comunidades indígenas. Por eso, la labor de la Corte Constitucional ha sido de vital importancia en la preservación de las culturas, valores y costumbres de todas las etnias.

Por eso según Jesael Antonio Giraldo Castaño “desde finales de la década de los sesenta del siglo XX, los Estados Latinoamericanos han venido experimentando un intenso proceso de reconocimiento de derechos a sus minorías, a través de la reforma de sus respectivas Constituciones, proceso que ha estado a tono con la

elaboración de instrumentos de Derecho Internacional por medio de los cuales los Estados han asumido obligaciones relativas a la protección de estos grupos humanos”⁶.

Las normas imperativas de carácter superior en Colombia deben respetar el uso del derecho consuetudinario indígena, llamado también derecho tradicional, costumbre o simplemente derecho indígena, teniendo en cuenta que este derecho consuetudinario, a diferencia del positivo, opera sin la intervención del Estado.

Las normas del derecho positivo emanan de una autoridad política constituida y son ejecutadas por los órganos del Estado. El derecho indígena a su vez está constituido por un conjunto de valores, principios, prácticas, instituciones, usos, costumbres y normas, que cada comunidad indígena ha considerado obligatorio y legítimo para sus miembros; lo cual les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar y garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno de su comunidad indígena.

⁶ GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. AVANCES EN LA COORDINACIÓN ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGA. Documento disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M1taJMgfzcJ:www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/Intervencion%2520Dr%2520Giraldo.doc+avances+en+la+cordinaci%C3%B3n+entr+el+sistema+judicial+nacional+y+la+jurisdicci%C3%B3n+especial+ind%C3%ADgena&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-a. Consultado 31 de mayo del año 2010, a las 7:36 A.M.

Es por eso que para Boaventura de Sousa “muchos de los derechos indígenas que existen en la actualidad son sistemas incompletos, ya que no se ocupan en la totalidad de los conflictos que surgen al interior de la respectiva comunidad. Conductas como el homicidio, la violación e incluso las disputas mas graves en torno a la adjudicación de tierras dentro de un resguardo, son con frecuencia remitidas a la jurisdicción ordinaria”⁷.

Es admirable que la justicia indígena haya podido mantenerse a través de los 500 años de la conquista Española en América. El que todavía subsista en algún grado una cultura indígena, con una normatividad y autoridades propias es prácticamente un milagro, ante toda la invasión, y masacres que estos grupos sufrieron a través de su historia.

En Colombia la gran mayoría de las comunidades indígenas han sufrido invasión a su cultura, haciendo que ésta se debilite y pueda en algún momento llegar a desaparecer, al igual como han desaparecido innumerables culturas en la humanidad. Por eso, es tan importante proteger su cultura, rescatar sus valores y hacer campañas para la protección de la diversidad pluricultural, pues es con las comunidades indígenas que existe una verdadera identidad en las raíces.

La población indígena ha disminuido considerablemente, por ende para Raúl Arango, y Enrique Sánchez, “al momento del llamado descubrimiento la población

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS. Op. cit. Pág. 71.

indígena de lo que hoy es Colombia se calcula en diez millones de personas”⁸. Hoy sólo queda en Colombia alrededor de un millón de indígenas. Esto demuestra el abandono y aislamiento al que han sido sometidos a través de la historia.

Por consiguiente la Sentencia T-496 de 1996, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz determinó que:

Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia⁹.

En el territorio Colombiano conviven la Jurisdicción Ordinaria con la Jurisdicción Especial Indígena, pudiéndose presentar conflictos entre ellas. Surgiendo muchas veces la duda sobre ¿cuál es el juez o la autoridad competente para atender determinado asunto? Es así que el juez debe analizar las características del sujeto involucrado en un determinado proceso y el sitio donde acontecieron los hechos, para determinar su competencia. Varias soluciones pueden ocurrir dependiendo si la acción típica es cometida por los miembros de la comunidad dentro o fuera de su territorio.

⁸ ARANGO, Raúl y SANCHEZ, Enrique. Los pueblos indígenas de Colombia 1997. Primera Edición. TM Editores en coedición con el Departamento Nacional de Planeación. Julio de 1998. Bogotá – Colombia. Pág. 24. Citado por: ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía, presidenta del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA Y LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN CON EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL. Pág. 12. Documento disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf>. Consultado, el 01 de Junio del año 2010 a las ,10:09 A.M.

⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Es así como el Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra en la sentencia T-344 de 1998 señaló que:

La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad¹⁰.

Por otra parte hay que recalcar que el presente tema de investigación es importante debido a que existen pocas investigaciones referentes al tema tratado. Muy pocos autores han escrito acerca de este tema y sólo la Corte Constitucional es la que más profundiza a través de sus sentencias.

Por eso es tan importante en la presente investigación resaltar, cuáles son las sentencias de la Corte Constitucional y las opiniones de algunos de los doctrinantes del derecho en la defensa de las Comunidades Indígenas, para que se respeten sus derechos.

En este trabajo se traza como objetivo general analizar el conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, teniendo en

¹⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-344/98. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

cuenta la jurisprudencia y la doctrina nacional, todo ello dentro del marco legal que establece la Constitución Colombiana.

En esta investigación se trata de resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿En qué consiste el conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria a la luz de la jurisprudencia y la doctrina nacional?

¿Al presentarse un conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, cual es el interés que prevalece, el interés nacional sobre el indígena o viceversa?

¿Qué requisitos necesita un indígena para tener derecho a que se le reconozca el fuero especial y sea juzgado por la jurisdicción especial indígena?

En esta investigación se plantea la hipótesis de un indígena que infrinja o viole la ley fuera de su territorio, debe ser juzgado por la jurisdicción especial indígena y no por la jurisdicción ordinaria, respetando su fuero indígena; en la cual tal juzgamiento debe estar acorde con el grado de pureza étnica del individuo, fundamentado en los usos, costumbres, normas y autoridades indígenas, que le son propias.

La presente investigación es eminentemente de tipo cualitativo -descriptivo, ya que consiste en la caracterización sobre los Conflictos de Competencia entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, a la luz de la Jurisprudencia y la doctrina. En el estudio se describen los aspectos esenciales de ambas jurisdicciones, una a la luz de la doctrina y la otra según la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional.

Debido a la naturaleza de esta investigación, la obtención de la información se basó en la utilización de fuentes de tipo secundaria a través de bibliografías relacionadas con el tema propuesto (libros, sentencias, códigos, leyes, tratados internacionales, revistas, memorias e Internet).

La población referencial u objeto de investigación, se constituyó por los indígenas localizados en el territorio nacional.

Este trabajo en su desarrollo teórico comprende aspectos básicos del tema como lo son: Los antecedentes jurídicos históricos de los grupos étnicos, territorios, resguardos y autoridades indígenas, la jurisdicción especial indígena, reglas, penas, sanciones y costumbres de las comunidades indígenas, y en especial los conflictos que se suscitan entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria.

Al final del estudio se establecen las conclusiones importantes que se derivan del desarrollo de la presente investigación.

1. ANTECEDENTES JURÍDICOS HISTÓRICOS DE LOS GRUPOS ÉTNICOS

1.1. DE 1500 A 1990: LA INVISIBILIDAD CONSTITUCIONAL

1.1.1. Los años de Dominación Hispánica

La conquista española en América se dio a sangre y fuego, y en los pocos lugares en donde los conquistadores encontraron resistencia por parte de los indígenas, fue la iglesia la que se encargó de acabarlos de someter.

Según el precitado autor Boaventura de Sousa:

La corona creó una serie de instituciones especiales para los indígenas, con el fin de regular su trabajo, protegerlos de los abusos y facilitar su conversión al cristianismo. Estas fueron la encomienda, la mita y el resguardo. Las dos primeras demostraron ser un éxito para reducir la población indígena; a través de ellas, se entregaba un grupo de personas al cuidado de una autoridad civil, quien podía exigirles determinados trabajos y trasladarlos de un lugar a otro. La tercera apareció a finales del siglo XVI, y consistía en el reconocimiento por parte del Estado de porciones de tierra a las comunidades en calidad de propiedad colectiva (que no podía ser enajenada), para que permaneciera allí bajo el cuidado de autoridades eclesiásticas y civiles. En contraprestación, las comunidades quedaban obligadas a pagar tributo y a aportar mano de obra en beneficio del sistema económico y del mismo Estado. Esta última institución constituyó la máxima expresión de la política de sometimiento de España sobre las tierras americanas¹¹.

1.1.2. Los primeros años de la República

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS. Op. cit. Pág. 13

El libertador Simón Bolívar en la Carta de Jamaica dirigida en 1.815 a un súbdito inglés, reconoce que a los americanos se les ha desconocido el derecho a tener una identidad propia por eso dice así: “no somos indios ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles...”¹².

A América llegaron pobladores de todas las regiones del mundo en busca de esperanza y de un futuro mejor, el sueño americano se dio en todo el continente. Los pobladores de lo que hoy es Colombia son una mezcla de múltiples razas que han convergido través de la historia, hasta la misma raza española ya venía mezclada por las múltiples invasiones que sufrieron en el continente europeo, no hay que olvidar que una de ellas fue la incursión e invasión de los árabes por más de siete siglos a la Península Ibérica.

1.1.3. La Ley 89 de 1890

Para Boaventura de Sousa:

La Victoria de los conservadores, en 1884, y el ascenso al poder de Rafael Núñez, trajo consigo la adopción del segundo de estos esquemas para las relaciones entre el Estado y los indígenas. Esquema que fue plasmado en la Ley 89 de 1890, la cual rigió durante más de 100 años las relaciones entre el Estado y las comunidades indígenas. Esta norma fue expedida con el propósito de que su vigencia fuera temporal, pues pretendía crear un régimen de transición que permitiera la asimilación de los indígenas a la civilización en un

¹² TRIANA ANTORVEZA, Eduardo. Estado-nación y minorías étnicas, en Grupos Étnicos, derecho y cultura, 1987. Funcol. Bogotá D.C. Págs.107, 112 y 113. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS. Op. cit. Pág. 14

periodo de 50 años. Rescataba la figura del resguardo y clasificaba a los indígenas en tres categorías: los “salvajes”, que debían ser reducidos por medio de la acción de los misioneros católicos; los “semisalvajes”, aquellos que por medio de misiones se encontraran en proceso de civilización: para ellos debía dictarse un régimen especial concertado entre el gobierno y las autoridades eclesiásticas, y los “civilizados”, quienes estaban sujetos a las disposiciones de la Ley 89¹³.

Aquí se nota claramente el dominio de la iglesia católica en el Estado Colombiano de la época, la iglesia católica en su afán de imponer la religión católica tomo una de las medidas más crueles e infames de la historia como fue la Inquisición, a la cual no estuvieron ajenos a los pobladores indígenas. Entre las continuas masacres y persecuciones de los conquistadores, y la imposición de la nueva religión a los indígenas se fue perdiendo la cultura y los valores amerindios encontrados en el descubrimiento de América.

Prosiguiendo con Boaventura de Sousa “la Ley 89, pese a su concepción etnocentrista y de ser en esencia discriminatoria, garantizó a los indígenas la posibilidad de mantener sus resguardos, lo que permitió, al menos para las comunidades andinas, la preservación de su identidad.”¹⁴. Para la época de la Ley 89 de 1890 se les permitía a las comunidades indígenas a estar representadas mediante los Cabildos.

Hubo algunos caciques indígenas que protestaron y se rebelaron contra sus opresores, reclamaban sus derechos contra la invasión de las tierras de los

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS. Op. cit. Pág. 16

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 17

indígenas por parte de los españoles. Estos indígenas instauraron pleitos y dirigieron memoriales a la corona española para que se defendieran sus derechos.

Por consiguiente, para Boaventura de Sousa:

En ocasiones estas actuaciones surtieron efecto, a pesar de ello, la balanza se inclinó a favor de los blancos. En el siglo XVIII se consideró que los grupos aborígenes poseían tierras de una calidad excepcional, que no se justificaba dado el reducido número de sus integrantes. De esta manera se procedió a disolver buena parte de los resguardos, en particular los ubicados en la sabana de Bogotá; las tierras fueron rematadas, pasando a manos de terratenientes criollos quienes las arrendaron a los mestizos¹⁵.

Desde la llegada de los Conquistadores a América, se vivió una sed insaciable por las riquezas de los recursos naturales. No solamente el oro atraía al colonizador, también el arraigo por la tierra movía constantemente a un sinnúmero de arrieros y hacheros a descuajar montaña, llevándose consigo todo lo que estaba a su alcance; sin importar si era montaña, madera, animales o vidas humanas.

En aquella época, los criollos iban colonizando las mejores tierras laborables de Colombia. Lo cual ocurrió como dice el bambuco del poeta pereirano Luis Carlos González Mejía en su poema “La Ruana” de la siguiente manera: “La capa del viejo hidalgo, se rompe para hacer ruana, y cuatro rayas confunden el castillo y la cabaña, es fundadora de pueblos, con el tiple y con el hacha, y con el perro andariego que se trago las montañas...”.

¹⁵ Ibíd. Pág. 14.

Por lo cual, para Boaventura de Sousa:

Ante la ofensiva de los colonos y terratenientes, los indígenas de los Andes no permanecieron sumisos. Lucharon porque se respetaran los derechos que la Ley 89 les había reconocido. Algunos, como el nasa Manuel Quintín Lame, se levantaron enfrentándose a los blancos. Otros lucharon en el campo legal, empleando las leyes de los blancos. Por el contrario las comunidades de la selva y del llano, dado su aislamiento, fueron más vulnerables a la penetración blanca. Desconocidos y temidos, los indígenas de la Orinoquia y la Amazonia sufrieron la invasión de sus tierras por parte de campesinos andinos que huían de la violencia¹⁶.

En las últimas décadas se ha presentado el fenómeno inverso, son los indígenas y los campesinos los que huyen de la violencia hacia las ciudades más cercanas, alejándose de los grupos violentos, engrosando el número de desempleados y de miserables en las ciudades de Colombia.

1.2. SITUACIÓN DE LAS JUSTICIAS INDÍGENAS ANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

Prosiguiendo con el estudio que hace Boaventura de Sousa:

La Ley 95 de 1936 (El Código Penal de 1936) establecía que la ley penal se aplicaba a todos los habitantes del territorio nacional que la infringieran, salvo las excepciones reconocidas por el derecho internacional. Excepciones entre las que se encontraban los indígenas. Los jueces al enfrentarse a casos en los que la conducta de los indígenas escapaba a su lógica optaron por declararlos inimputables, es decir ubicaron a los indígenas en la misma categoría de los retardados mentales, los niños y los dementes¹⁷.

De esta manera al considerarse a los indígenas como inimputables, la justicia ordinaria los catalogaba como incapaces de conocer los hechos ilícitos, y quedaban por lo tanto en libertad. Por eso, en algunas ocasiones se generaban

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 17

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS. *Op. cit.* Pág. 65

venganzas entre las familias, que al no ver que se resolviera por parte de sus autoridades los problemas de violencia, acudían ellos mismos a venganzas personales, que muchas veces terminaban prácticamente en derramamiento de sangre y en guerras al interior de la comunidad; pues para las leyes y la jurisprudencia indígena existente antes de la Carta de 1.991, el juzgar a los indígenas era prácticamente imposible, pues se habían convertido prácticamente en intocables.

De ahí la importancia de la inclusión por parte de la Constitución del año 1.991 de la jurisdicción especial indígena, y de la aplicación que la Corte Constitucional le ha dado a través de sus diferentes sentencias; porque al no ser juzgados los miembros de las comunidades indígenas, y no recibir castigo alguno, hacia que surgieran venganzas personales por parte de los ofendidos, y se crearan odios al interior y al exterior de la comunidad, haciendo muy difícil la consecución de la armonía en las comunidades indígenas.

1.3. DEBATES EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE COLOMBIANA

Por otra parte para Boaventura de Sousa”, el tema de la jurisdicción indígena fue estudiado en la Asamblea Nacional Constituyente; desde un comienzo se planteó el dilema entre crear una jurisdicción especial para los indígenas, o reconocer los procedimientos y autoridades que tradicionalmente han tenido. Se optó por la segunda posibilidad, el reconocimiento de una realidad preexistente. Las dos

propuestas coincidían en establecer como limite a sus autoridades el respeto a los Derechos Humanos”¹⁸.

Prácticamente la Asamblea Nacional Constituyente no tuvo que crear la jurisdicción indígena, simplemente aceptó el hecho de la existencia de esta jurisdicción en Colombia, creando las bases jurídicas para que se respetaran sus derechos.

La consagración de los derechos a favor de las minorías étnicas, y en especial la pluralidad y diversidad indígena, se dio en la Carta Política del año 1.991; los cuales tomaron vida a través de la acción de tutela, pues gracias a ésta se ha podido desarrollar y defender de una manera real los derechos de las minorías en Colombia.

1.4. DE 1991 A 1997: EL PERÍODO DE LA HIPERVISIBILIDAD DE LO INDÍGENA

Muchos años tuvieron que pasar para que se hiciera un reconocimiento a las minorías étnicas en Colombia. El tema indígena era algo exótico, no se le había dado la connotación que merecía en el ordenamiento jurídico. Los indígenas saltaron a la luz pública, pasaron a ser protagonistas vivos de la historia nacional a partir del año 1991, y se escribió mucha literatura reconociéndole sus derechos;

¹⁸ *Ibíd.* Págs. 68 y 69

desde entonces ha habido muchas sentencias que han desarrollado los artículos constitucionales que consagran la diversidad cultural y la pluralidad indígena en Colombia.

La Asamblea Nacional Constituyente del año 1991 tuvo participación de la mayoría de los estamentos de la sociedad Colombiana, los miembros de las comunidades indígenas jugaron un papel vital importante en esta corporación, y promovieron el reconocimiento jurídico que se hizo a las comunidades indígenas.

La Asamblea Constituyente logró que las comunidades indígenas tuvieran representación permanente en el Congreso de la República; a partir de ahí ha sido muy importante la labor que han desempeñado los representantes de los grupos indígenas, para que defiendan y hagan respetar los derechos de sus comunidades, los cuales han jugado un papel muy importante y decisivo en la defensa de las minorías y la diversidad cultural colombiana.

1.5. EL DERECHO COMO ESPEJO DE LAS RELACIONES INTERÉTNICAS A TRAVÉS DE LA HISTORIA

A la llegada de los conquistadores a Colombia habían unos diez millones de indígenas, hoy quedan algo más de un millón de individuos, lo cual demuestra la grave disminución de la población indígena, mientras el resto de la población ha

ido creciendo en forma vertiginosa, hasta alcanzar más de cuarenta millones de individuos.

Se deben prender las alarmas por el eminente peligro en que se encuentra la existencia de las comunidades indígenas, siendo un deber imperativo del Estado la defensa de los grupos indígenas, y la preservación de su etnia y cultura.

La mayor parte de los pueblos indígenas que se resistieron a las invasiones españolas perecieron en la lucha, como ocurrió con las tribus de los valientes Caribes, que se le enfrentaron a los españoles, sin contar con el poderío militar y las tácticas de guerra que estos traían. ¡Fueron unos valientes!, armados con lanzas, arcos y flechas enfrentar semejante fuerza militar, la derrota estaba anunciada.

La sociedad dominante poco a poco fue imponiendo su dominio, desplazando a los indígenas a los rincones más inhóspitos de la geografía nacional, otros fueron totalmente aculturizados por los europeos, como el caso de los muisca, cometiéndose todo tipo de oprobios a sus integrantes, quitándoles sus bienes, sus tierras, y hasta sus mujeres.

La codicia de los españoles era desmedida, prácticamente lo que ocurrió con la conquista de América fue uno de los peores genocidios y crímenes que ha padecido la humanidad entera. Da tristeza ver como desaparecieron culturas

milenarias, y con ella su ciencia, sus valores culturales y todo cuanto poseían. Por eso, el precitado autor Boaventura de Sousa señala que “el hombre blanco había llegado para quedarse a través de 500 años de historia, hasta que el encuentro entre los dos mundos se hiciera inevitable”¹⁹.

Actualmente los indígenas habitan diferentes zonas del país, se mueven en diferentes ecosistemas de la geografía nacional, sus miembros se dedican a labores de recolección en la sabana y desierto, a la caza, pesca y agricultura.

De acuerdo con Raúl Arango y Enrique Sánchez “la región de la Orinoquia tiene la mayor diversidad, mientras la región occidental tiene la mayor población. Los Wayúu son el pueblo indígena más numeroso. Los departamentos que tienen mayor población indígena son en su orden: Cauca, Guajira y Nariño”²⁰.

Las imposiciones occidentales lograron calar en las sociedades indígenas modificándoles sus vidas. Los indígenas de hoy son pueblos dinámicos e interrelacionados, les ha tocado involucrarse con el hombre blanco para poder subsistir.

Es necesario saber según señala Ester Sánchez Botero que:

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa Op. cit. Pág. 6

²⁰ ARANGO, Raúl y SANCHEZ, Enrique. Los pueblos indígenas de Colombia 1997. Primera Edición. TM Editores en coedición con el Departamento Nacional de Planeación. Julio de 1998. Bogotá – Colombia. Pág. 19.

Viven en Colombia 81 pueblos indígenas asentados en 27 de los 32 departamentos actuales, en cerca de 190 municipios y en todas las fronteras nacionales. Hablantes de 64 lenguas, cuentan con población que van desde doscientas hasta trescientas mil personas como sucede en la Amazonia y en la Guajira respectivamente. Poseen características socio-culturales que incluyen actividades económicas entre las que se encuentran la horticultura, la caza y la recolección, la pesca, la agricultura, el pastoreo y la ganadería, combinados muchas veces con comercio y trabajo asalariado estacional. Estos pueblos definen sistemas sociales a partir de esquemas de reciprocidad y redistribución, principios antagónicos al sistema de acumulación que rige en la sociedad nacional. En ellos es diferente también la noción de trabajo, el cual está ligado a las actividades reproductivas, simbólicas, mitológicas y rituales²¹.

Los usos y las costumbres indígenas han sido transmitidos de manera oral a través de sus generaciones. Las penas y sanciones que los indígenas aplican son concebidas para contrarrestar la fuerza de la naturaleza y poderes sobrenaturales. Es por eso que los indígenas realizan ritos y liberaciones; dichos ritos para la cultura occidental es considerada superstición o magia, pero entre aquellos este tipo de liberaciones es la mejor manera de devolver la persona a su estado natural.

Por otra parte para Boaventura de Sousa “La historia de la regulación de las relaciones interétnicas puede dividirse en dos grandes bloques: antes y después de la Constitución de 1991. En el primero los indígenas eran prácticamente invisibles, la legislación que se ocupaba de ellos era la marginal y se interesaba sólo en aspectos puntuales de la relación entre la sociedad mayor, el Estado, y las comunidades indígenas”²².

²¹ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. APROXIMACIÓN DESDE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. En: SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS. Op. cit, Págs. 159 y 160.

²² SANTOS, Boaventura de Sousa Op. cit. Pág. 10

La Constitución de 1.991 constituyó un gran avance sobre la Carta de 1.886; aquella es una Constitución que protege al débil, a las minorías, le da participación a todos los sectores en las decisiones políticas. Es por eso una Constitución que incluye a todos los miembros de un país, con el fin de que se logre definitivamente la paz en Colombia, y cesen las guerras, los odios y los crímenes que han azotado a Colombia desde la época de la conquista.

La Constitución del año 1.991 puede que no sea perfecta pero constituyó un importante avance en la búsqueda de la paz y del progreso de la sociedad Colombiana, la cual ha hecho que se conserven sus instituciones y se preserve la democracia.

1.6. LOS CENSOS INDÍGENAS Y CONSTITUCIÓN DE RESGUARDOS

Por otra parte Ochoa Arango señala que:

Según el censo del año 2005 aportado por el DANE, en el país habitan 1.378.884 indígenas (3.4% de la población total del territorio colombiano), pertenecientes a 90 grupos étnicos; esta cifra se reparte entre 297.485 que viven en las partes urbanas y 1.081.319 que habitan en el sector rural. En 1973, año en que se comenzaron a publicar en forma oficial datos sobre población indígena con cuestionarios específicos para la población indígena, se reportaron 383.629 indígenas en todo el país (1.6% de la población total nacional)²³.

Para las comunidades indígenas la tierra que ocupan tiene un sentido espiritual, en ella se desarrolla su cultura. La tierra no solo sirve como medio de producción;

²³ OCHOA ARANGO. Op. cit. Pág.12

sino que también es el sitio que alberga lugares sagrados, que les sirven para practicar los ritos acostumbrados.

Por eso es importante conocer como señala Ochoa Arango que:

Hasta el 31 de diciembre de 2007, se constituyeron 731 resguardos legalmente, de los cuales 41 resguardos persisten como de origen colonial o antiguos, como también se les conoce. En todos los resguardos habitan 1.006.592 indígenas, en cerca de 34 millones de hectáreas, lo que representa el 29.7% de la superficie de Colombia. Esto significa que desde el año 1980 hasta el 2007, se han constituido por parte de los diferentes gobiernos, cerca de 690 resguardos, unos creados por el antiguo Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), y otros constituidos por el actual Instituto de Desarrollo Rural (Incoder)²⁴.

Esto indica que casi la tercera parte del territorio de Colombia es habitado por comunidades indígenas. Estas tierras son explotadas y cultivadas por los indígenas, nadie más que ellos conocen bien el hábitat en donde viven y manejan el entorno natural de la manera más apropiada para convivir y preservar la naturaleza, pues sus generaciones ha conservado el medio ambiente a través de milenios. Las comunidades indígenas son las que tienen la legitimidad histórica para cuidar y vivir en estas tierras, y proteger sus recursos naturales.

Tristemente con la llegada de los grupos al margen de la ley, la siembra y producción de cultivos ilícitos en las tierras indígenas, se les ha quitado a estos una de sus principales funciones, cual es el cuidado del medio ambiente; pues están completamente indefensos ante los grupos de narcoterroristas que se han

²⁴ *Ibíd.* Pág.13

ido también apoderando de sus tierras, los cuales no preservan para nada la naturaleza, sino que destruyen y envenenan todo lo que está a su alcance.

Lamentablemente los grupos violentos se han dedicado a talar la selva para sembrar cultivos ilícitos; a contaminar; a poner minas quiebrapatas; a destruir el medio ambiente, la cultura y el hábitat de los grupos indígenas.

1.7. EL CARIBE COLOMBIANO

Cada comunidad indígena pertenece a una familia lingüística; los Chibchas, Arawacos y Caribes fueron los más sobresalientes, sin embargo a través de los siglos se han mezclado con los pobladores occidentales, dando lugar al mestizaje actual.

De acuerdo a la revista Región Caribe Colombiana:

Al momento de la llegada de los conquistadores españoles en el siglo XVI, la Costa Caribe colombiana estaba habitada por diversas comunidades indígenas las cuales tenían un desarrollo desigual. Entre los grupos más sobresalientes estaban los Tayronas, y los Zenúes, quienes conformaban confederaciones complejas, organizadas en cacicazgos, además, estaban otras comunidades como los Chimilas, los Motilones, los Guajiros y los Caribes entre otros²⁵.

1.8. ESTRUCTURA ORGÁNICA ADMINISTRATIVA DEL CABILDO INDÍGENA

MOKANÁ MAYOR DE TUBARÁ

²⁵ REGIÓN CARIBE COLOMBIANA, el Caribe Colombiano. Pág.1. Documento disponible en: <http://www.musicalafrolatino.com/indexmarcos.htm>. Consultado 31 de mayo del año 2010, a las 2.14 P.M.

Es necesario conocer como explica Clemente Castro Mendoza que:

Los municipios indígenas de Tubará, Puerto Colombia, Galapa, Malambo, Baranoa, y Usiacurí, Piojó (aun en proceso de reconocimiento), han logrado mantener su identidad, conciencia y pensamiento indígenas y el sentido de pertenencia por su territorio del extinto resguardo de origen colonial que fueron disueltos entre 1886 y 1905; sus pobladores están asentados sobre antiguas tierras resguardadas de origen colonial y son nativos de estas tierras²⁶.

Existen parcialidades indígenas como la Galapa, Mokaná de Tubará, Baranoa, Malambo, Piojo, Puerto Colombia y Usiacurí, que tienen todos los derechos legales que hoy gozan los pueblos indígenas de Colombia.

Por eso para Clemente Castro “el Cabildo Indígena Mokaná que representa a la comunidad ante el gobierno municipal según la Ley 89 de 1890 es una institución sociopolítica conformada por un gobernador, secretario, tesorero, procurador, un alguacil, mayordomo con vigencia anual, elegidos por votación a final de cada año por los miembros del Cabildo y de acuerdo a sus costumbres se identifican por sus varas de mando, con empuñadura metálica y cinta de colores anudadas al tope”²⁷. Es por eso que la comunidad Indígena Mokaná hace parte integral de la cultura del Departamento del Atlántico de la ciudad de Barranquilla.

1.9. LOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS

²⁶CASTRO MENDOZA, Clemente. Universidad Simón Bolívar. Ensayo. Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas y la etnohistoria de la vulnerabilidad de una propiedad colectiva: caso Turbará. 2005. Barranquilla – Colombia. Documento disponible en: <http://www.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia/article/viewFile/26/27>. Consultado 01 de Junio, a las 10:48 A.M.

²⁷ *Ibíd.* Pág. 116

De otro modo Boaventura de Sousa aclara que:

Cada cultura tiene su propio derecho y son más de ochenta las etnias que existen en Colombia; estos sistemas han recibido a lo largo de cinco siglos muchos elementos del derecho occidental y del africano. Solo las comunidades más cohesionadas y las más alejadas del Estado lograron mantener su derecho.

Muchos de los derechos indígenas que existen en la actualidad son sistemas incompletos, ya que no se ocupan en la totalidad de los conflictos que surgen al interior de la respectiva comunidad. Conductas como el homicidio, la violación e incluso las disputas más graves en torno a la adjudicación de tierras dentro de un resguardo, son con frecuencia remitidas a la jurisdicción ordinaria²⁸.

Debido a la pérdida de su cultura y el grado de aculturamiento que han tenido las comunidades indígenas, hay ocasiones que les toca remitir sus asuntos a la jurisdicción nacional para que sean resueltos por ésta, desligando a la jurisdicción indígena de este compromiso, como consecuencia de la incapacidad y falencias que en ocasiones se presentan.

Por eso, el gobierno nacional y los diversos estamentos deben apoyar la autonomía de la jurisdicción indígena, y la resolución de los conflictos indígenas por sus propias autoridades; respetando su cultura, impulsando su desarrollo y prohibiendo cualquier interferencia en su cosmovisión indígena.

1.10. SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS. Op. Cit. Pág. 70 - 71

Por eso para Boaventura de Sousa, “las justicias indígenas se caracterizan por tener un alto nivel retórico y bajos niveles de burocracia y violencia; la mayoría de las culturas amerindias conciben un orden universal surgido del caos inicial, la armonía entre estas fuerzas es condición primordial para la vida en el cosmos, las acciones que contrarían los postulados de estos códigos generan desorden, el cual debe ser reparado por medio de acciones de expiación”²⁹.

La estructura del poder judicial conocido en la justicia ordinaria, no se repite en la justicia indígena, esta no cuenta con un cuerpo policivo que le permita ejecutar las resoluciones judiciales. Además, la tabla de valores de la pirámide de Hans Kelsen aceptada en la justicia ordinaria, no opera en la justicia indígena.

Es así que Miguel Vásquez en Conferencia dictada ante la comisión redactora de la ley de justicia indígena, señala que:

Actualmente los sistemas de resolución de conflictos de las comunidades indígenas presentan una gran variedad. Existen algunos que están siendo reinventados por el grupo dentro de los procesos de reconstrucción de la identidad que se están llevando a cabo. Otros han sabido perdurar a través de los siglos. Algunas comunidades, las más aculturizadas, han asimilado muchas leyes y normas nacionales, pero les han dado un contenido diferente. Otras, mucho más tradicionales, tienen sistemas normativos propios. Tal es el caso de los guambianos, quienes en 1980 redactaron el Manifiesto Guambiano. En este manifiesto además se refleja la existencia de un sistema, jurídico propio: el derecho mayor, como ellos mismos lo denominan, que tiene como base la relación entre la comunidad y la tierra. Igualmente las comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta tienen una ley especial propia llamada Ley Madre, la cual, aunque no ha sido modificada, les sirve de base a los profundos planteamientos que realizan³⁰.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa Op. cit. Pág. 71.

³⁰ VÁSQUEZ, Miguel. Conferencia dictada ante la comisión redactora de la ley de justicia indígena, reunión celebrada en Bogotá en diciembre 6 de 1.996. Colombia. Citada por SANTOS, Boaventura de Sousa. Op cit. Pág. 73.

Es mucho lo que la justicia indígena tiene para aportar a la sociedad colombiana, pues es mucho más rápida que la justicia oficial, hay mayor celeridad en la resolución de sus asuntos. Las autoridades indígenas son muy recursivas en los medios utilizados para arreglar los problemas que se presentan en el interior de su comunidad, aceptan todo tipo de indicios para resolver sus asuntos judiciales, inclusive creen en lo poderes de la naturaleza; los que el hombre occidental llama sobrenaturales o paranormales, hacen parte de las creencias de las comunidades indígenas.

Como la justicia ordinaria tiene fama de demorada y de paquidérmica, se han dado casos que los ciudadanos han acudido a la justicia indígena para que les resuelva sus asuntos, pues la gente busca mayor celeridad en la solución de sus conflictos.

Los sistemas de justicia indígenas no son perfectos, como todo sistema tiene fallas, y debe estar en continuo desarrollo, por eso sus miembros continuamente se capacitan y asisten a congresos para despejar dudas e ir fortaleciendo la justicia indígena.

Los indígenas son muy maliciosos, ellos creen en sus intuiciones, en sus premoniciones, ellos viven con la selva, y de la selva han aprendido sus secretos y

misterios. Tienen un sentido que les hace dudar y tener desconfianza de lo que ellos califican como engaño, lo cual es perfectamente natural pues han sido estafados por la civilización occidental durante siglos.

1.11. PROBLEMAS ACTUALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Es una lástima que las mejores tierras de Colombia ya no estén en manos de los miembros de las comunidades indígenas, estos han sido desplazados a la periferia, han sido progresivamente aniquilados y obligados a vivir en los lugares más apartados de Colombia.

Lejos quedaron los días en que las comunidades indígenas habitaban las sabanas de Cundinamarca, del valle del Cauca, de Aburra, de los Departamentos de Bolívar y del Cesar. La mayoría de las tierras que habitan las comunidades indígenas son tierras pobres, con poca capa vegetal, plagadas de enfermedades y miseria.

Muchas de las comunidades indígenas son víctimas de la violencia por la que atraviesa Colombia, pues los grupos violentos incursionan en su territorio; que para acabar de completar en muchas ocasiones adoctrinan en las filas de las guerrillas o de los grupos paramilitares a los jóvenes de las comunidades indígenas, viviendo bajo la zozobra del terror y de la amenaza de estos grupos violentos, quedando prácticamente en el abandono.

Solo hasta el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, que en un intento histórico por devolverle a la paz a Colombia, se ha vuelto a tener un poquito de alivio y de confianza en sus instituciones. Sin embargo todavía existe el mal de la violencia; y mientras exista el narcotráfico y el comercio de armas, será muy difícil acabar la pesadilla del terror y la inseguridad por la cual ha atravesado Colombia por décadas.

1.12. EL CONFLICTO ARMADO EN LAS ZONAS INDÍGENAS

El Informe del Relator Especial de la ONU, sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen opina que “la violencia y la inseguridad han provocado desplazamientos masivos de la población en las zonas de conflicto que, según la Defensoría del Pueblo, constituye la más evidente manifestación del irrespeto sistemático de los actores armados al Derecho Internacional Humanitario. Aunque no se cuenta con estadísticas precisas, en las regiones visitadas por el Relator se habla de miles de desplazados indígenas en los departamentos de Putumayo, Cauca y Cesar, entre otros”³¹.

³¹ NACIONES UNIDAS. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Informe del Relator Especial sobre la situación de Derechos Humanos y las libertades fundamentales indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, distribución general, E/CN.4/2005/88/Add.2. Original Español. Derechos humanos y cuestiones indígenas. Pág. 11. Documento disponible en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/4353.pdf. Consultado 31 de mayo del año 2010, a las 3.12 P.M.

Los indígenas deben ser respetados del conflicto armado que se vive actualmente en Colombia; ellos no están involucrados en el negocio del narcotráfico, ni en la lucha armada. Antes al contrario, son desgraciadamente víctimas de estos conflictos, ya que son los primeros en padecer estos problemas, pues muchas veces se cometen genocidios en sus comunidades, encontrándose en la mitad de dos fuegos, sin saber que camino coger, estando la mayoría de las veces en completa indefensión ante el asedio y ataque continuo de los grupos violentos.

En la actualidad hay casos en que los grupos armados al margen de la ley intimidan o coaccionan a los miembros de las comunidades indígenas a tomar decisiones equivocadas, teniendo que resolver los asuntos de acuerdo a la visión y los intereses de los autores del conflicto armado, siendo las autoridades indígenas y su comunidad una víctima más de la violencia de Colombia.

Por eso es tan importante no solo reconocer la jurisdicción especial indígena en términos teóricos, sino brindarles por parte del Estado y de la fuerza pública a las autoridades indígenas el apoyo real y necesario, dotándolas de los mecanismos e instrumentos legales para ejercer su jurisdicción, utilizando la ayuda de la fuerza pública en el momento que se requiera, y previniendo cualquier influencia y amenazas de los grupos armados al margen de la ley que han operado en estas zonas.

Por eso en el informe del precitado Relator Especial para la ONU Sr. Rodolfo Stavenhagen:

Se estima que el 12% de los desplazados en el país son indígenas. El Centro de Cooperación Indígena (CECOIN) informó de que 128 casos de desplazamientos masivos indígenas tuvieron lugar en por lo menos 63 municipios entre 1995 y 2003, afectando a 28.000 personas, y durante 2002 lo hicieron 12.650 indígenas por presión de los grupos armados al margen de la ley. La Asociación de Cabildos del Pueblo Nasa del Putumayo informó que entre los desplazados por la violencia hay más de 380 familias y más de 78 mujeres viudas cabezas de hogar³².

Los indígenas que se desplazan a las ciudades van sufriendo paulatinamente un cambio de valores. Los esperan los más grandes enemigos que jamás hayan visto en su vida; tratan de enfrentar a la ciudad sin los más mínimos recursos para enfrentar el mundo, en donde el peligro ya no es la serpiente ni el tigre, es la jaula de cemento de la ciudad que los espera para devorarlos y cobrar una nueva presa.

El precitado Relator Especial para la ONU Sr. Rodolfo Stavenhagen señala que:

En algunas zonas urbanas, inclusive Bogotá, la situación de los desplazados es especialmente dramática. En Valledupar el alcalde de la ciudad informó al Relator Especial de que los indígenas desplazados acusan altos índices de desnutrición y que incluso se señalan casos de mortalidad infantil por hambre. El municipio carece de recursos para atender todas las necesidades de la población indígena desplazada. Las mujeres cabezas de familia y los niños sufren las peores consecuencias de los desplazamientos involuntarios, muchas se dedican a la mendicidad y los niños con frecuencia viven en la calle. Sin registros confiables es difícil canalizar adecuadamente la ayuda humanitaria³³.

³² *Ibíd.* Pág 11

³³ *Ibíd.* Pág. 11

Da tristeza ver como en muchas ciudades de Colombia familias enteras de indígenas desplazadas por la violencia piden limosna en los semáforos; el techo que ahora tienen para dormir ya no son sus chozas, sino los zaguanes y los puentes. Las selvas que habitaban se convirtieron en calles y plazas públicas; bajo las miradas impávidas de los transeúntes se pierden en todos los vicios, en la prostitución y en las drogas.

Así uno tras otro van cayendo en el zoológico humano que no deja escapar a nadie, en donde la cultura del occidente es la que se tiene como ejemplo de vida, y los valores de antaño van quedando en el pasado y el recuerdo de las abuelas; para terminar imponiéndose la nueva cultura, con sus nuevos valores, con todo lo malo y con todo lo bueno....; en donde el indígena termina siendo un cliente más de la sociedad de consumo, que todo lo que busca al final es aumentar sus ingresos económicos, pues todo se traduce en producción, trabajo y trabajo, para adquirir en cualquier esquina la anhelada felicidad y lo que el hombre occidental conoce como bienestar.

1.13 NORMATIVIDAD INDÍGENA Y EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

1.13.1. Normatividad Indígena Constitucional

Es importante resaltar la aclaración que hace el Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra a través de la Sentencia T-606/2001, al decir que las comunidades, en el texto constitucional, se expresan en cosas concretas:

- a. Forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP artículos 171 y 176);
- b. Ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP artículo 246);
- c. Se gobiernan por Consejos Indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP artículo 330);
- d. Sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza no enajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP artículos 63 y 329);
- e. Son merecedoras a una mayor protección (artículo 13, inciso 2° C.P.)³⁴.

Es así como la Constitución Política del año 1.991 limita la jurisdicción especial indígena al respeto de la Constitución y la Ley, siendo la Corte Constitucional el órgano que ha marcado la pauta en el desarrollo del artículo 246 de la Constitución Política Colombiana, pues la ley aún no ha desarrollado este tema.

El artículo 286 de la Constitución Política señaló como Entidades Territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

³⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-606/2001. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

El artículo 287 de la Constitución Política dice que las Entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

El artículo 329 de la Constitución Política dice que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

La Constitución Política incluye el término Resguardo y lo reconoce como sinónimo de propiedad colectiva, el cual está adscrito al territorio y hace parte de

la comunidad indígena, que al estar fuera del comercio no se puede vender; siendo por lo tanto una excepción a los demás bienes de los particulares que si se pueden enajenar. Es por eso que cuando la Constitución dice que los resguardos son de propiedad colectiva, el sabor que queda es que existe un socialismo en el régimen de propiedad privada respecto al territorio de las comunidades indígenas. Dándosele así un reconocimiento constitucional a la historia socialista de las comunidades indígenas que habitaron el territorio Colombiano.

1.13.2. Normatividad Indígena Internacional

Ver Anexo A. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Artículos 8,9 y 10³⁵.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “aprobó en Ginebra Suiza el 30 de junio de 2006, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que se reconoce el derecho de estos pueblos a su autodeterminación y a preservar y fortalecer sus diferentes instituciones políticas, legales, económicas, sociales y culturales”³⁶. Además, les

³⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia General. Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión. Convenio OIT Numero 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Documento disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>. Consultado 12 de Junio, a las 3:10 A.M.

³⁶ GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. Op cit.

permitió a los representantes de los pueblos indígenas sentar su voz en los asuntos que puedan afectarlos ante los organismos internacionales.

De otra parte, la Convención 169 de 1989 de la OIT, ratificada por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, le reconoció a los pueblos indígenas el derecho a participar en los proyectos que los afectan, exigiéndole al estado el deber de consultarlos en cualquier obra que los pueda perjudicar. En dicha convención se reivindicó la importancia que tienen los pueblos indígenas en el mantenimiento del medio ambiente, y la estrecha relación que tienen con la tierra.

Por lo tanto, los pueblos indígenas en la actualidad deben ser escuchados en aquellas ocasiones que exista algún proyecto u obra nacional que los pueda afectar.

El Convenio 169 de la OIT (Bloque de constitucionalidad), sobre pueblos indígenas y tribales independientes, asegura la protección de las prácticas y valores, sociales, culturales y religiosos de estos pueblos, dentro de los límites que implica el respeto de los derechos fundamentales de sus miembros.

Es así como la O.I.T. pretende que se respeten las costumbres, usos y derechos consuetudinarios indígenas; dándole preferencia a las instituciones indígenas para

que resuelvan sus conflictos, teniendo en cuenta su propia cosmovisión y mentalidad, de acuerdo a los mecanismos y métodos que estas comunidades tienen en la resolución a sus conflictos.

Resalta además la O.I.T. que no siempre las comunidades indígenas deben aplicar sanciones como la privación de la libertad, pues los indígenas son libres por naturaleza, y penas de este tipo pueden acarrear más mal que bien al miembro de la comunidad que se le aplican; pues la naturaleza y el aire libre son el ambiente natural de los miembros de estas comunidades, y los castigos de encierro o del cepo deben ser usadas como último recurso.

Es así como la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia T-048 del año 2002:

Se ha detenido en aquellos derechos que marcan un límite claro del fuerte vínculo que liga a las comunidades indígenas con sus integrantes, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo³⁷.

Cada sociedad tiene una concepción particular de la vida y de los derechos fundamentales, por eso es tan importante que los operadores judiciales conozcan los derechos que tienen las comunidades indígenas, pues penas como el destierro que en algunas ocasiones se aplica en las comunidades indígenas pueden ser

³⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-048/02. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

peor inclusive que la misma muerte; así como ocurría con el Ostracismo en la Grecia antigua.

1.13.3. Normatividad Indígena Legislativa

Ley 270 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia). Le da cabida a los pueblos indígenas en el marco global de la estructura del Poder Judicial, quedando integrada la Jurisdicción Especial Indígena a la rama del Poder Público en Colombia.

El artículo 5 de la Ley 89 de 1890 hace referencia a la administración de justicia y señala: "Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto".

La facultad de los pueblos indígenas para administrar justicia no se encuentra normada solamente en la Constitución Política y las leyes que la desarrollan, pues la Ley 89 de 1890 aún está vigente a pesar de llevar más de un siglo de haber sido expedida; para la escritora Lucía Arbeláez de Tobón:

Esta norma, aunque significó un reconocimiento a las autoridades indígenas para administrar justicia y que se encarga de reglamentar los cabildos indígenas, tiene limitaciones como las siguientes:

- a) Solamente reconoce ese derecho a los Cabildos, dejando de lado otras autoridades.
- b) Establece sanción únicamente para las faltas contra la moral.

c) No da posibilidad de que sean las comunidades quienes autónomamente definan las penas o formas de compensación o resarcimiento³⁸.

La Ley 89 de 1990 determinaba como eran gobernados los indígenas, usa términos despectivos contra los indígenas que no están aculturizados llamándolos “salvajes”. Impulsando los mecanismos para que estos adquirieran las costumbres occidentales, y reconociendo a la iglesia como el ente encargado de aculturizarlos.

Esta ley riñe con los principios y postulados actuales que consagran los derechos indígenas en Colombia, pues imposibilitaba a estas comunidades a definir sus penas. La nueva Carta les da autonomía a estos pueblos, reconoce la jurisdicción especial indígena, al igual que proscribía la desigualdad y la discriminación en Colombia.

1.14. AVANCES EN LA COORDINACIÓN ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL Y LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA

Por otra parte, para Giraldo Castaño la Corte Constitucional ha identificado cinco tipos de derechos fundamentales de las comunidades indígenas:

1- A la supervivencia como grupo, equiparable al derecho a la vida;

³⁸ ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía, presidenta del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA EN COLOMBIA Y LOS MECANISMOS DE COORDINACION CON EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL. Documento disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf>. Consultado, el 01 de Junio del año 2010, a las 10:09 A.M. Pág.9

- 2- A la igualdad en sus diversas dimensiones;
- 3- Los derechos políticos de participación y consulta;
- 4- A la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales, y
- 5- El derecho a la autonomía, la cual comprende los ámbitos de economía, hacienda, política y justicia³⁹.

Resalta el derecho a la supervivencia como grupo que se les reconoce a las comunidades indígenas, cuando se equipara al derecho a la vida. Aquí el individuo está completamente integrado con la comunidad a la cual hace parte, siendo esta la responsable de cada uno de sus integrantes.

El inciso 5º del artículo 12 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia) aceptó a las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, las cuales no podrán ser contrarias a la Constitución y las Leyes; aclarando que estas últimas establecerán las autoridades que ejercerán el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas. Leyes que todavía no se han establecido por parte del Congreso de la República, las cuales la Corte Constitucional ha ido desarrollando a través de sus sentencias.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-379/03 ha establecido que la comunidad indígena constituye un verdadero sujeto de derechos fundamentales,

³⁹ GIRALDO CASTAÑO. Op. Cit.

que como tal, es destinatario de la protección que brinda la acción de tutela. Es por eso, que la comunidad indígena es independiente a los miembros que la conforman, lo cual hace que tenga derechos y obligaciones propias.

1.15. EL TRABAJO DEL CONGRESO Y LA RAMA JUDICIAL

1.15.1. La rama Judicial.

Hoy en Colombia es la rama del Poder Público que ha asumido el papel de fijación de las pautas en el desarrollo de la pluralidad y diversidad indígena. La deficiencia del trabajo del Poder Legislativo en esta materia ha hecho que la rama judicial haya tomado la delantera, y sea esta la encargada del desarrollo del país pluriétnico y multicultural que la Carta de 1.991 prevé.

El artículo 7 de la Constitución Política al reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, no ha sido aun desarrollado por una ley en el Congreso de la República, este es el órgano apropiado de las ramas del poder público en donde se generan las discusiones y decisiones, para que exista un verdadero diálogo intercultural entre todos los diferentes estamentos de la sociedad Colombiana.

La sociedad debería mirarse a sí misma a través de sus representantes en el Congreso, y exigirles a los miembros de esta corporación resultados concretos en

la defensa de las minorías indígenas, para lograr que exista algún día en Colombia una verdadera sociedad pluriétnica y multicultural.

1.15.2. El trabajo del Congreso.

Como todavía no han surgido leyes concretas dirigidas a asumir la responsabilidad que tiene el órgano legislativo para darle aplicación a la jurisdicción especial indígena, y al respeto a la diferencia y pluralismo, se espera que en los próximos años este mandato constitucional se cumpla para el poder legislativo.

Para Boaventura de Sousa “pese a la presencia de varios senadores indígenas, la mayoría de las normas que se ocupan del tema indígena han sido elaboradas desde el punto de vista occidental. De esta manera, se tienen normas que no pueden ser aplicadas, pues su contenido no se ajusta en lo más mínimo al orden social que poseen los pueblos indígenas, o peor aún, normas que al ser aplicadas generan rupturas y enfrentamientos al interior de las comunidades”⁴⁰.

Por eso es tan importante que al momento de la elaboración de las normas que se ocupan del tema indígena se tengan en cuenta conceptos de antropólogos, sociólogos, etnolingüistas, y aún más importante que se tengan en cuenta a las comunidades indígenas; pues de no ser así se estaría gestando una normatividad

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit. Pág. 31.

sesgada hacia la cultura occidental, lo cual violaría desde toda óptica los derechos que hoy tienen las comunidades indígenas.

1.16. LA FIGURA DE LA CONSULTA

Hoy es un derecho fundamental en Colombia, reconocido en el artículo 76 de la Ley 99 de 1.993, además el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT que igualmente lo exige, y ratificado por la Ley 21 de 1.991 actúa como un mecanismo para hacer realmente efectivos el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas.

Por ello, para Carlos Parra Dussan y Gloria Amparo Rodríguez, “la consulta previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás comunidades étnicas de poder decidir sobre medidas judiciales o administrativas, o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando, de esta manera, proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación”⁴¹.

Se ha discutido mucho en Colombia sobre el tema de la consulta previa, además se han presentado muchos conflictos entre los pueblos indígenas y el Gobierno Nacional. Lo ideal es que se aplique efectivamente de una vez por todas el

⁴¹ PARRA DUSSÁN, Carlos y RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia. Colección Textos de Jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2005. Bogotá – Colombia. Pág. 114.

derecho a la consulta previa que tienen los pueblos indígenas, y no tenga el gobierno nacional que echar para atrás muchos de sus proyectos, generando pérdidas económicas innecesarias por no habersele consultado previamente a las comunidades indígenas.

El tema de la consulta previa tiene sus bases en el numeral 1 del artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, el cual dice que:

Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente⁴².

No obstante, para Beatriz Londoño Toro, este mecanismo de participación es:

Un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa y legislativa o proyecto público o privado susceptible de afectar directamente las formas de vida de los pueblos indígenas en su aspecto territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, y otros que incidan en su integridad étnica⁴³.

La consulta tiene como característica que es un derecho de la colectividad indígena. La figura de la consulta es obligatoria cuando se vaya a ejecutar algún proyecto u obra que pueda afectar la integridad y supervivencia del pueblo

⁴² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia General. Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión. Convenio OIT Numero 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Documento disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>. Consultado 12 de Junio, a las 3:10 A.M.

⁴³LONDOÑO TORO, Beatriz. NUEVOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACION AMBIENTAL. Consultoría Ambiental y Colectiva. 1998. Bogotá – Colombia. Pág. 91. Citado por: PARRA DUSSÁN. Op.cit. Pág. 115.

indígena, con este mecanismo participa la comunidad indígena que puede resultar afectada, y su opinión debe ser tenida en cuenta, lo cual ha significado un gran avance en la defensa de los derechos de las comunidades indígenas.

1.17. DERECHOS FUNDAMENTALES INDÍGENAS PROTEGIDOS

Sentencias como la T-254/94 reconocen el derecho fundamental al debido proceso del accionante, y el derecho a la integridad física a sus hijos.

La Sentencia No. T-523/97 reconoce el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud y la prohibición de la tortura.

En la Sentencia T-1127/01 se analiza el principio constitucional de la protección a la diversidad cultural.

En la Sentencia T-048/02 el accionante demanda el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a no ser desterrado, al trabajo, buen nombre y honra, los que a su decir, fueron quebrantados por el Cabildo indígena.

En la Sentencia T-379/03 el accionante solicita que se tutelen los derechos fundamentales de petición, debido proceso, defensa, vida digna, integridad étnica, libre autodeterminación, salud e igualdad; y la Corte concede el amparo

demandado para proteger los derechos fundamentales a la autonomía, identidad e integridad étnicas.

En la Sentencia T-552/03 los peticionarios solicitan la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena, así como el derecho de sus autoridades de ejercer funciones jurisdiccionales. Del mismo modo se estiman violados los derechos al debido proceso y al juez natural del sindicado en el proceso penal, así como su derecho a la igualdad frente a otros indígenas.

La Constitución Política Colombiana reconoce el valor inherente a la diversidad cultural, al incluir en su artículo séptimo como uno de los fines esenciales del Estado, el del reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Estos principios se desarrollan a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas); 70 (igualdad entre las culturas); 171 y 176 (participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes); 246 (jurisdicción especial indígena); y 286 (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal y capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente), entre otros.

1.18. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.18.1 Jurisdicción:

Es la potestad para administrar justicia.

Para Hernando Davis Echandía “en sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial⁴⁴”.

La jurisdicción emana de la soberanía del Estado, a medida que han surgido diferentes especialidades en las áreas del derecho se han creado distintas jurisdicciones para atender más eficientemente los asuntos que cursan en la rama judicial del Poder Público, pero la realidad es que la jurisdicción es una sola.

La Jurisdicción especial indígena ha existido desde tiempos remotos, esta jurisdicción no es nada nuevo en las instituciones colombianas, todo lo que se hizo al consagrarse en la Carta Política del año 1.991, fue hacérsele un reconocimiento constitucional a un hecho notorio que venía aconteciendo desde tiempos

⁴⁴ DAVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Editorial ABC. Tomo I, decimocuarta edición. 1996. Colombia. Pág. 77. Citado por: GONZÁLEZ ORTIZ, Cesar Augusto. Conflictos de Competencia. Jurisdicción Especial Indígena VS Sistema Judicial Nacional. Fuero Indígena. Primera Edición. Cronopios Ediciones. 2007. Bogotá, D.C. Colombia. Pág. 30.

inmemoriales; cual es la legitimidad que tienen los pueblos indígenas de Colombia para impartir justicia dentro de sus territorios a todos sus integrantes.

La jurisdicción Nacional tiene muchas diferencias con la jurisdicción indígena. Son dos culturas diametralmente opuestas, las separan en el tiempo miles de años, y geográficamente dos océanos; en la jurisdicción nacional son los funcionarios judiciales los que imparten justicia, mientras que en la jurisdicción indígena son las autoridades indígenas las que se ocupan de resolver las controversias y problemas de sus miembros.

1.18.2 Competencia:

De acuerdo a Héctor Enrique Quiroga Cubillos “para ser juez competente se debe tener Jurisdicción... La competencia constituye, en su naturaleza jurídica, la concreción de la Jurisdicción, estableciéndose un ligamen indisoluble entre los conceptos Jurisdicción – competencia”⁴⁵. En estos términos para Cesar González

⁴⁵ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. “El concepto de jurisdicción en la Constitución de 1991.Sus imprecisiones”, en La Constitución por Construir: balance de una década de cambio institucional. Facultad de jurisprudencia. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá – Colombia. Documento disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2007/noticias_057.htm. Consultado el 31 de Mayo, a las, 11:28 P.M. Pág. 186. Citado por: GONZÁLEZ ORTIZ, Cesar Augusto. Conflictos de Competencia. Jurisdicción Especial Indígena VS Sistema Judicial Nacional. Fuero Indígena. Primera Edición. Cronopios Ediciones. 2007. Bogotá, D.C. Colombia. Pág. 32.

Ortiz, “competencia y reglamentación para el ejercicio de cada una de las jurisdicciones son sinónimos”⁴⁶.

En términos generales jurisdicción es el género y la competencia es la especie, por eso para Hernando Davis Hechandía por competencia “se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto, y comprende todos los asuntos adscritos a esta (civiles, penales, laborales,...).Entre ellas hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa”⁴⁷.

La competencia es pues una medida de jurisdicción, y es así como Hernán Fabio López Blanco explica que “todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer de determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, un juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de la jurisdicción atribuido a un juez. La relación entre la jurisdicción y la competencia es la misma que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo, la competencia es la parte, un fragmento de la jurisdicción”⁴⁸.

⁴⁶ GONZÁLEZ ORTIZ, Cesar Augusto. Conflictos de Competencia. Jurisdicción Especial Indígena VS Sistema Judicial Nacional. Fuero Indígena. Primera Edición. Cronopios Ediciones. 2007. Bogotá, D.C. Colombia. Pág. 32.

⁴⁷ DAVIS ECHANDIA, Hernando. Op.cit. Pág. 133. Citado por: GONZÁLEZ ORTIZ, Cesar. Op cit. Pág. 33.

⁴⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I. Parte general. Octava edición. DUPRE editores. Bogotá – Colombia. Pág. 190. (Citando a Eduardo J.Couture.Pág 29).Citado por: GONZÁLEZ ORTIZ, Cesar Augusto. Op cit. Pág. 33.

Este concepto de competencia se aplica en la jurisdicción ordinaria a través de sus operadores judiciales que son los jueces y magistrados, los cuales han sido preparados jurídicamente en universidades y academias de derecho reconocidas nacional e internacionalmente. A los funcionarios judiciales se les aplican unas normas y regímenes especiales por la labor que desempeñan, devengan salarios propios con todas las prebendas legales, mientras que los operadores judiciales de la justicia indígena no gozan de todos estos beneficios y garantías de los miembros de la jurisdicción ordinaria.

Estos jueces y magistrados, tienen unos derechos y deberes taxativos dados por la Constitución y las leyes de Colombia; mientras que las autoridades indígenas tienen más libertad en la resolución de los conflictos. La legitimidad de las autoridades indígenas se basa en el reconocimiento y aceptación entre sus miembros, lo cual les permite atender los conflictos que se les presentan.

Los procesos ventilados en la jurisdicción ordinaria pueden darse de manera oral o escrita; mientras que en la jurisdicción indígena solo se dan de manera oral, y gozan de mucho éxito por su gran celeridad.

1.19. CONCEPTOS Y DEFINICIONES

Ver Anexo B. Conceptos y definiciones. Jesús Enrique Piñacué Achicue. Proyecto de ley Estatutaria presentado al Congreso de la República.⁴⁹

Ver Anexos C. Conceptos y definiciones. Decreto reglamentario 2164 del 7 de diciembre del año 1995.⁵⁰

⁴⁹ PIÑACUE ACHICUE, Jesús Enrique. Proyecto de ley Estatutaria presentado al Congreso de la República. 2002. Colombia. Documento disponible en: <http://dplf.org/uploads/1184704476.pdf>. Consultado el 31 de mayo del año 2010, a las 4.23 P.M.

⁵⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Reglamentario 2164 del 7 de diciembre del año 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

2. TERRITORIOS, REGUARDOS Y AUTORIDADES INDÍGENAS

2.1. TERRITORIO

Para Enrique Sánchez, y Raúl Arango, "la concepción de territorio para los pueblos indígenas es tan diversa como ellos mismos. Por ejemplo, el territorio Arahuaco está delimitado por la línea negra, que lo separa del territorio de los hermanos menores. Para los Wayuu el factor determinante de la territorialidad son los cementerios"⁵¹.

No obstante las diferencias, para la escritora Lucia Arbeláez, " las características comunes de la concepción de territorio indígena son: la propiedad comunitaria y la pertenencia indiscutible del territorio habitado por cada pueblo, característica que pueblos como los Pastos y Guámbianos lo llaman "derecho mayor". Otra característica común importante es la estrecha relación del indígena con su territorio, por lo cual muchos de ellos la denominan "madre tierra"⁵²."

Por lo anterior, las comunidades indígenas tienen un profundo arraigo por la tierra, de ésta derivan su vida y su sustento. La tierra es su hábitat, las junglas y los ríos

⁵¹ ARANGO, Raúl y SÁNCHEZ, Enrique. Op.cit. Citado: por ARBELÁEZ DE TOBÓN. Op. cit. Pág.14

⁵² ARBELÁEZ DE TOBÓN. Op. cit. Pag.14

son su hogar; de ahí que los indígenas son los mejores protectores de los recursos naturales, ellos conocen cada rincón de los bosques y de la selva que habitan. Por eso es tan común en Colombia escucharlos hablar de la madre tierra o de la Pachamama.

2.1.1. Territorio para la Comunidad Arahuaca.

Para la comunidad arahuaca el territorio es el pilar fundamental que sostiene su etnia, es su columna vertebral, es el espacio donde ellos se integran socialmente con sus demás miembros, recrean su cultura y alegran su espíritu.

Para el hombre de la ciudad casi todo es cuantificable en peso, medida y tablas de valores; mientras para muchas comunidades indígenas como los arahuacos la cuantificación del hombre occidental no tiene importancia, los límites geográficos, con grados y coordenadas no existen.

De esta forma, el Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil en la Sentencia T-1238/04 dice que:

El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente puede tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo. De este modo, por ejemplo, no puede pretender una autoridad central ejercer la jurisdicción especial sobre una vasta zona geográfica, en la que actúan diversas autoridades nacionales, con base en la sola consideración personal. El reconocimiento de la jurisdicción especial, se repite, está estrechamente vinculado al factor territorial, como elemento definitorio de la capacidad de control social y del ámbito de la autonomía de las comunidades. Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria, no por referencia abstracta a un

derecho ancestral o por la mera presencia en el mismo de individuos de determinada etnia, sino por la efectiva presencia de la comunidad, que permita identificar un ámbito territorial como su dominio cultural⁵³.

En la Sentencia T-1238/04 la Corte Constitucional prácticamente está aplicando el concepto de la posesión en materia de bienes del derecho civil, dando a entender que debe haber una efectiva presencia de los miembros indígenas en la zona de terreno perteneciente a su comunidad, pues en las zonas en que los indígenas no hacen presencia física prácticamente se les está negando el derecho a pertenecer a su comunidad.

A las comunidades indígenas se les debería dar la posibilidad de expandir su cultura a otros lugares. El problema es que cada vez el hombre invasor está más cerca a estas comunidades, hasta el punto de que son obligados a retirarse a otras áreas cada vez más alejadas, o terminar mezclándose y conviviendo con los invasores, lo cual lleva como resultado final el desaparecimiento de su cultura.

Para el Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, en la Sentencia T-257/93 los territorios indígenas son, en orden ascendente, de tres clases: “resguardos ordinarios o simplemente resguardos (art. 329), resguardos con rango

⁵³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-1238/04. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

de municipio para efectos fiscales (art. 357) y las entidades territoriales indígenas (art. 287)”⁵⁴.

2.1.2. Entidades territoriales:

La Constitución Política de Colombia en el artículo 286 señaló como Entidades Territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

Además el artículo 329 de la Constitución Política señaló que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

Es importante aclarar como señala Carlos Gaviria Díaz en la sentencia T-384 de 1994, “que por territorio indígena a nivel jurisprudencial y legal, se ha adoptado aquel que consagra la Ley 685 del 15 de agosto del año 2001 o Código de Minas en su artículo 123”⁵⁵, de otra parte como señala Boaventura de Sousa el territorio indígena “comprende no solo las áreas poseídas, habitadas y explotadas por una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”⁵⁶.

⁵⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-257/93. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-384 de 1994. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit. Pág. 108

⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit. Pág. 108.

Este concepto está más acorde con la realidad actual que vive Colombia y las comunidades indígenas, pues no solamente sienta la base de la posesión del grupo indígena en un lugar determinado; sino que proyecta a la comunidad a su ámbito tradicional, económico y cultural, lo cual la libera de un marco cerrado de límites geográficos, dándole por lo menos alguna posibilidad de proyectar su cultura y actividad a otras áreas y territorios.

De acuerdo con Néstor Raúl Correa Henao:

La Sentencia T-257/93 dice que las entidades territoriales indígenas, como toda entidad territorial, gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. Aquí incluso la autonomía es mayor, pues a las consideraciones generales sobre autogobierno del artículo 287 de la Carta se añaden las prerrogativas específicas en materia de costumbres de gobierno, lengua, justicia y elecciones, consagradas en los artículos 330, 10º, 246 y 171, respectivamente⁵⁷.

No es lo mismo Resguardo Indígena, que Entidad Territorial Indígena; la autonomía para la administración de los asuntos de las Entidades Territoriales indígenas no es extensiva a los Resguardos.

La creación de una entidad territorial indígena debe sujetarse a las condiciones impuestas por la ley orgánica; mientras la creación de municipios es mucho más sencilla y puede hacerse conforme a la ley, o inclusive a través de actos administrativos.

⁵⁷ CORREA HENAO, Néstor Raúl. El reordenamiento territorial en la nueva Constitución Política de Colombia. Fundación Social. 1.992. Santa Fe de Bogotá –Colombia. Pág. 15. Citado por: Sentencia T-257/93. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

La Constitución Política de 1.991, le daba más autonomía a las entidades territoriales, incluyendo a los territorios indígenas, asignándoles más funciones .La ley orgánica de ordenamiento territorial que debería reglamentar el artículo 288 de la Constitución Política y establecer la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales aún no se ha dictado.

2.2. RESGUARDOS

De acuerdo con Enrique Sánchez y Raúl Arango “el resguardo no es la única forma de territorialidad indígena. Los resguardos datan de mediados del siglo XVI y se pensaron con el fin de proteger la base productiva y del pago de impuestos”⁵⁸.

Aquí como siempre se ve el ánimo económico de la corona española en la conquista, en su ambición desmedida.Pensando más en lucrar las arcas del imperio español de la época, que proteger a la población indígena y por ende su cultura y tradición milenaria.

2.2.1. El resguardo, una Forma de Tenencia Territorial entre los Indígenas Colombianos.

Es importante anotar así como señala Luis Javier Caicedo que:

⁵⁸ ARANGO, Raúl y SANCHEZ, Enrique. Op cit. Citado por: ARBELÁEZ DE TOBÓN.Op. cit. Pág.14.

La tenencia de la tierra de los pueblos indígenas en Colombia ha sido reconocida mediante cinco formas legales realizadas por el Estado: el Resguardo de Origen Colonial, el Resguardo Republicano, los Resguardos creados por el Incora después de 1961, las Reservas Indígenas, y los Títulos Individuales por Comunidad o Parcialidad. Por su origen histórico se suelen llamar a los resguardos coloniales y republicanos hasta 1961, resguardos antiguos, y a los constituidos con posterioridad a 1961, resguardos nuevos⁵⁹.

El artículo 21 del Decreto 2164 de diciembre 7 de 1995 toma a los resguardos como una institución legal y socio-política de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva gozan de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio, y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y un sistema normativo propio.

De acuerdo con lo anterior tal como señala Jacqueline Blanco Blanco, “el artículo 329 de la Constitución de 1991 prohíbe la comercialización de las tierras indígenas bajo la modalidad del Resguardo, mientras que el artículo 357 los asimila a la forma de Municipios, como entes territoriales razón por la cual tienen derecho a participar de las rentas de la Nación”⁶⁰.

⁵⁹ CAICEDO, Luís Javier. Derechos y Deberes de los Pueblos Indígenas. Editorial San Pablo. 1996. Bogotá – Colombia Págs. 118 y 119. Citado por: BLANCO BLANCO, Jacqueline. LOGROS Y CONTRADICCIONES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA. Universidad Libre .Revista n° 24 Diálogos de Saberes ISSN 0124-0021. Enero-junio de 2006. Bogotá, D.C.Pág. 53. Documento disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740969>. Consultado 31 de mayo, a las, 9.51 P.M.

⁶⁰ BLANCO BLANCO, Jacqueline. LOGROS Y CONTRADICCIONES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA. Universidad Libre. Revista n° 24 Diálogos de Saberes ISSN 0124-0021. Enero-junio de 2006. Bogotá, D.C. Colombia. Pág. 53. Documento Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740969> . Consultado 31 de mayo, a las, 9.51 P.M.

Los pueblos indígenas viven en sitios que no necesariamente se han constituido como resguardos, un resguardo indígena puede comprender el territorio de más de un municipio.

El Resguardo Indígena está definido en el artículo 2º del Decreto número 2001 de 1. 988, que establece:

Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformado por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales.

Por eso con la figura del resguardo, se les ha permitido a las comunidades indígenas preservar el vínculo sagrado que estas tienen con la tenencia de las tierras que ocupan.

2.2.2. Los Resguardos son Ámbito Territorial.

Para Alejandro Martínez Caballero a través de la Sentencia T-634/99:

La Carta de 1991 viene a constitucionalizar los resguardos. es así como en el mencionado título “de la organización territorial” los ubica al lado de los territorios indígenas, al decir el artículo 329 de la Constitución Política: “los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”, de lo cual se deduce a primera vista que son más que simplemente una tierra o propiedad raíz; aunque la misma Constitución al ubicarlos dentro de los derechos

sociales, económicos y culturales, en el artículo 63 habla de “tierras de resguardo”, con la característica de inalienables, imprescriptibles e inembargables⁶¹.

Es supremamente importante la forma de propiedad colectiva en el resguardo, se ha reconocido la propiedad colectiva de los resguardos como un derecho fundamental; es así que este tipo de propiedad es esencial para la vida espiritual y el mantenimiento de la cultura de las comunidades indígenas.

De acuerdo al artículo 246 de la Constitución Política: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”.

Los resguardos no son solamente un pedazo de tierra o una parte de territorio; sino mucho más, al tener las comunidades indígenas un contenido cultural y espiritual.

La Constitución del año 1.991 resalta el valor de la propiedad colectiva del resguardo, como un derecho que pertenece a la comunidad indígena que no puede ser enajenado. Este sentido de propiedad se acerca a un socialismo amerindio, que se ha practicado en forma ancestral. Este concepto de socialismo sobre la propiedad de la tierra es cientos de años anterior a las ideas de Karl Marx y Federico Engels, eso hace que las comunidades indígenas tengan un socialismo

⁶¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-634 /99. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

más propio, autónomo y evolucionado que cualquier otra sociedad que lo haya implantado en la historia reciente de la humanidad.

2.3. AUTORIDADES INDÍGENAS

2.3.1. Clases de Autoridades Indígenas.

Para Lucía Arbeláez de Tobón, "los pueblos indígenas tienen diferentes clases de autoridades de acuerdo con las características de cada pueblo, cada zona y las funciones que éstas desarrollan en la comunidad. Hay autoridades o guías espirituales como Mamo (comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta), Werjaya (pueblo U'wa), Nele (pueblo Tule), Thé Wala (pueblo Páez). En la zona de Orinoquia y Amazonía están los caciques, curacas y capitanes. En la zona andina es predominante la figura del Cabildo"⁶².

También hay autoridades tradicionales; los cabildos; las asociaciones de cabildos; y la comunidad que es la máxima autoridad para la toma de decisiones.

En la comunidad indígena no existe un organigrama de justicia como lo hay en la rama judicial del poder público. Cada comunidad tiene sus propias reglas para la conformación de las autoridades, y a su vez los miembros de la comunidad respetan las decisiones que se tomen. La conformación de las autoridades

⁶² ARBELÁEZ DE TOBON. Op. cit. Pág. 13.

indígenas se ha formado a través de su propia historia, recibiendo aportes inclusive de la jurisdicción ordinaria.

2.3.2. Autoridades indígenas que resuelven conflictos.

El doctor Carlos Gaviria Díaz resalta en la Sentencia C-139/96 que:

Cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son los gobernadores del cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así, se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico-como los Piache entre los Wayúu o los Jaibaná entre las culturas del Pacífico, o de representantes de instituciones religiosas), e incluso mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la compensación (arreglo directo entre miembros de dos grupos familiares)⁶³.

Con la figura del cabildo se trata de democratizar un poco la conformación de las autoridades de los pueblos indígenas; sin embargo la forma de democracia occidental no se aplica en la conformación de las autoridades de sus comunidades; pues éstas tienen otra visión de la justicia, en la cual sus autoridades pertenecen a veces a algún grupo familiar determinado, y poseen para el resto de la comunidad poderes sobrenaturales, lo cual las legitima sobre los demás miembros.

La Corte, en Sentencia C-377/94 cuyo Magistrado Ponente fue Jorge Arango Mejía dijo: “puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su

⁶³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-139/96. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

oficio según sus prácticas ancestrales. Su actividad está protegida por el artículo 7o. de la Constitución...”⁶⁴, que no rechaza la medicina alternativa que ellos proponen.

Es por eso que el conocimiento mágico religioso, de curanderos y sanadores espirituales es tan importante en las costumbres de los pueblos indígenas, y aun en muchos campesinos y pobladores de Colombia; pues muchas veces éstos acuden a curanderos para que les recen las picaduras de culebra o les alivien sus males, en donde la fe y las medicinas alternativas muchas veces logra más poder curativo que la misma medicina del mundo occidental.

La Sentencia T-1238/04 citada con anterioridad, habla que:

La existencia de la autoridad tradicional, es en realidad, un elemento de la configuración cultural del territorio. La Constitución habilita a las autoridades de los pueblos indígenas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Para que tal habilitación pueda hacerse efectiva, se requiere, en primer lugar, que las autoridades tradicionales estén debidamente conformadas y en capacidad de ejercer la jurisdicción de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. Esto es, una comunidad indígena asentada en un determinado territorio debe contar con autoridades tradicionales que ejerzan funciones de control social como presupuesto para la procedencia de la jurisdicción indígena⁶⁵.

2.3.3. El Cabildo.

El autor Boaventura de Sousa dice que con la figura del cabildo:

Se trata de establecer canales de comunicación que permitan establecer una verdadera relación entre el Estado y las autoridades indígenas, para lo cual se han empleado

⁶⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-377/94. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. Citada por: Sentencia T-214/97. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-1238/04. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

diversas estrategias. Una de ellas ha sido la creación de resguardos dentro de los cuales la población indígena está organizada en cabildos donde la autoridad recae en cabeza de un gobernador elegido democráticamente. De esta manera, el Estado cuenta con un interlocutor fijo, evitando el engorroso problema de ubicar a la autoridad en comunidades que tienen una organización tradicional de tipo descentralizado. La imposición de este sistema ha generado problemas al interior de los grupos que habitan en la selva y en la región de los llanos, pues su organización tradicional se caracteriza por la ausencia de una autoridad central⁶⁶.

La figura del cabildo aparece entonces en Colombia con la llegada de la corona Española, y los gobiernos posteriores han tratado de mantener esta institución. El Estado con esta figura ha logrado influenciar la organización de los pueblos indígenas, dando lugar a otra forma de aculturizar a estas comunidades de acuerdo a la mentalidad occidental; haciendo de esta manera una vez más que aquellas pierdan los valores morales, sociales y culturales propios que tenían antes de la colonización española.

El Decreto 2164 de 1995 los definió en el Artículo 2 como: "...una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, los usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad..."⁶⁷.

⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit. Págs. 32 - 33.

⁶⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Reglamentario 2164 del 7 de diciembre del año 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

También Lucia Arbeláez de Tobón advierte que “las organizaciones locales, zonales, regionales y nacionales, en algunos casos han sido reconocidas por sus bases y por las instituciones como autoridad, tal es el caso del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), la Organización Regional Indígena del Valle del Cauca (ORIVAC) “⁶⁸.

La organización político-administraba de las comunidades indígenas se conforma en muchas ocasiones por un cabildo central; al cual pertenecen un cacique, un capitán mayor, un secretario, un fiscal, un tesorero, un oficial mayor y algunos alguaciles. La autoridad del cabildo central en algunas veredas de la comunidad la ejercen los cabildos menores, y sirven de primera instancia en la solución de los conflictos internos de la comunidad.

Prosiguiendo con lo dicho por Lucía Arbeláez de Tobón, ella destaca además que “los Cabildos fueron reglamentados por la Ley 89 de 1890. El Consejo de Estado conceptúo que los "Cabildos son también entidades públicas de carácter especial...” (Consejo de Estado -conceptos del 16 de noviembre de 1983 y 15 de febrero de 1988-) Según el artículo 5º de la Ley 89, son los cabildos quienes ejercen la justicia”⁶⁹.

⁶⁸ ARBELÁEZ DE TOBÓN. Op. cit. Pág. 14.

⁶⁹ Ibid.Pág. 13

La historia de los pueblos indígenas de Colombia es una historia de invasiones a su cultura. Puede ser que el fin de la institución del cabildo sea bueno, y trate de aportar a los indígenas unos mecanismos para que éstos se organicen de acuerdo a una forma que el hombre occidental considera adecuada, pero no se puede desconocer que con este aporte se están borrando otras organizaciones que operaban antes de la conquista española. Esta institución constituye una clara invasión a la cultura amerindia.

Como desgraciadamente ya en Colombia no hay casi ninguna comunidad indígena pura, los cabildos hoy por hoy tienen su razón de ser.

La escritora Sandra Turbay en su escrito Los Zenúes señaló que:

En la actualidad hay muchos cabildos menores que a su vez dependen de un cabildo mayor y un cacique. Los cabildos organizan la lucha por las tierras, administran las haciendas recuperadas, representan a la comunidad ante las autoridades municipales y nacionales, celebran convenios con organizaciones no gubernamentales que gestionan programas de salud, educación o agricultura, organizan y vigilan el buen comportamiento durante las fiestas, intervienen cuando hay disputas familiares o vecinales que afectan la vida de la comunidad y encierran por algunas horas o incluso días a quien transgreda las normas⁷⁰.

En la actualidad la figura de los cabildos es muy importante y funciona bien, estos ayudan a las comunidades indígenas en la administración de la tierra, resuelven

⁷⁰ TURBAY, Sandra. Los Zenúes. Inédito. 1991. Montería. Colombia. Pág. 33 y ss...Citado por: VELANDIA DÍAZ, Daniel. INSTITUCIÓN POLÍTICA Y TRADICIÓN DE LUCHA EN EL PUEBLO ZENÚ. TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ANTROPÓLOGO. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS. DEPARTAMENTO DE ANTROPOLOGÍA LIDERAZGO INDÍGENA. mayo de 2003. Bogotá Colombia. Pág. 58. Documento disponible en: http://www.humanas.unal.edu.co/colantropos/documentos/velandia_liderazgo.pdf. Consultado 31 de mayo del año 2010, a las, 10.36.P.M.

disputas y problemas entre sus miembros, celebran contratos, gestionan recursos, elaboran programas, y sirven para representar a la comunidad indígena ante el Estado.

Es por eso que la figura del cabildo les permite a las comunidades indígenas resolver muchos de los problemas que los aquejan, asimilando los aportes que la sociedad moderna le brinda.

2.4. ESTRUCTURA DEL PODER JUDICIAL

La escritora Lucía Arbeláez de Tobón hace un excelente cuadro, en donde se aprecia toda la Rama Judicial de Colombia, y se resaltan las Autoridades Indígenas en igual posición que los Jueces de Paz, dentro de las Jurisdicciones Especiales.

Ver Anexo D. Cuadro de la Estructura del Poder Judicial.⁷¹

El artículo 5° de la Ley 1285 del año 2009, que modificó el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, es el instrumento legal que hace referencia a la Jurisdicción Especial Indígena la cual dispone lo siguiente:

La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria. Dicha función se ejerce por la

⁷¹ ARBELÁEZ DE TOBÓN. Op. cit. pág. 3

jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción⁷².

La Corte Constitucional es la que ha desarrollado y marcado la pauta en la formulación de las bases jurídicas para la defensa de los derechos de las comunidades indígenas. Por eso, es tan importante que haya leyes nacionales que desarrollen ampliamente estas normas constitucionales, y que sean divulgadas, publicadas y comprendidas por la mayoría de los colombianos.

⁷² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1285 del año 2009. Artículo 5°.

3. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

3.1. DIMENSIONES DEL DERECHO A LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

El Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, en la Sentencia T-552/03. dice que "la jurisdicción indígena tiene dos dimensiones: Por un lado sirve de instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano, garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas en cuyo beneficio se establece. Por otro lado, desde la perspectiva individual, y particularmente en materia penal, constituye un fuero especial para los indígenas"⁷³.

De esta forma, la jurisdicción indígena les da una calidad especial a sus miembros, pudiendo estos acudir a sus autoridades indígenas, para que sean éstas las encargadas de su juzgamiento y no las autoridades de la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo con Boaventura de Sousa "en las Sentencias C-139 de 1996, y las Sentencias T- 349 y T- 496 de 1996, la Corte Constitucional reconoció la existencia de diversos ordenamientos indígenas, correspondientes a las diferentes

⁷³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-552/03. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

etnias que habitan el territorio nacional. Identificó como característica general, que se trata de sistemas en los que el derecho y la moral se funden en un mismo orden”⁷⁴.

Es así como cada etnia en particular puede tener una forma diferente de resolución de conflictos; y a su vez tener diferentes usos, costumbres y normas que rijan el comportamiento de sus integrantes.

Para el Senador Jesús Enrique Piñacue, de la comunidad Paéz del Cauca, la Jurisdicción Especial Indígena es “la facultad constitucional de las Autoridades indígenas de administrar justicia en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial”⁷⁵.

Estos usos, costumbres, normas y procedimientos ya no son tan originales como se quisiera, debido a todo el proceso de aculturamiento que a través de los años han llevado las comunidades indígenas; por eso es que hay que entenderlos y respetarlos desde la óptica de la historia de cada grupo indígena. El estado y la sociedad colombiana deben tratar de ayudar a preservar sus costumbres, estando

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., Págs. 75 - 76.

⁷⁵ PIÑACUE ACHICUE, Jesús. Op .cit .Citado por: BLANCO BLANCO. Op. cit. Pág. 57.

en deuda histórica con sus comunidades, debiendo tratar de rescatar los valores culturales que se han perdido.

3.2. ELEMENTOS CENTRALES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Es importante recalcar que para que exista la Jurisdicción indígena en una comunidad indígena deben existir normas propias que la regulen, contar con autoridades judiciales legítimamente constituídas, además la comunidad debe encontrarse en un marco geográfico, dentro del cual esta ejerce su influencia.

Ver Anexo E. Sentencia T-552/2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.⁷⁶.

Continuamente existen roces y conflictos entre ambas Jurisdicciones; siendo la Corte Constitucional el órgano que hace que puedan estas jurisdicciones convivir, teniendo culturas y visiones tan diferentes, y resolviendo las acciones de tutela que se le presentan.

Para la Corte Constitucional ha sido un papel supremanente arduo e interesante resolver este tipo de situaciones, y ser fuente del derecho que debe ser aplicada por la rama judicial; de esta manera se ha ido creando una línea jurisprudencial

⁷⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-552/2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

determinada, como ha sido el caso de los fallos de la Corte Constitucional en materia de pluralidad y diversidad indígena.

La Corte Constitucional ha tenido que buscar todo tipo de ayudas técnicas y humanas para resolver las situaciones novedosas que se le han presentado en materia de pluralidad indígena; es allí en donde juegan un papel importante los aportes que han hecho los antropólogos, etnolingüistas, psicólogos, sociólogos y los auxiliares de la justicia, brindándole a los aplicadores judiciales una mejor cosmovisión de los asuntos que aquejan a las comunidades indígenas, para que estos con sus fallos no vayan a afectar los derechos que se les han otorgado a los grupos indígenas.

Se nota claramente como los usos, costumbres y normatividad indígena no pueden desconocer la Constitución y las leyes Colombianas, ambas normatividades deben convivir en armonía; debe existir un factor de comunicación y conexidad entre ellas para prevenir que no se violen derechos y principios fundamentales de la Carta de 1.991, y a su vez que no se vulneren los derechos ancestrales de las comunidades indígenas.

3.2.1. Autonomía Indígena.

De acuerdo al Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, la Sentencia T-254/94 dice que: “La atribución constitucional de ejercer funciones

jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley⁷⁷.

De esta manera, según la Sentencia T-254/94:

Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas⁷⁸.

Ver Anexo F. Sentencia T-254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.⁷⁹

Es por eso que las comunidades indígenas tienen que acatar no sólo las normas, usos y costumbres pertenecientes a su comunidad, sino respetar los derechos

⁷⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

fundamentales que la Carta del año 1.991 consagró, de ahí la necesidad de brindarle a estos grupos la enseñanza de la Constitución Política, y las leyes imperativas que rigen en el territorio Colombiano.

El aprendizaje por parte de los indígenas de las leyes y normas que rigen en la sociedad occidental puede dar lugar a la pérdida de valores culturales que les son propios. Tristemente este es el precio que tiene que pagar la comunidad indígena para poder convivir con la sociedad occidental.

3.3. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD

Si se pretende que sobrevivan los valores y la cultura de las comunidades indígenas se les debe dar más autonomía, y tratar en lo posible de no establecerles restricciones normativas o legales a estas comunidades. Es por eso que la Sentencia T-552/03 expreso: "... la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía"⁸⁰.

De esta forma, la Corte Constitucional pretende que se respete al máximo la autonomía de las comunidades indígenas, para que no se pierdan o puedan

⁸⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-349 de 1996 .Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz .Citada por: Sentencia T-552/03. Op. cit.

afectar sus costumbres y valores culturales, restringiendo al mínimo los límites normativos y legales que se les deben imponer a estas comunidades.

La Sentencia T-1238/04 del Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil dice que “para que proceda la jurisdicción indígena se requiere que la conducta que pretende someterse a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad”⁸¹.

Por eso, cuando un miembro de una comunidad indígena sea sujeto activo o pasivo de una conducta punible, su juzgamiento debe acontecer de acuerdo al grado de pureza cultural que este individuo tenga con respecto a la etnia que pertenece.

En la medida que el indígena posea una cultura diferente a la de su comunidad, sería ilógico pensar que fuera ésta la encargada de su juzgamiento; pues este individuo ya habría perdido identidad con su cultura y con sus valores, como ocurre a diario en los innumerables casos de indígenas que van llegando desplazados a las ciudades en busca de mejores oportunidades de vida, y poco a

⁸¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-1238/2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

poco se van volviendo ciudadanos, incorporando en sus costumbres los comportamientos del hombre occidental, alejándose cada vez más de las costumbres y valores de la etnia a la que pertenecen.

3.4. JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO FUERO ESPECIAL

De acuerdo a la precitada Sentencia T-1238 del año 2004 el fuero especial solamente surge cuando:

“1. Existe una autoridad indígena con capacidad de ejercer la jurisdicción de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad y

2). Esa autoridad manifiesta su decisión de asumir el conocimiento de los hechos”⁸².

Es así que para que un indígena pueda invocar el fuero especial indígena, debe existir en su comunidad una autoridad legítima que tenga competencia para emitir un fallo de acuerdo a su normatividad indígena, y con disposición para atender el asunto judicial.

3.4.1. Concepto de Fuero Indígena.

⁸² *Ibíd.*

El Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil de acuerdo a la Sentencia T-945/07, la Corte ha definido el fuero indígena como “el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad”⁸³.

Por lo tanto la Sentencia T-945/07 establece los elementos básicos que delimitan la competencia de las autoridades indígenas al señalar que:

- “1. Estas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.
2. De conformidad con sus propias normas y procedimientos y
3. Siempre que éstos no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República”⁸⁴.

Para que una autoridad administre justicia necesita además de tener jurisdicción, contar con la competencia para poder resolver una situación en un asunto

⁸³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-945/07. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁴ *Ibíd.*

concreto y específico, de lo contrario esta autoridad se estaría extralimitando y saliendo de la órbita propia de su jurisdicción.

3.4.2. Factores del Fuero Indígena.

La Corte Constitucional de acuerdo a la precitada Sentencia T-945/07 del Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, ha definido los factores de acuerdo con los cuales se determina el fuero especial en el caso de comunidades indígenas que administran justicia, sosteniendo que estos son el personal y el territorial.

Ver Anexo G. Sentencia T-945 del año 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Jurisdicción Indígena. Configuración del Factor Personal y Territorial. Fuero Indígena. Condiciones de procedibilidad. Problema Jurídico.⁸⁵

El operador judicial debe valorar todas las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, teniendo la facultad de determinar cual es el factor a aplicar en un caso determinado, pues no necesariamente deben concurrir el factor territorial y el personal para poder determinar si un indígena es digno o no de ser juzgado por la Jurisdicción Especial Indígena.

3.5. ELEMENTOS DEL FUERO INDÍGENA

⁸⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-945/07. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

El Magistrado Ponente de la Sentencia T-496 de 1996 doctor Carlos Gaviria Díaz, se refiere al fuero indígena, y dice que este fuero no es otro que el derecho que poseen los miembros de un grupo indígena a ser juzgados dentro de su comunidad de acuerdo a los procedimientos y normas del mismo. Este fuero comprende dos elementos:

“1) El primer elemento de carácter geográfico, a partir del cual cada grupo puede juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio de acuerdo con sus propias reglas.

2) El otro elemento de carácter personal, de acuerdo al miembro perteneciente a una etnia indígena, puede ser juzgado según las reglas y las autoridades de su propia comunidad⁸⁶”.

Para el escritor Boaventura de Sousa, “en principio no es indispensable que los dos elementos ocurran. Es fundamental que el individuo pertenezca a un pueblo indígena para hacerse acreedor a este derecho, pero no es necesaria que la acción sea ejecutada dentro del territorio indígena⁸⁷”.

⁸⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-496/1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁷ SANTOS, Boaventura. Op. cit. Pág. 88.

Es necesario conocer que para Boaventura de Sousa la Corte Constitucional identificó dos posibilidades:

La primera tiene lugar cuando la conducta del indígena es punible en el ordenamiento nacional, pero no representa una falta dentro de la comunidad. En este caso, el indígena debe someterse a la jurisdicción nacional. Sin embargo, si se llega a la conclusión de que el autor de la acción posee una visión del mundo tan diferente a la de la sociedad mayor que no le permite comprender la razón, debe reconocérsele el derecho al fuero.

La segunda posibilidad se presenta cuando la conducta es sancionada en ambos ordenamientos. El juez debe determinar el grado de adaptación del individuo a fin de establecer la conveniencia de que se le juzgue dentro del sistema jurídico, o si debe ser remitido a su grupo para que allí se le juzgue⁸⁸.

Es por eso, que para la Corte Constitucional hay miembros de las comunidades indígenas que han perdido su identidad cultural, y han asimilado la cultura del hombre occidental; lo cual trae como consecuencia la pérdida del fuero especial indígena. Cuando esto ocurre y el indígena ha asimilado la otra cultura y se comporta de acuerdo a la cultura occidental, deja de estar cobijado por la jurisdicción especial indígena, y entra a estar bajo la órbita de la jurisdicción ordinaria.

De ahí que Boaventura de Sousa recuerda que “en la Sentencia C-058 de 1994 cuyo magistrado sustanciador fue Alejandro Martínez Caballero se determinó que para ser indígena en Colombia se requieren dos condiciones: conservar las prácticas y costumbres ancestrales, y no separarse ni de la comunidad ni del territorio que tradicionalmente se ha ocupado”⁸⁹.

⁸⁸ *Ibíd.* .Pág. 88.

⁸⁹ SANTOS, Boaventura. *Op. cit.* Pág. 89.

Por eso cuando un indígena abandona su comunidad y se marcha a otro territorio, separándose del seno de ésta y alejándose de su cultura, la consecuencia jurídica que obtiene es la pérdida del fuero indígena.

Sin embargo, la Sentencia T-811/04 cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Jaime Córdoba Triviño añade un tercer elemento adicional a los otros dos elementos esenciales, a saber:

- “1. El personal con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad.
2. El territorial que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.
3. El objetivo, referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva⁹⁰”.

Es bueno recalcar que no es necesario que estos elementos concurren simultáneamente, el Juez debe valorar todas las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y el grado de pureza cultural que conserva el miembro de la comunidad indígena que está siendo juzgado, para determinar la jurisdicción que

⁹⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-811/2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

debe proceder a resolver el asunto.

Es por eso que la Sentencia T-1238/04 citada con anterioridad dice que el fuero puede derivarse del factor personal, y ha señalado que:

En los casos en el que el delito se comete fuera del territorio de la comunidad, la jurisprudencia constitucional exige, para que se reconozca el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena, que se tenga en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos⁹¹.

Por eso para que un indígena tenga derecho al fuero debe tener una identidad de arraigo hacia su comunidad, y comportarse de acuerdo a las costumbres de la misma, sin seguir el modo de comportamiento de la sociedad occidental.

La realidad en Colombia es otra; las comunidades indígenas han ido perdiendo su identidad cultural progresivamente. Ya casi todas las comunidades indígenas están siendo absorbidas por las ciudades, las comunidades indígenas y sus miembros necesitan de la civilización occidental y del Estado Colombiano para poder sobrevivir; en su gran mayoría se han integrado a la actividad económica nacional, y están empezando a ser protagonistas directos de la dinámica nacional.

Finalmente en relación con el elemento subjetivo, destaca la Sentencia T-1238/2004 que “el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una

⁹¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-728 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Citada por: Sentencia T-1238/2004. Op. cit.

determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos. Por ello, no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia como presupuesto, junto con los demás, para la procedencia del fuero. Es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres”⁹².

⁹² Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-1238/2004. Op. cit.

4. REGLAS, PENAS, SANCIONES, NORMAS Y USOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Las autoridades indígenas en la investigación de los delitos recurren a todo tipo de prácticas para poder resolver el asunto judicial que están llevando a cabo. No solamente tienen en cuenta las pruebas reconocidas en los diferentes códigos y leyes colombianas; sino que acuden a todo tipo de indicios, sueños, apariciones, y fuerzas de la naturaleza para poder solucionar los casos que son ventilados por su jurisdicción.

4.1. LÍMITES EN CUANTO A SANCIONES

La Sentencia C-139/96 de acuerdo con el Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz enuncia que:

Es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa. En este punto, no entra la Corte a determinar cuáles pueden ser estas conductas, ni cuáles los límites de su sanción. Conforme con la perspectiva interpretativa señalada anteriormente, corresponde al juez en cada caso trazar dichos límites, y al legislador establecer directivas generales de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el nacional⁹³.

⁹³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-139/96 de acuerdo con el Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.

El fueite es un símbolo, es un ritual que usa la comunidad indígena para castigar a alguno de sus integrantes, y restablecer la armonía que el individuo había perdido, es pues una forma de purificación del individuo que ha cometido una falta.

No se debe imponer a las comunidades indígenas castigos o penas contemplados en la legislación occidental, pues se estaría violando la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, y el respeto a la diversidad étnica y cultural que estos tienen consagrados en la Constitución.

4.2. ALGUNAS COSTUMBRES DE COMUNIDADES INDÍGENAS

4.2.1. Para los Paeces.

De acuerdo con Boaventura de Sousa “algunas comunidades indígenas como los Paeces de la zona andina tienen una concepción fisiológica y anatómica propia con respecto a la cual los hijos de un hombre son los hijos de la mujer fecunda, su compañera reconocida socialmente, no importa por quien hayan sido engendrados”⁹⁴.

Por lo tanto para Esther Sánchez “la mujer Páez debe amamantar a sus hijos hasta los cuatro años. La vaca es elemento del subsuelo en donde se encuentran, además de la vaca, el cerdo, la serpiente, los tiestos de los Pijaos, el plátano y los

⁹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit. Pág. 169.

muerdos, todos estos elementos y seres destructores que descomponen lo que tocan, hacen mal, pudren y conducen a la muerte”⁹⁵.

Los Paeces al igual que el filosofo Empédocles de la antigua Grecia pensaban que había un origen en todas las cosas, en donde los elementos que predominaban eran el subsuelo, la tierra, el sol, la luna y las nubes. En donde el agua y el aire eran las nubes y la luna, la tierra comprendía también el subsuelo, y el fuego era el sol.

Es importante el aporte que hacen Hugo Portela y Herinaldy Gómez sobre el agua, como “elemento fundamental de sus representaciones, se hace de necesario uso ritual. La prohibición de pisar agua en periodo de posparto, porque repercute en el cuerpo individual y en el social, es una manifestación de cómo se refuerza la normatividad cultural”⁹⁶.

Por eso para Boaventura de Sousa “Los paeces han visto como los mestizos delegan la crianza y educación de los hijos a sus compadres, generalmente ricos. Ser compadres para los paeces es compartir el proceso de crianza, práctica impensable culturalmente, ya que la crianza no se delega. El niño se protege

⁹⁵ SÁNCHEZ BOTERO, Esther. “Aproximación al estudio del sistema cognoscitivo de la alimentación Páez”. En Revista Palabra. Popayán. Universidad del Cauca. 1984. Colombia. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit. Pág. 169.

⁹⁶ PORTELA, Hugo y Herinaldy Gómez. “Territorio, Cultura y The Walas”. Ponencia presentada durante el VI Congreso de Antropología. Universidad de los Andes. 1992. Bogotá – Colombia. Citado por: SANTOS Boaventura de Sousa Op. cit. Pág. 170.

durante esa prohibición. Los huérfanos son asumidos por los parientes de la misma patrilocalidad como clasificables”⁹⁷.

Para los indígenas Paeces se nota el gran arraigo familiar que tienen, todos sus miembros colaboran con la crianza de los menores. Este tipo de costumbre está muy arraigada en la cultura latinoamericana.

Por ejemplo para Boaventura de Sousa “el que consume cerveza como lo hacen los blancos se convierte en un “lame botella, de los que no toman chicha”. Tomar cerveza y no chicha son actos que no se asocian históricamente. La chicha es un símbolo y a diferencia de la cerveza, denota comunicación”⁹⁸.

Para los Paeces la chicha es un elemento que usan habitualmente, su consumo está arraigado a su cultura; la chicha es un hecho social, y se relaciona con la fuerza del trabajo. Es increíble como existen similitudes en los comportamientos de los Paeces con filósofos de la antigüedad y con el mismo Jesús de Nazaret, pues para Jesús el dar era sinónimo de recibir, cuando decía Pedid y se os dará, llamad y se os abrirá.

Para los Paeces es muy importante el contacto con los demás miembros, el consumo de chicha les sirve para interrelacionarse con los demás, para dar, recibir

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit. Pág. 170.

⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit. Pág. 170.

y ofrecer. En los evangelios de Jesús encontramos reiteradamente a los pobladores de la época consumiendo vino, en el mundo de los paeces encontramos es el consumo de la chicha.

Es supremamente importante que los productos que ellos cultivan y producen se redistribuyan entre sus miembros de acuerdo a las normas. Ellos aceptan el consumo de la cerveza entre sus miembros, pero prohíben que sus miembros la tomen con los hombres blancos.

Por eso para Boaventura de Sousa, “hacer minga, reunirse para tomar chicha, hacer dieta posparto, lavarse ritualmente, proteger a los niños mediante rituales y enterrar a los muertos son algunos de los ritos y comportamientos de los paeces que contrarían las nuevas creencias”⁹⁹.

Los Paeces tienen por costumbre repartir entre los miembros de la comunidad el producto de las cosechas, y los productos de la caza y la pesca. El no hacerlo es una costumbre extraña en ellos, esto es un gran ejemplo para la sociedad occidental que vive permanentemente luchando por la supervivencia individual. Por eso la Constitución Política consagró el principio imperativo de la solidaridad, para que los individuos antepongan los intereses generales sobre los particulares.

⁹⁹ *Ibíd.* Pág. 173.

Ver Anexo H. Sentencia T-523 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. El Caso Concreto. La Tradición de la Comunidad Páez. Legalidad de las Penas. El fuate y el destierro. Figura del fuate no constituye tortura ni pena.¹⁰⁰

Lamentablemente el altruismo y la ayuda al prójimo es la excepción en la sociedad occidental, es casi una utopía, pues el hombre occidental en el fondo es un ser Darwiniano, es una víctima más de la sociedad de consumo, lucha por la supervivencia individual, dejando de lado el fenómeno social, y anteponiendo constantemente los intereses particulares sobre los generales.

La Constitución y las leyes Colombianas desgraciadamente tienen que recordarles a sus ciudadanos que la solidaridad es uno de los principios más importantes en cualquier sociedad para preservar su existencia, lo que no ocurre en las comunidades indígenas; pues estos tienen como principio sagrado la solidaridad y la colaboración entre sus integrantes.

4.2.2. Para los Wayúu.

Según cuenta Boaventura de Sousa, “una joven Wayúu a los 13 años después de menstruar deja de ser niña, y es pensada como mujer casadera y está aún bajo

¹⁰⁰Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-523/97. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

la autoridad del clan”¹⁰¹.

El sentido de padre genético que existe en la sociedad occidental no es el mismo para la comunidad indígena; para los Wayúu el padre no es solamente el que engendra un hijo, también lo pueden ser otros miembros de la comunidad, como el hermano de la madre, o sea el tío materno; el cual tiene la patria potestad sobre la figura que el mundo occidental conoce hoy como sobrinos. Además, cuando la niña se casa existe la figura de la dote, como ocurría en algunas costumbres occidentales anteriormente.

Este tipo de prácticas, en donde una menor de edad una vez que menstrúe pasa a ser prácticamente una mujer, puede ser objeto de críticas por la sociedad occidental; pero para los Wayúu es completamente normal, y la joven en su formación está completamente preparada para asumir este reto.

4.2.3 Para los Embera-Chamí.

Los escritores Cesar Perafán y Luis Alejandro Azcárate, ponen por ejemplo que “en la comunidad Embera-Chamí existe una clara diferenciación entre un orden humano y un orden mágico religioso. Se persigue es el “control de las fuerzas de la naturaleza”; entendida esta naturaleza dentro de la cosmovisión Embera-Chamí,

¹⁰¹SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit. Pág. 176

que incluye los sustratos de los tres mundos y de los espíritus que los habitan y que se realiza a través de la práctica del jaibanismo y de la ritualidad”¹⁰².

Los precitados escritores Cesar Perafán y Alejandro Azcárate dicen que:

Dentro de la comunidad el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. De este modo, se castiga con tres años el homicidio que comete un padre en la persona de un jaibaná (hechicero) cuando éste sospecha que su hijo murió por causa del último; con cinco años el homicidio que se comete en estado de embriaguez; con seis años el homicidio del esposo de una mujer del que se está enamorado (a la mujer se le castiga con 3 años de cepo y trabajo forzado por provocadora); y con ocho años el homicidio que comete un jaibaná haciendo uso de sus poderes sobre las fuerzas de la naturaleza (el castigo es particularmente grave por el estado de indefensión de la víctima)¹⁰³.

Puede parecer muy benigno para la sociedad occidental el castigo que se le impone al padre de un menor por cometer homicidio en la persona de un Jaibaná (hechicero), por considerar el padre del menor que el tratamiento que le brindó el Jaibaná al menor no fue el acertado para curar su mal. Para la sociedad occidental estaríamos ante un homicidio acompañado de todos los agravantes y calificativos que un fiscal pueda sindicar; pero para la cultura Embera Chamí existe una tabla de valores que está de acuerdo a su cosmovisión indígena. Por eso es que hay que respetar la cultura indígena, así no le guste al hombre blanco, y para la cultura occidental no parezca justa, porque en la comunidad indígena son otros los valores que operan, y el concepto de justicia occidental tiene otra connotación.

¹⁰² PERAFÁN, Carlos César y AZCÁRATE, LUIS Alejandro, Sistema Jurídico Chamí. Proyecto Sistemas Jurídicos Chamí, Guambiano, Tukano y Sikuani. COLCIENCIAS, ICAN. Marzo de 1996. (Inédito). Colombia. Pág. 8. Citado por: Sentencia T-349/96. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰³ PERAFÁN, Carlos Op. cit, Pág. 71. Citado por: Sentencia T-349/96. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Es muy interesante el análisis que hacen Cesar Perafán y Alejandro Azcárate acerca de los problemas que la cárcel le puede generar a un indígena, cuando dicen:

En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica sólo, el castigo es muy corto, de 12 a 24 horas, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo -nocturno- que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro¹⁰⁴.

Con lo anterior, se demuestra que no siempre la privación de la libertad en las cárceles Colombianas logan cumplir las funciones de la pena establecidas en la Ley 599 del año 2.000 (Código Penal Colombiano), pues no siempre la cárcel previene, ni reinserta, ni protege al condenado, y mucho menos cuando el reo es un indígena que es condenado a cumplir condenas en cárceles del Estado. Desgraciadamente muchas veces los condenados salen peor de cómo entraron a los centros de reclusión.

Ver Anexo I. Fotos de Jueces indígenas que dan ejemplo en Colombia¹⁰⁵

¹⁰⁴ PERAFÁN, Carlos Op. cit. Pág. 82-83. Citado por: Sentencia T-349/96. Op cit.

¹⁰⁵ SALAZAR, Hernando. BBCMUNDO.com. Jueces indígenas dan ejemplo en Colombia. Martes, 10 de febrero de 2009. BBC Mundo. Bogotá -Colombia. Pág. 1. Documento disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7882000/7882300.stm. Consultado 31 de Mayo, a las 11:04.P.M.

4.3. FORMA COMO LOS INDÍGENAS APLICAN JUSTICIA

En Colombia los pueblos indígenas reconocidos tienen la facultad de acudir a su propia justicia, en los casos que consideren necesario. En el departamento del Tolima se creó el primer Tribunal Superior Indígena, el cual ha tenido muy buenos resultados.

Hernando Salazar, escribe sobre la forma de cómo los indígenas aplican justicia en Colombia, y dice que “Nelson Martínez preside el primer Tribunal Superior Indígena de Colombia, establecido hace ocho años, al sur de Bogotá, y está orgulloso de los resultados. A la jurisdicción indígena llegan todo tipo de delitos como inasistencia alimentaria, homicidio, lesiones personales, hurto, litigios por tierras y abusos sexuales, en los que están comprometidos miembros que pertenecen a las comunidades indígenas”¹⁰⁶.

La justicia indígena por lo general es mucho más rápida que la ordinaria, hay casos que la justicia ordinaria se demora varios meses; mientras que en la indígena tarda solo algunos días.

¹⁰⁶ SALAZAR, Hernando.BBCMUNDO.com. Jueces indígenas dan ejemplo en Colombia. Martes, 10 de febrero de 2009.BBC Mundo. Bogotá - Colombia. Pág. 1. Documento disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7882000/7882300.stm. Consultado 31 de Mayo, a las 11:04.P.M.

La justicia indígena acude a todo tipo de métodos para resolver sus asuntos, como por ejemplo cuando se acude al hechicero o al chamán para conocer la verdad de un caso determinado. Sin embargo, es muy común que la justicia indígena solicite en algunos casos ayuda o apoyo a la justicia ordinaria y sus autoridades forenses, sobre todo cuando necesitan practicar algunos peritazgos y experticios técnicos. Sin desconocer que en el momento de fallar, la aplicación de las penas la asume finalmente la jurisdicción indígena en lo atinente a los casos ventilados por su jurisdicción.

4.3.1. Eficiencia contra la impunidad.

Para Hernando Salazar, “la eficiencia de los indígenas para resolver delitos suena bien en Colombia, donde los índices de impunidad son superiores al 90% y no faltan quienes se toman la justicia por sus propias manos. Sin embargo, la jurisdicción indígena es criticada por el tipo de sanciones que aplican a los delincuentes, como los azotes, el cepo o el destierro”¹⁰⁷; pues para los que critican la justicia indígena consideran que ese tipo de castigo es muy cruel y degradante con el ser humano.

Sin embargo tal como afirma Hernando Salazar, en la cosmovisión indígena “lo que el blanco llama cruel e inhumano para los indígenas no es. Los (indígenas)

¹⁰⁷ SALAZAR, Hernando, Op cit. Pág. 1.

Paeces (del sur del país) practican el látigo, como reflexión, y el cepo, como “abrazo del rayo y del trueno”. Entre los indígenas pijaos del Tolima cuando alguien es sancionado con una vara eso significa que el responsable se pretende “enderezar”. “Si una persona es sancionada físicamente, los chamanes les hacen baños (de hierbas) y salen sin rencores ni remordimientos”¹⁰⁸.

Los indígenas colombianos dan ejemplo de un gran nivel cultural, al asumir con tanta naturalidad una sanción y una pena, sin llenarse de ira y odios en contra de las personas que ejecutan el castigo. Lo hacen convencidos de que es su obligación cumplir la pena que se les impone.

Esto demuestra que la pena que el hombre occidental le aplica a los condenados tiene un ingrediente de odio y de rencor. Pues muchas veces no se cumplen las funciones de la pena, y lo que queda es venganza y dolor en la persona del condenado, sin lograrse a cabalidad que este se reinsera de nuevo a la vida social.

4.3.2. Límites a los Castigos.

Según Hernando Salazar, “la Corte Constitucional de Colombia sentenció que los indígenas en ningún momento pueden violar los derechos a la vida, a la integridad del cuerpo, a no ser esclavizado y al debido proceso. Eso explica que algunas

¹⁰⁸ Ibíd. Pág. 2.

prácticas hayan desaparecido o estén siendo combatidas, como el asesinato de brujos y de niños desmovilizados de grupos armados ilegales, el corte de clítoris, o el abandono de gemelos”¹⁰⁹.

Este tipo de prácticas se han criticado mucho de parte de los defensores de los Derechos Humanos y otros estamentos de la sociedad; sin embargo, han sido aceptadas por los miembros de las comunidades indígenas a través de su historia. Le quedaría como tarea a la Corte Constitucional decidir hasta donde puede ser bueno o no limitar las penas y castigos de estas comunidades, sin afectar la identidad y la cultura que aún tienen los pueblos indígenas de Colombia.

4.3.3. Otra Instancia.

Algunas veces se presentan problemas en las decisiones de la justicia indígena, pues la corrupción y el tráfico de influencias han llegado a permeabilizar la justicia indígena, y las autoridades que imparten la justicia indígena son vulnerables a esta mala práctica que hoy carcome a la sociedad Colombiana.

Por eso se han creado Tribunales de Segunda Instancia en el Departamento del Tolima, para que se puedan impugnar las decisiones judiciales que se consideran equivocadas y se respeten aún más los derechos de las comunidades

¹⁰⁹ *Ibíd.* Pág. 2.

indígenas. Cada caso debe ser analizado por parte del operario judicial indígena según su contexto social y cultural, pues varía mucho de una comunidad indígena a otra.

Es importante conocer tal como afirma Hernando Salazar, que “el Tribunal indígena del Tolima ya ha emitido fallos en 689 casos, donde no solo se imponen penas privativas de la libertad, sino también compensaciones económicas a las víctimas”¹¹⁰.

4.3.4. Críticas a Penas y Sanciones.

La justicia indígena presenta muchas fallas, por lo tanto no se puede idealizar, lo importante es que funciona para las comunidades indígenas. Esta justicia se ha ido divulgando y conociendo a través de diferentes medios de comunicación, publicaciones y congresos indígenas. Además, cumple una labor muy importante en aquellas comunidades donde se aplica y es aceptada por sus miembros.

No hay un sistema de justicia perfecto, la justicia indígena como todas presenta fallas, hay casos de abusos en la justicia indígena; pues en algunas ocasiones sus autoridades han sancionado a sus miembros con privaciones de la libertad exageradas. Algunas autoridades Paeces han condenado a los integrantes de su comunidad a penas superiores al máximo legal de 50 años.

¹¹⁰ *Ibíd.* Pág. 3.

La Procuraduría General de la Nación se ha pronunciado:

De acuerdo con un informe presentado el pasado 10 de enero por el director del centro de reclusión del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de San Isidro (Popayán), cinco de los 20 indígenas paeces remitidos por la Jurisdicción Indígena a este centro fueron condenados a 60 años de prisión. Los indígenas condenados por la jurisdicción indígena, están cumpliendo sus penas sin tener acceso a la redención de penas por trabajo y estudio, ello, a pesar de que dicha práctica está contemplada en el derecho Páez¹¹¹.

Los operadores judiciales de todos los sistemas de justicia son humanos y pueden cometer errores, por eso ha sido importante la labor de la Corte en establecer algunos límites, pues de lo contrario la justicia indígena podría extralimitarse en sus funciones, violando derechos fundamentales reconocidos por el Estado Social de Derecho en el año 1.991.

4.4. LA POSICIÓN DE LOS INDÍGENAS

Cada comunidad indígena ha desarrollado su propio nivel de jurisdicción, éstas han ido en una constante evolución en la construcción de su justicia.

En cada comunidad se atienden casos diferentes, como es el caso de la comunidad Embera que atiende asuntos graves algunos casos de homicidio. Pero hay otros casos como la comunidad indígena Tule que no asumen estos retos judiciales, y remiten los asuntos que se les presentan a la jurisdicción ordinaria.

¹¹¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Procuraduría pide definir condiciones de reclusión de miembros de comunidades indígenas. 22 de febrero de 2007. Bogotá – Colombia. Documento disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2007/noticias_057.htm. Consultado 31 de Mayo, a las 11:16 P.M.

En ocasiones hay comunidades indígenas que han adoptado los mismos principios de la estructura judicial de la sociedad occidental, como es el caso de la comunidad Embera Chamí de Risaralda, que ha solicitado a la Policía Nacional que se les capacite en cursos de resolución pacífica de conflictos.

De esta forma estas comunidades han creado vínculos con la jurisdicción ordinaria, y la han ido asimilando en su cultura, lo cual hace que su justicia vaya evolucionando hacia una forma más integral.

De todas formas pese a la influencia de la sociedad occidental en la cultura de las comunidades indígenas, éstas han asumido con gran propiedad el reto de tener una autonomía judicial. Se han realizado congresos sobre justicia para compartir las experiencias que se tienen en las comunidades.

Las comunidades indígenas han tocado todas las puertas Estatales para hacer valer su cultura. Sin embargo, necesitan recursos económicos, y el apoyo del Estado y de la sociedad en general para poder mantener la independencia de su propia jurisdicción.

5. CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

5.1. EVENTOS DE CONFLICTOS DE COMPETENCIA

La Sentencia T-523/97 cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz dice que:

Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos¹¹².

La precitada sentencia hace una importante distinción porque, como lo señaló la Corte Constitucional en una decisión reciente:

La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad...¹¹³.

¹¹² Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-523/97. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹¹³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-523/97. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz

El Juez por lo tanto debe permitir que los procesos cursen el camino en la jurisdicción correspondiente, so pena de violar la normatividad jurídica y la Constitución Política, al poder incurrir en la violación de algunos derechos fundamentales, como el debido proceso y denegación de acceso a la justicia.

Ver Anexo J. Sentencia T-728 del año 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Jurisdicción Indígena. Competencia¹¹⁴.

Por lo tanto el juez no debe violar el derecho fundamental del debido proceso, del juez natural y de la legalidad, respetando la autonomía de la comunidad indígena. Ante cualquier violación de un derecho fundamental, se podría fácilmente interponer acción de tutela para que se restablezcan los derechos violados, se invalide la actuación del juez y se remita el proceso a la jurisdicción correspondiente.

5.2. FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA.

Según la Sentencia T-552/03 cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Rodrigo Escobar Gil son:

a) Existencia de la autoridad indígena que reclame el conocimiento del asunto, debidamente constituida y reconocida;

¹¹⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-728/2002. Op cit.

- b) Pertenencia al grupo indígena de que se trate de la persona a quien se le imputa el delito investigado;
- c) El lugar de ocurrencia del hecho: que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena;
- d) El elemento de carácter objetivo: que el sujeto pasivo o el objeto material de la conducta, pertenezca a la comunidad indígena¹¹⁵.

No es necesario que el factor territorial y el personal concurren simultáneamente, basta con que el indígena este integrado a su comunidad, practique y conserve las costumbres de ésta.

Hay que recalcar que el órgano competente para dirimir la colisión de competencias entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

5.3. AUSENCIA DE LEY DE COORDINACIÓN

Según la Sentencia T- 552 de 2003 la Constitución Política Colombiana dispone que corresponda a la ley establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. La jurisprudencia ha señalado, sin embargo, que "la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez

¹¹⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-552 del año 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación”¹¹⁶.

5.4. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y LA ORDINARIA DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

5.4.1. Sentencia T-428 de 1992.

El Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón en la Sentencia T-428 de 1992, hace referencia a un caso de una comunidad indígena (Cristianía), perteneciente al grupo étnico Embera-Chamí, la cual se vio afectada por la ampliación, rectificación y pavimentación de una carretera que era continuación de la Troncal del Café.

De acuerdo por lo narrado por Boaventura de Sousa, es necesario conocer que:

La obra causó daños graves en las construcciones ubicadas en la zona aledaña a la carretera. Las remociones de tierra junto con el uso de dinamita contribuyeron a la destrucción de las propiedades de los indígenas, amenazando la integridad del grupo. Así mismo el ruido y la presencia de extraños ahuyentaron al jai o al espíritu protector de la zona, dejando desamparada -en términos espirituales- a la comunidad. Esta recurrió a la tutela para solicitar la suspensión de la obra y la reparación de los daños¹¹⁷.

Los indígenas son muy mágicos en su comportamiento, lo que el hombre blanco llama superstición, para ellos es algo perfectamente normal, ellos están convencidos que hay espíritus que los protegen, y si por alguna circunstancia

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ SANTOS Boaventura de Sousa. *Op. cit.* Pág. 47.

estas fuerzas protectoras se van, quedan en completa indefensión, lo cual puede acarrear para ellos su propia destrucción.

Por eso según el escritor Boaventura de Sousa:

En este caso se enfrentaban dos tipos de intereses: el de la comunidad indígena, que buscaba preservar, proteger y garantizar la integridad de su territorio, y el interés del resto de la comunidad que buscaba el crecimiento económico de la zona, debido a que la construcción de la carretera facilitaría el intercambio comercial de la zona con el resto del país. La Corte resolvió el conflicto a favor del pueblo indígena, para ello reinterpreto el principio de la primacía del interés general de acuerdo con los fundamentos del nuevo Estado Social de Derecho: participativo, pluriétnico y multicultural¹¹⁸.

En igual forma según se afirma en la Sentencia 428 del año 1992, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Ciro Angarita Barón, “el fallo se dio a favor de los embera-chamí, la Corte estableció que la protección a la diversidad étnica y cultural es un asunto de interés general, así a primera vista parezca beneficiar a unos pocos”¹¹⁹.

En este fallo prevalece el interés de la comunidad indígena sobre el interés del resto de la población. Aquí se le dio prevalencia a la preservación de la integridad del territorio indígena, para proteger su cultura y su etnia. Pues el nuevo Estado Social de Derecho de 1.991 consideró que había que respetar las diferentes culturas étnicas, darles participación, se consagró el principio de la pluralidad y

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág.47

¹¹⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-428 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op cit.* Pág.48

multiculturalidad indígena. A partir de la Carta de 1.991 las minorías étnicas son respetadas.

5.4.2. Sentencia T-405/93.

De otro modo el Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara en la Sentencia T-405/93, hace referencia a una acción de tutela impetrada por un miembro de la Comunidad Indígena del Medio Amazonas, y se instauró contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos. Según afirma el escritor Boaventura de Sousa los temas tratados fueron “los derechos de los indígenas; el conflicto de intereses de carácter general; y el derecho a un ambiente sano”¹²⁰.

En este asunto la comunidad indígena se quejaba de que se habían vulnerado derechos fundamentales al haberse violado su territorio, y se les estaba prohibiendo con esta obra el derecho a gozar de un ambiente sano. Adicionalmente, argumentaron no haber sido consultada previamente la instalación de los equipos técnicos y radares en su territorio, lo cual violaba las normas jurídicas que así lo exigían, y por lo tanto se instauró la tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos.

¹²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op cit. Pág.48

El caso ocurrió en la instalación y operación del radar que ocupó un área de 1.000 metros cuadrados, lo cual causó graves daños a la pista del aeropuerto y a la carretera que conduce a Araracuara, motivo por el cual los indígenas solicitaron a los norteamericanos la reparación de los daños.

Los norteamericanos al no querer responder a la comunidad indígena y negarse a sus peticiones, esta acuden a la acción de tutela para defender sus derechos, y ser oída ante las instancias judiciales.

Para Boaventura de Sousa también en este caso se enfrentan dos intereses colectivos:

El de la comunidad indígena que buscaba preservar su territorio de las injerencias de personas extrañas a las diferentes etnias que habitan el resguardo, cuya presencia estaba generando consecuencias negativas para la integridad cultural y para el equilibrio del ecosistema, y el del Estado que, basándose en consideraciones relativas a la soberanía nacional, y en la obligación de conservar el orden público y de garantizar la seguridad de los habitantes del territorio colombiano, consideraba indispensable la ubicación del radar en ese punto geográfico¹²¹.

Los ánimos que se presentan en este negocio, tienen puntos diametralmente opuestos, pues los intereses de las comunidades indígenas algunas veces riñen con los postulados de la sociedad en general, como es el bienestar general por encima del beneficio de unos pocos. ¡Ahí está el problema para la Corte Constitucional! saber resolver cuando el bienestar de la nación está por encima de los interés de algunos grupos o viceversa. Pues la sociedad Colombiana también

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op cit. Pág.49.

está integrada por la diversidad de grupos étnicos que la conforman; y el bienestar de estos conlleva de por sí al bienestar general.

Según el Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara en la Sentencia T-405 del año 1993, “la solución hallada por la Corte Constitucional reconoció que “la diversidad étnica y cultural es un principio fundante del Estado, que proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado, por eso las comunidades indígenas gozan de un estatus constitucional especial, pero dejó muy en claro que el interés general prevalece sobre el particular”¹²².

El interés individual de las comunidades indígenas por lo tanto no puede prevalecer sobre el interés de la país entero, máxime si los intereses de la nación están en juego. Cuando la Carta de 1.991 habla de la diversidad dentro de la unidad, se debe concluir que todos los habitantes sin distinción de su raza, color, o posición al estar dentro de la soberanía del Estado Colombiano, deben acatar y respetar su ordenamiento jurídico, al formar parte de una república unitaria.

Por consiguiente para el escritor Boaventura de Sousa:

La Corte consideró a los indígenas como parte integral de la nación, en igualdad de condiciones a los demás miembros, y se les impuso el deber de aceptar las limitaciones que ello implica. La Corte consideró que el único derecho que se veía afectado era la propiedad sobre el resguardo. Derecho al que le es inherente una función social, por lo que puede ser limitado en desarrollo del principio de solidaridad social. La construcción

¹²² Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-405 de 1993. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa Op cit. Pág. 49.

del radar, y las molestias que este generaba, se ubicaron dentro de esas limitaciones razonables al derecho de las comunidades¹²³.

Por lo tanto no se concedió la tutela a favor de la comunidad indígena del Medio Amazonas, solamente se les reconoció el derecho que tienen las comunidades indígenas a gozar de un ambiente sano.

En este fallo prevalece el interés del Estado sobre el interés de la comunidad indígena. Pues para la Corte Constitucional los radares que se instalen en el territorio indígena del Medio Amazonas no afectan para nada a la comunidad que allí vive. Los indígenas por lo tanto una vez instalado el radar continúan gozando de un ambiente sano; siempre y cuando el radar cumpla con todas las especificaciones técnicas para no afectar a la comunidad. Pues los indígenas no pueden olvidar que también hacen parte de la nación Colombiana, y deben aceptar que hay intereses nacionales que están por encima de su órbita local.

Esta sentencia marca un gran hito en cuanto prevalece el interés nacional sobre el indígena. Este fallo limitó la autonomía indígena, la cual debe respetar el interés de la nación entera.

5.4.3. Sentencia T-254 de 1994.

¹²³ SANTOS, Boaventura de Sousa Op cit. Pág. 49.

De acuerdo con el precitado escritor Boaventura de Sousa, la Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1994 cuyo Magistrado Ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz, se enfrentó a una acción de tutela interpuesta por un miembro de la comunidad Coyaima, “a quien el cabildo indígena le había impuesto como sanción la expulsión de la comunidad junto con su familia, así como la privación de la parcela que venía usufructuando”¹²⁴.

Para la Corte Constitucional los Derechos Humanos deben ser aceptados universalmente, son valores superiores y están por encima de los demás derechos, no pueden ser violados, por lo tanto la comunidad indígena no puede anteponer su cosmovisión a los valores supremos consagrados por los Derechos Humanos.

Según afirma Boaventura de Sousa, “la Corte concedió la tutela a favor del miembro de la comunidad. La sanción impuesta por el cabildo había sido la expulsión del condenado y a su familia del resguardo, la pena impuesta resultaba desproporcionada. Además, contraría el artículo 5-3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que establece que “la pena no puede trascender la persona del delincuente”¹²⁵.

¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa Op cit. Pág. 78.

¹²⁵ *Ibíd.* Pág. 80.

Por lo tanto, en este fallo también prevalece el interés de la nación sobre el interés de la comunidad indígena Coyaima, pues se limitó la jurisdicción indígena a acatar los derechos humanos, a que no abusaran las autoridades judiciales indígenas en sus fallos, pues estas en algunas ocasiones emitían fallos desproporcionados en contra de los miembros de su comunidad.

Esta sentencia sujeto a las etnias indígenas de Colombia a acatar los derechos humanos, a una serie de principios y valores desconocidos para estas comunidades, muchos de los cuales eran ajenos a la cosmovisión indígena. Es relativo pensar que haya sido un gran paso, pues podría estar limitando aun más la autonomía indígena, lo cual podría afectar la identidad indígena y los valores autóctonos que estos grupos profesan.

5.4.4. Sentencia C-139 de 1996.

De otro modo según afirma Boaventura de Sousa, en la Sentencia C-139 de 1996 cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional concluye que “las comunidades indígenas tienen el derecho colectivo a mantener su singularidad cultural. Este únicamente puede limitarse cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de sus miembros, el cual debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad”¹²⁶.

¹²⁶ *Ibíd.* Pág. 81.

Por lo tanto este tipo de limitación debe fundarse en un principio constitucional de superior jerarquía, debe estar aun por encima del derecho a la pluralidad y diversidad étnica y cultural que tienen los indígenas en Colombia.

Lo único que puede limitar la autonomía indígena son los principios constitucionales, los cuales tienen un valor superior y deben ser determinados por los jueces de la República. Dándoles a los intérpretes judiciales una gran autonomía en la valoración de cada caso, pues cada una de las 81 etnias requiere una solución específica de acuerdo a su cultura.

5.4.5. Sentencia T-349 de 1996.

Para el escritor Boaventura de Sousa la Sentencia T-349 de 1996 cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz restringió los límites establecidos. En este caso la Corte planteó “como premisa básica y general la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, así como la minimizaron de las restricciones. Solamente se admiten las restricciones a la autonomía indígena cuando se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, y se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”¹²⁷.

¹²⁷ *Ibíd.* Pág. 82.

De esta manera, la Corte cada vez le va dando más impulso a la autonomía indígena en Colombia, para que estos grupos no pierdan su identidad. Tratando en lo posible de no limitar su autonomía, respetar sus derechos, rescatar en lo posible todos sus valores y principios que han sido vulnerado a través de la historia.

De acuerdo con el precitado autor Boaventura de Sousa:

La Corte estableció que los límites aceptables son el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y prohibición de la tortura, el artículo 246 de la Constitución: la legalidad en el procedimiento, lo cual implica para el caso concreto que el juzgamiento debe hacerse conforma a las normas y procedimientos de la comunidad indígena. La Corte aclaró que estas garantías deben extenderse dentro del procedimiento de cada ordenamiento indígena¹²⁸.

La Corte Constitucional enuncia en forma taxativa cuales son los derechos fundamentales que limitan la autonomía de las comunidades indígenas, y resalta el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la legalidad de los procedimientos. Estos derechos fundamentales enmarcan la maximización de la autonomía indígena.

5.4.6. Sentencia T- 496 de 1996.

De otro modo de acuerdo a los hechos narrados por Boaventura de Sousa, en la Sentencia T- 496 de 1996 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Carlos Gaviria Díaz:

¹²⁸ *Ibíd.* Pág. 83.

El autor es un indígena Páez, llamado Libardo Guainas Finscue el cual había sido condenado a veinte años de prisión por un juez de la república, e interpuso acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila, por vulneración de sus derechos a la protección de la diversidad étnica y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho que tienen los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial ,para que se les juzgara de acuerdo con las normas de su comunidad¹²⁹.

Para la cultura Páez la pena privativa de la libertad degrada al ser humano, ese tipo de sanciones no son bien vistas en muchas culturas indígenas. La cárcel por lo tanto atenta contra la dignidad humana.

Se solicitó una valoración de un profesional en psiquiatría, para establecerse el grado de inmadurez psicológica que tenía el actor de la conducta, y si podía declararse su inimputabilidad, a su vez se procedió a hacer un estudio con un antropólogo con igual fin.

El Psiquiatra Forense, que analizó a Libardo Guainas determinó que éste tenía pleno conocimiento de los actos que había cometido, al haber tenido mucho contacto con la civilización occidental, comprendiendo perfectamente la ilicitud de su conducta, pues el señor Libardo Guainas había trabajado en fincas que no pertenecían a la comunidad indígena, y por lo tanto este se había aculturizado lo suficiente para saber que estaba cometiendo un delito.

¹²⁹ *Ibíd.* Pág. 84.

Es así que la calidad de imputable de la conducta punible fue ampliamente valorada y debatida en el proceso instaurado por el señor Guainas.

De acuerdo a lo señalado en la conclusión de la Sentencia T- 496 de 1996, cuyo Magistrado Ponente fue Carlos Gaviria Díaz:

La anterior tutela no es procedente, pues el actor estaba enterado de la existencia de normas que prohibían causar la muerte, que conjugadas con sus características personales y las circunstancias geográficas del hecho, no le dan derecho a fuero. Por otra parte, y a la luz de las pruebas aportadas, la Corte concluye que los jueces penales no incurrieron en vías de hecho dentro del proceso seguido contra el actor. En efecto, las reglas de la sana crítica fueron aplicadas en la valoración de las pruebas, sin que se pueda concluir que por el hecho de aceptar el informe del psicólogo forense y no del antropólogo, se esté incurriendo en una conducta que afecte el derecho al debido proceso, o incluso el principio de diversidad étnica y cultural¹³⁰.

Con esta sentencia la Corte va marcando como tendencia jurisprudencial, el mayor grado de pureza étnica y el menor grado de aculturamiento que deben tener los miembros de una comunidad indígena para poder tener acceso a la jurisdicción especial indígena. Porque si el autor de una conducta entiende perfectamente la ilicitud del acto que está cometiendo pues se estaría alejando de la óptica judicial de su comunidad indígena, acercándose de esta manera a la jurisdicción ordinaria.

Esta sentencia se quedó corta al no analizar la función de la pena dentro de la cosmovisión indígena.

¹³⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T- 496 de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz

5.4.7. Sentencia SU-039/97.

Por otro lado, en la Sentencia SU-039/97 cuyo Magistrado fue Hernando Herrera Vergara se aborda el caso de la comunidad indígena U'WA, y son tema de estudio la Acción de Tutela y Suspensión provisional de Acto Administrativo.

La comunidad indígena U'WA, son un grupo sui generis, para los cuales existe un equilibrio en el universo, consideran que perforar la tierra para hacer un pozo en busca de petróleo es un sacrilegio tan grande que puede ocasionarle la muerte a la tierra. En su cosmovisión el excavar la tierra, es atentar contra ella, es herirla de muerte. Al hacerse este tipo de perforaciones atenta contra la cultura y la identidad del pueblo U'WA, conllevándolo prácticamente a su desaparición.

De acuerdo a Boaventura de Sousa:

La Corte Constitucional ya se había pronunciado en varias ocasiones al respecto pero aun no habían establecido una posición uniforme. En efecto, mientras que en la Sentencia T-428 de 1992 había determinado que la idea de respeto a la diversidad debía prevalecer sobre el interés de la sociedad occidental, en el fallo T-405 de 1993 optó por beneficiar el interés nacional sobre el interés de las comunidades indígenas del medio Amazonas. Sin embargo, nunca antes la Corte Constitucional se había enfrentado a un problema tan serio en el que la satisfacción del interés de la nación acarrearía la desaparición de un grupo étnico. No se trataba tan solo de la amenaza de suicidio¹³¹.

Fue algo inusual que un grupito de indígenas se tomaran tan apecho una situación que aparentemente no tenía ninguna connotación para la sociedad occidental, y

¹³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit .Pág. 119.

fueran noticia mundial, fue algo insólito que logro despertar el interés internacional, y lograr el respeto por su ideas y visión del universo.

Prácticamente la ideología occidental es la que siempre se ha impuesto en las tierras americanas, solamente en las últimas décadas se le han ido reconociendo y respetando sus derechos a las comunidades indígenas.

Según narra el escritor Boaventura de Sousa, “durante un año el Consejo de Estado y la Corte constitucional estudiaron el caso incumpliendo los términos procesales en un esfuerzo de cada uno por no ser el primero en pronunciarse. Ambas corporaciones optaron por llevar el caso a Sala Plena. Esto implicaba que el fallo no solo seria proferido por toda la entidad, y no solo por una sección, sino que la decisión adoptada marcaría la línea jurisprudencial para los casos futuros”¹³².

Para la Corte Constitucional la figura de la consulta toma el carácter de derecho fundamental, pues con la consulta las comunidades indígenas que se vean afectadas por un proyecto, o una obra deben ser tenidas en cuenta; pues de no ser así la explotación de los recursos naturales podrían afectarles su identidad y cultura, pudiendo atentar contra la subsistencia del grupo como tal.

¹³² *Ibíd.* Pág. 121.

Por eso actualmente en Colombia cualquier actividad económica debe desarrollarse dentro de una política ambiental, de respeto al pluralismo y los valores de las comunidades indígenas. En todo proyecto que se quiera realizar, y que pueda afectar a algún grupo indígena, estos deben participar a través de la consulta y de la concertación con los entes contratantes y los organismos del Estado, para no vulnerarles sus derechos.

El fallo de la Corte Constitucional se constituyó en un triunfo para la comunidad indígena U'wa, y logró sentar las bases jurídicas del respeto a la diversidad y pluralidad indígena en Colombia; al reconocerse a los pueblos indígenas el derecho fundamental de participar en las decisiones que se tomen sobre explotación y perforación petrolífera de recursos naturales en sus territorios.

No faltó quienes criticaran fuertemente a la Corte Constitucional, considerando que se podía afectar la inversión extranjera en Colombia. Con visiones egoístas que no miraban el otro lado de la moneda, movidas por el lucro de las compañías y grupos económicos, sin pensar en el respeto y la preservación de la cultura e identidad de los indígenas de estas zonas.

La realidad en la actualidad ha sido otra, simplemente las compañías que se dediquen a hacer perforaciones y quieran explotar hidrocarburos en Colombia, deben someterse a los reglamentos y leyes que operan actualmente, para poder participar en todo proceso de contratación con el Estado.

Además, después del desastre ecológico acontecido a principios del año 2010 en el Golfo de Méjico, los organismos internacionales deben implantar medidas de control y de supervisión en la explotación de los recursos naturales que se hagan en zonas de riesgo, pues el derrame de petróleo y la contaminación ambiental, poco a poco van extinguiendo cada vez más la vida en el planeta.

5.4.8. Sentencia T-523 de 1997.

De otro modo en la Sentencia T-523 de 1997, la Corte Constitucional cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz, decidió que se debían minimizar los límites impuestos a la autonomía indígena, y que no se debía imponer por parte de la jurisdicción ordinaria una cosmovisión indígena determinada, ya que las diferentes cosmovisiones deberían convivir en forma pacífica, para lo cual se debe lograr un diálogo entre todas las culturas.

Finalmente la Sentencia T-523 de 1997 adopta una posición similar a la Sentencia T-349 de 1996, en cuanto para ambas solo los intereses de superior jerarquía pueden limitar la autonomía de las comunidades indígenas, debiendo tratar el intérprete judicial de buscar la forma de no afectar en sus fallos dicha autonomía.

5.5. VÍA DE HECHO JUDICIAL POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES INDÍGENAS

En principio la acción de tutela no cabe frente a las decisiones judiciales, pero cuando se esconde una vía de hecho judicial si es procedente.

Sobre la procedencia de la acción de tutela en los casos de la denominada "vía de hecho", ha manifestado la Corte por medio de la Sentencia T-424/93, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Vladimiro Naranjo Mesa lo siguiente: "Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona..."¹³³

Es así que cuando el juez viole en forma flagrante la Constitución Política y no exista otro medio jurídico para acceder a la justicia, concurren los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Carta Política, y puede el afectado entrar a tutelar el fallo judicial.

Ver Anexo K. Sentencia T-567 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes
Doctrina Constitucional sobre Vía de Hecho. Clases de defectos en la actuación¹³⁴.

¹³³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-424/1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-567 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

De esta manera la Corte Constitucional abre las puertas para que el afectado pueda acceder a través de la acción de tutela, cuando la providencia judicial no obedece a la realidad y adolece de fallas en las interpretaciones de las normas sustantivas; o no tuvo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, o el juez era incompetente para asumir el proceso, o por último la sentencia desconoce completamente el procedimiento pertinente y el juez se apartó por tanto de la realidad jurídica.

5.6. REGLAS DE COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO Y LAS JUSTICIAS INDÍGENAS

Para el escritor Boaventura de Sousa, las siguientes reglas del trabajo de la Jurisprudencia Nacional sirven de enlace entre la Jurisdicción del Estado y la Justicia Indígena:

- 1) Las comunidades indígenas gozan de autonomía en materia de jurisdicción, pero sometidas a ciertos límites.
- 2) La jurisdicción especial indígena hace parte de la jurisdicción nacional, y las decisiones de sus autoridades están sometidas al control de cualquier juez de la república a través de la interposición de la acción de tutela por parte del afectado.
- 3) No existe claridad en torno al peso que se concede a la conservación de la cultura de un grupo étnico, al definirse el grado de autonomía, judicial de la misma. Si bien la Sentencia T- 523 de 1997 reconoce que las culturas indígenas y sus justicias deben ser entendidas como sistemas dinámicos, el resto de los fallos parece considerar la preservación de las tradiciones y costumbres jurídicas como un factor determinante del nivel de autonomía.
- 4) Los indígenas están cobijados por un fuero que les permite ser juzgados por su propia comunidad. Sólo en casos excepcionales en los que el indígena pertenezca a una cultura particularmente aislada de la sociedad mayor, es posible que se le reconozca este

derecho en caso de cometer una conducta sancionada por el ordenamiento nacional fuera del territorio indígena¹³⁵.

Es así que solo los miembros de las comunidades indígenas que no están todavía aculturizados por la sociedad occidental, pueden invocar el fuero especial indígena que los cobija; pues al conservar la mayoría de sus patrones de conducta, usos y costumbres propias, no se han contaminado de todo lo que representa el mundo occidental. Lo cual es supremamente difícil en la actualidad; sin embargo, todavía se conservan muchas tradiciones y valores indígenas entre sus miembros, estas son las que el operador judicial debe valorar y tener en cuenta en el momento de concederle a uno de sus integrantes el fuero especial indígena.

5.7. SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

En cuanto hace relación al ejercicio de la jurisdicción Especial Indígena, la Corte Constitucional, en Sentencia T-496 de 1996 en donde el Magistrado Ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz, precisó que: “No siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso”¹³⁶.

¹³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Op.cit Pág. 94 y 95.

¹³⁶ Corte Constitucional de la Republica de Colombia. Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Por eso según el Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, de acuerdo con la Sentencia T-496 del año de 1996:

En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso¹³⁷.

Ver Anexo L. Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

La jurisdicción especial indígena. En cuanto hace relación al ejercicio de esta jurisdicción¹³⁸.

Lo ideal es que los intérpretes judiciales que atienden procesos en los cuales se vean involucrados indígenas, sean además de abogados también antropólogos, de lo contrario dichos operadores judiciales deben contar por lo menos con un grupo técnico capacitado de auxiliares de la justicia adscrito a cada despacho judicial, como: sicólogos, lingüistas, sociólogos y antropólogos, para determinar la pureza étnica del individuo, y poder valorar profesionalmente las personas que aducen pertenecer a una comunidad indígena, para concederles o no esta calidad.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

La Sentencia No. T-254/94, cuyo Magistrado Ponente fue el Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, indica que las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas¹³⁹.

Finalmente para acceder al fuero especial indígena, no basta entonces con acreditar en la actualidad un examen de A.D.N. para demostrar que se tienen genes indígenas, adicionalmente se tiene que ser miembro activo de una comunidad indígena determinada, y comportarse de acuerdo a las pautas y reglas de ésta.

¹³⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia No. T-254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

6. CONCLUSIONES

Desde la llegada de los primeros conquistadores a América se ha hecho una constante invasión e imposición de nuevas culturas a los pobladores americanos. Lamentablemente los europeos guiados por la sed del oro y ánimo de poder arrasaron y aniquilaron prácticamente todo lo que se encontraron a su paso, exterminando comunidades y culturas indígenas enteras que no alcanzaron a dejar registros de su existencia.

Son innumerables los registros, documentos y materiales que los conquistadores destruyeron a su llegada a América. Las tribus y comunidades indígenas que sobrevivieron quedaron indefensas y derrotadas a merced de la Iglesia Católica y las coronas de Inglaterra y España. La imposición de la nueva cultura en Hispanoamérica se hizo a base de la fuerza y del engaño. Cuando no podían someter a los indígenas por las armas, le mandaban al cura para que los convencieran de dejar sus creencias y adoptar la nueva religión y con ella las nuevas ideologías.

En América se vivió uno de los peores genocidios que ha vivido la historia de la humanidad. Los herederos de los países Europeos que participaron de semejante barbarie deberían pedir perdón por todos los oprobios y los crímenes de lesa

humanidad acontecidos desde la llegada del primer europeo a territorio Americano.

Es casi imposible pensar que los indígenas de Hispanoamérica conservan la cultura ancestral encontrada a la llegada de los conquistadores; sin embargo, en las raíces de estos indios aún se respira el olor y el sabor de la libertad, el arraigo por la tierra, el mundo mágico de la selva, el amor por la naturaleza y todos sus elementos, y la sabiduría heredada por sus ancestros.

Casi una tercera parte del territorio Colombiano aún está siendo ocupado por comunidades indígenas, en todas las ciudades se ven innumerables personas que llevan en su sangre genes indígenas, por eso en el fondo todos los Latinoamericanos llevan desde sus ancestros el amor por la tierra y los valores culturales de los aborígenes americanos.

Los indígenas han aportado su cultura y hasta su sangre en la historia de Colombia, por eso hay que respetar de manera efectiva su identidad, su cosmovisión y su cultura. No se puede mirar al indígena con la visión occidental; sino tratar de entender y respetar su cultura desde su perspectiva y cosmovisión del mundo.

El hombre occidental piensa de una manera y la mentalidad indígena es otra, lo que para el hombre occidental es una flagelación o castigo causada por el látigo,

para un grupo de indígena puede ser sinónimo de reflexión; el cepo, como abrazo del rayo y del trueno, y así sucesivamente en muchos de sus comportamientos.

Las justicias indígenas tienen muchas características que la hacen singular, pues poseen un alto contenido oral y retórico, sus gobernantes y autoridades no tienen mucho compromiso burocrático, por lo tanto tienen menos corrupción.

Desgraciadamente debido a la pérdida de valores en las comunidades indígenas, al constante acoso de los grupos armados al margen de la ley, son pocos los registros que han sobrevivido, en la actualidad las comunidades indígenas poseen una justicia oral y sus normas no están codificadas en documentos.

Las comunidades indígenas no tienen una estructura piramidal de los poderes públicos como la desarrollada por Hans Kelsen. Sus usos, costumbres, normas y autoridades son muy diversas, cada etnia tiene sus propias normatividades, algunas de ellas han adoptado algunos métodos y normas del mundo occidental para darle solución a sus problemas, como los métodos alternos a la solución de los conflictos, en las cuales se han capacitado.

La Corte Constitucional ha hecho un gran avance en materia de los fallos de tutela que se le han presentado, y ha tratado en un acto muy valeroso de entender y hacer respetar la cultura indígena en Colombia. Reconociendo a los indígenas su

autonomía judicial, pero enmarcando dicha autonomía dentro los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.

Según el autor Boaventura de Sousa, Sentencias como la T-496 de 1996, sentaron las bases respecto al fuero que tienen los indígenas para acudir a la jurisdicción indígena cuando se cumplen las condiciones mínimas, y es así como el fallo de la Sentencia T-496 de 1996 cuyo magistrado ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz involucró el aspecto del factor territorial dentro del fuero indígena. Este fuero no es otro que el derecho que poseen los integrantes de una comunidad indígena a ser juzgados dentro de su grupo conforme a las reglas y procedimientos de la misma. Este fuero está compuesto por dos elementos:

“1) Uno de carácter personal, según el cual el individuo perteneciente a una etnia indígena debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad.

2) Y otro de carácter geográfico, a partir del cual cada comunidad puede juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio de acuerdo con sus propias normas”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ SANTOS, Boaventura Op. cit. Pág. 88.

Estos dos elementos no siempre deben concurrir simultáneamente. Lo más importante es que el individuo que se pretende juzgar pertenezca a un pueblo indígena y se comporte según sus costumbres, sin ser necesario que haya actuado dentro del territorio indígena al que pertenece. Por eso el factor personal, es el que prevalece al fin de cuentas, pues es el que predomina en caso de que el individuo se encuentre fuera de su territorio.

En el caso de que la conducta sea cometida fuera del territorio al que pertenece el indígena, la Corte Constitucional identificó dos posibilidades:

Es así que para Boaventura de Sousa, es posible que la conducta del indígena “sea punible en el ordenamiento nacional, pero no representa una falta dentro de la comunidad. En este caso, el indígena debe someterse a la jurisdicción nacional. Sin embargo, si se llega a la conclusión de que el autor de la acción posee una visión del mundo tan diferente a la de la sociedad mayor que no le permite comprender la razón, debe reconocérsele el derecho al fuero”¹⁴¹.

En este caso la Corte Constitucional le brinda protección al autor de dicha conducta punible, pues al no entender éste la ilicitud de la conducta punible, no es justo que se le condene por un acto que ha realizado sin querer hacerle daño a nadie, sin intención o dolo, y estando lejos de su voluntad.

¹⁴¹ *Ibíd.* Pág. 88.

De otra parte para Boaventura de Sousa es posible que la conducta del indígena “sea sancionada en ambos ordenamientos. El juez debe determinar el grado de adaptación del individuo a fin de establecer la conveniencia de que se le juzgue dentro del sistema jurídico, o si debe ser remitido a su grupo para que allí se le juzgue”¹⁴². Aquí el operador judicial debe valorar la conveniencia o no de juzgar a este individuo de acuerdo a la jurisdicción nacional o a la jurisdicción especial indígena, teniendo en cuenta el grado de aculturamiento que este tiene. Prevalciendo la órbita de la jurisdicción especial indígena sobre el individuo que actúe y se desempeñe de acuerdo a los usos y costumbres indígenas.

Por eso, de acuerdo a Boaventura de Sousa:

Al parecer para la Corte existen comunidades que tienen una identidad cultural débil, el que un individuo en particular se aleja de ellas implica la pérdida de esa identidad cultural, así como de las consecuencias jurídicas que de esto se deriva. Esta consideración se inspiró en la Sentencia C-058 de 1994, en la que se determinó que para ser indígena en Colombia se requiere de dos condiciones: conservar las prácticas y costumbres ancestrales y no separarse ni de la comunidad ni del territorio que tradicionalmente se ha ocupado. Dentro de esta lógica, si un indígena abandona el territorio que tradicionalmente ha ocupado su comunidad y se integra a la sociedad nacional pierde el derecho a ser tratado de una manera especial¹⁴³.

Para la Corte Constitucional ha sido un trabajo supremamente arduo desarrollar en sus sentencias los principios y normas en los cuales se consagra el respeto a la pluralidad indígena.

¹⁴² *Ibíd.* Pág. 88

¹⁴³ *Ibíd.* Pág. 89

En la nación Colombiana conviven la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, y en algún momento pueden entrar en conflictos o contradicciones. Colombia es un país de múltiples etnias y culturas, en donde el trabajo de la Corte Constitucional ha sido darle unidad a semejante diversidad cultural.

Los operadores judiciales que atienden los asuntos indígenas deben estar capacitados para tales retos; deben contar con psicólogos, sociólogos, psiquiatras, antropólogos, y etnolingüistas capacitados dentro de los auxiliares de la justicia, para no ir a atentar contra algún miembro de las culturas que se pueden ver comprometidos en algún asunto judicial.

Un Cacique, Taita, Curaca, Chamán, Yatiri, Mamo, Thé Wala o un Bitá Werjaya, son los mejor capacitados para explicar el manejo de los ordenamientos indígenas, por eso los jueces que atienden asuntos indígenas deben respetar, entender y asumir la cosmovisión indígena, deben estar formados para atender estos casos, de lo contrario sería empezar de nuevo a retroceder.

BIBLIOGRAFÍA

Acta de la “Audiencia U’wa por la vida” Cubará (Boyacá), 16 y 17 de agosto de 1996. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio .2001. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coímbra – CES, Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Tomo II. Bogotá – Colombia.

ARANGO, Raúl y SANCHEZ, Enrique. Los pueblos indígenas de Colombia 1997. Primera Edición. TM Editores en coedición con el Departamento Nacional de Planeación. Julio de 1998. Bogotá – Colombia.

ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía, presidenta del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA Y LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN CON EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL. Documento disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf>. Consultado, el 01 de Junio del año 2010, a las 10:09 A.M.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1991. (Constitución Política Colombiana, 1991).

BLANCO BLANCO, Jacqueline. LOGROS Y CONTRADICCIONES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA. Universidad Libre.Revista n° 24 Diálogos de Saberes ISSN 0124-0021. Enero-junio de 2006.Bogotá, D.C. Colombia. Documento disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2740969>. Consultado 31 de mayo, a las, 9.51 P.M.

CAICEDO, Luís Javier. Derechos y Deberes de los Pueblos Indígenas. Editorial San Pablo. 1996. Bogotá – Colombia.

CASTRO MENDOZA, Clemente. Universidad Simón Bolívar. Ensayo. Derechos Fundamentales de los pueblos indígenas y la etnohistoria de la vulnerabilidad de una propiedad colectiva: caso Turbará. 2005. Barranquilla – Colombia. Documento disponible en:
<http://www.unisimonbolivar.edu.co/rdigital/justicia/index.php/justicia/article/viewFile/26/27>. Consultado 01 de Junio, a las 10:48 A.M.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 89 de 1890; Ley 78 del 15 de diciembre de 1986; Ley 95 de 1936 (Código Penal de 1936); Ley 21 de 1991; Ley 99 de 1993; Ley 270 de 1996; Ley 1285 del año 2009.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. El reordenamiento territorial en la nueva Constitución Política de Colombia. Fundación Social. 1.992. Santa Fe de Bogotá – Colombia.

DAVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Editorial ABC. Tomo I, decimocuarta edición. 1996. Colombia.

DE SOLORZANO y Pereyra Juan. Política Indiana. Ediciones Lope de Vega. 1972. Madrid – España.

GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio. AVANCES EN LA COORDINACIÓN ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL NACIONAL Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGA. Documento disponible en:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M1taJMgfzcJ:www.ramajudicial.gov.co/csportal/assets/Intervencion%2520Dr%2520Giraldo.doc+avances+en+la+cordinaci%C3%B3n+entr+el+sistema+judicial+nacional+y+la+jurisdicci%C3%B3n+especial+ind%C3%ADgena&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-a>. Consultado 31 de mayo del año 2010, a las 7:36 A.M.

GONZÁLEZ ORTIZ, Cesar Augusto. Conflictos de Competencia. Jurisdicción Especial Indígena VS Sistema Judicial Nacional. Fuero Indígena. Primera Edición. Cronopios Ediciones. 2007. Bogotá, D.C. Colombia.

INDÍGENAS Y MINORÍAS ÉTNICAS, Capítulo 6. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL. Segunda Parte.

Documento disponible en:

<http://discovery.unilibrebaq.edu.co:8083/html/LIBROINDIGENA.htm>.

Consultado 31 de mayo del año 2010, a las 8.01 A.M.

LONDOÑO TORO, Beatriz. NUEVOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACION AMBIENTAL. Consultoría Ambiental y Colectiva. 1998. Bogotá – Colombia.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo I. Parte general. Octava edición. DUPRE editores Bogotá – Colombia.

MEJÍA JARAMILLO, Fabio. Padre de Bernardo Mejía Jaramillo autor del Trabajo de Grado, ESTUDIO SOBRE CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA. CUC. 2010. BARRANQUILLA – COLOMBIA.

NACIONES UNIDAS. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Informe del Relator Especial sobre la situación de Derechos Humanos y las libertades fundamentales indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, distribución general, E/CN.4/205/88/Add.2. Original Español. Derechos humanos y cuestiones indígenas. Documento

disponible en: www.acnur.org/biblioteca/pdf/4353.pdf. Consultado 31 de mayo del año 2010, a las 3.12 P.M.

OCHOA ARANGO, Raúl. Territorialidad Indígena en Colombia. Revista Debates. Universidad de Antioquia, Alma Mater. Edición N° 51. Septiembre-Diciembre. Los censos indígenas y constitución de los resguardos. 2008. Colombia.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia General. Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión. Convenio OIT Numero 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Documento disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>. Consultado 12 de Junio, a las 3:10 A.M.

PARRA DUSSÁN, Carlos y RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia. Colección Textos de Jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2005. Bogotá – Colombia.

PERAFÁN, Carlos César y AZCÁRATE, Luís Alejandro, Sistema Jurídico Chamí. Proyecto Sistemas Jurídicos Chamí, Guambiano, Tukano y Sikuani. COLCIENCIAS, ICAN. Marzo de 1996. (Inédito). Colombia.

PIÑACUE ACHICUE, Jesús Enrique. Proyecto de ley Estatutaria presentado al Congreso de la República. 2002. Colombia. Documento disponible en: <http://dplf.org/uploads/1184704476.pdf>. Consultado el 31 de mayo del año 2010, a las 4.23 P.M.

PORTELA, Hugo y Herinaldy Gómez. "Territorio, Cultura y The Walas". Ponencia presentada durante el VI Congreso de Antropología. Universidad de los Andes. 1992. Bogotá – Colombia.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Reglamentario 2164 del 7 de diciembre del año 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuraduría pide definir condiciones de reclusión de miembros de comunidades indígenas. 22 de febrero de 2007. Bogotá –Colombia. Documento disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2007/noticias_057.htm. Consultado 31 de Mayo, a las 11:16 P.M.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. “El concepto de jurisdicción en la Constitución de 1991.Sus imprecisiones”, en La Constitución por Construir: balance de una década de cambio institucional. Facultad de jurisprudencia. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá – Colombia. Documento disponible en: http://www.procuraduria.gov.co/html/noticias_2007/noticias_057.htm. Consultado el 31 de Mayo, a las, 11:28 P.M.

REGIÓN CARIBE COLOMBIANA, el Caribe Colombiano. Documento disponible en: <http://www.musicalafrolatino.com/indexmarcos.htm> . Consultado 31 de mayo del año 2010, a las 2.14 P.M.

SALAZAR, Hernando. BBCMUNDO.com. Jueces indígenas dan ejemplo en Colombia. Martes, 10 de febrero de 2009. BBC Mundo. Bogotá – Colombia. Documento disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7882000/7882300.stm) Consultado 31 de Mayo, a las 11:04.P.M.

SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz Eugenia. Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia, número 330 del año 2005. Colombia.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. "Aproximación al estudio del sistema cognoscitivo de la alimentación Páez". En Revista Palabra. Universidad del Cauca. 1984. Popayán. Colombia.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. APROXIMACION DESDE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. En: SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Colciencias. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coímbra – CES. Universidad Nacional de Colombia. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Tomo II. 2001. Bogotá - Colombia.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther, y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. La Jurisdicción Especial Indígena, Prólogo Del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada Para Minorías Étnicas, 2001. Bogotá D.C. Colombia. Documento disponible en: <http://alertanet.org/b-sanchez2.htm> .Consultado el 31 de Mayo, a las 11.51 P.M.

SANTOS, Boaventura de Sousa y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Colciencias. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coímbra – CES. Universidad Nacional de Colombia. Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Tomo II. 2001. Bogotá – Colombia.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: T-428 de 1992, T-257/93, T-405/93, T-424/93, C-377/94, C-058/94, T-254/94, T-384 de 1994, C-139/96, T- 349/96, T- 496/1996, SU-039/97, T-214/97, T-523/97, T-640/97, T-344/98, T-556/98, T-567/98, T-634/99, T-606/01, T-1127/01, T-048/02, T-728/02, T-379/03, T-552/03, T-811/04, T-1238/04, T-778/05, T-945/07.

TRIANA ANTORVEZA, Eduardo. Estado-nación y minorías étnicas, en Grupos Étnicos, derecho y cultura. Funcol. 1987. Bogotá D.C. Colombia.

TURBAY, Sandra. Los Zenúes. Inédito. 1991. Montería. Colombia.

VÁSQUEZ, Miguel. Conferencia dictada ante la comisión redactora de la ley de justicia indígena, reunión celebrada en Bogotá en diciembre 6 de 1.996. Colombia.

VELANDIA DÍAZ, Daniel, Institución Política y Tradición de lucha en el pueblo Zenú. Trabajo de grado para optar al título de Antropólogo. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Departamento de Antropología Liderazgo Indígena. Mayo de 2003. Bogotá, D.C. Colombia. Documento disponible en: http://www.humanas.unal.edu.co/colantropos/documentos/velandia_liderazgo.pdf. Consultado 31 de mayo del año 2010, a las, 10.36.P.M.

ANEXOS

ANEXO A

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo¹⁴⁴. Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión. Convenio OIT Nro. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Arts. 8, 9 y 10. Documento disponible en:

<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>.

Consultado 12 de Junio, a las 3:10 A.M.

El Convenio 169 de la OIT (Bloque de constitucionalidad), sobre pueblos indígenas y tribales independientes, asegura la protección de las prácticas y valores, sociales, culturales y religiosos de estos pueblos, dentro de los límites que implica el respeto de los derechos fundamentales de sus miembros, como lo disponen los artículos que a continuación se transcriben:

Artículo 8o.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9o.

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10.

¹⁴⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia General. Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión. Convenio OIT Numero 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Documento disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>. Consultado 12 de Junio, a las 3:10 A.M.

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

ANEXO B

Conceptos y Definiciones:

Jesús Enrique Piñacué Achicue a través del Proyecto de ley Estatutaria presentado al Congreso de la República¹⁴⁵.

AUTORIDADES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS.- Son las personas o instituciones reconocidas por el respectivo pueblo indígena como las Autoridades legítimas que administran y ejercen justicia en los territorios indígenas de conformidad con sus usos, costumbres, normas, procedimientos, reglamentos de convivencia y la legislación especial indígena.

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA.- Es la facultad constitucional de las Autoridades indígenas de administrar justicia en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial

PUEBLOS INDIGENAS.- Se entiende por pueblos indígenas los grupos, comunidades, parcialidades e individuos descendientes de los pobladores originarios de América que tengan conciencia de su identidad étnica y cultural, manteniendo usos y valores de su cultura tradicional, así como instituciones de gobierno, de control social y sistemas normativos propios.

TERRITORIOS INDIGENAS.- Se entiende por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por un pueblo indígena y aquellas que, aunque no están poseídas en dicha forma, constituyen su hábitat o el ámbito tradicional de sus actividades sagradas o espirituales, sociales, económicas y culturales, así otros grupos étnicos o poblacionales habiten en dicho territorio.

VINCULACION SOCIAL Y CULTURAL.- Para efectos de determinar la competencia se considera que un ciudadano es indígena por adopción cuando mantiene relaciones de filiación, pertenencia e identificación cultural con un pueblo indígena sometiéndose voluntariamente a los usos y costumbres de la respectiva comunidad con el ánimo de establecer su domicilio en el territorio indígena respectivo.

¹⁴⁵ PIÑACUE ACHICUE, Jesús Enrique. Proyecto de ley Estatutaria presentado al Congreso de la República. 2002. Colombia. Documento disponible en: <http://dplf.org/uploads/1184704476.pdf>. Consultado el 31 de mayo del año 2010, a las 4.23 P.M.

ANEXO C

Conceptos y Definiciones:

Decreto Reglamentario 2164 del 7 de Diciembre del Año 1995¹⁴⁶.

Artículo 2º. Definiciones. Para los fines exclusivos del presente Decreto, establécense las siguientes definiciones:

Territorios indígenas. Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.

Comunidad o parcialidad indígena. Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.

Reserva indígena. Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991.

Autoridad tradicional. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.

Para los efectos de este Decreto, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al Incora, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas.

Cabildo indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la

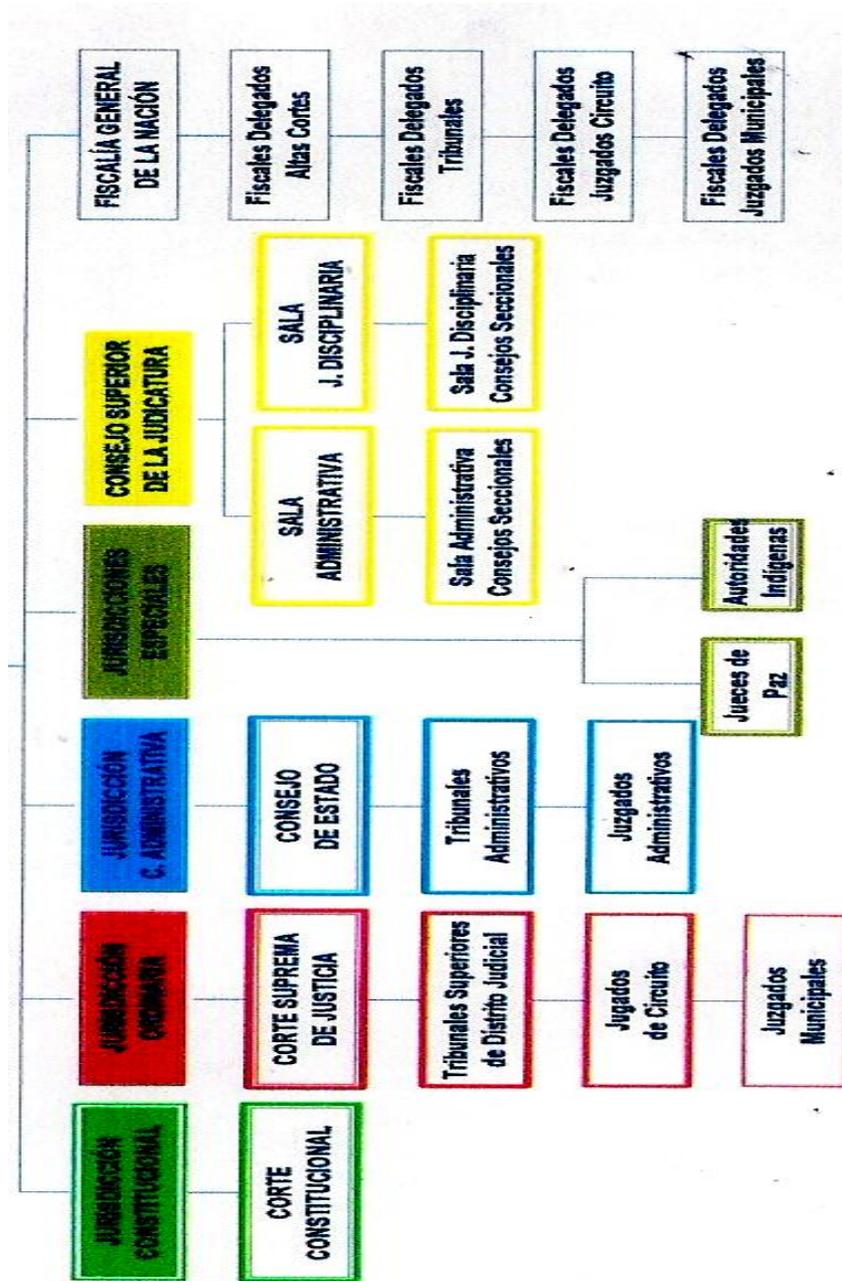
¹⁴⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Reglamentario 2164 del 7 de diciembre del año 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

Parágrafo. En caso de duda sobre el carácter y la pertenencia a un pueblo indígena de una colectividad, el Incora deberá solicitar al Ministerio del Interior la realización de estudios etnológicos con el propósito de determinar si constituye una comunidad o parcialidad indígena, para efectos del cumplimiento de los fines del Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994.

ANEXO D

Cuadro de Estructura del Poder Judicial¹⁴⁷.



¹⁴⁷ ARBELÁEZ DE TOBÓN. Op.cit. Pág. 3.

ANEXO E

Elementos Centrales de la Jurisdicción Indígena de acuerdo con la Sentencia T-254/94, Sentencia T-552/2003 y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.¹⁴⁸

- 1) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas,
- 2) La potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios,
- 3) La sujeción de la jurisdicción indígena y normas a la Constitución y la ley, y
- 4) La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

A partir de las anteriores consideraciones, la jurisdicción indígena comporta:

- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.
- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.
- Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.
- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley.

¹⁴⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-552/2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

ANEXO F

Sentencia T-254 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Jurisdicción Indígena. Régimen Unitario y Autonomía Indígena¹⁴⁹.

La creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho; en efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la "vida civilizada" (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros.

Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (Constitución Política artículos 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional, diversidad, pluralismo y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (Constitución Política artículo 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (Constitución Política artículo 330) deben

¹⁴⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.

ANEXO G

Sentencia T-945 del año 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Jurisdicción Indígena. Configuración del Factor Personal y Territorial. Fuero Indígena. Condiciones de procedibilidad. Problema Jurídico¹⁵⁰.

Con el factor personal se pretende determinar los sujetos de juzgamiento de la relación procesal, activo y pasivo, los cuales deben formar parte de la comunidad indígena y como tales deben ser sometidos al juicio propio de la misma de acuerdo con sus propias normas y autoridades. Es necesario aclarar en relación con este elemento, que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es necesario que además este integrado a la misma y viva según sus usos y costumbres.

Por otra parte el factor territorial, el cual permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo. La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una entidad territorial indígena debidamente constituida, donde exista una efectiva presencia de la comunidad con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura.

Para la Corte, los anteriores factores que determinan la procedencia del fuero especial deben ser apreciados en concreto para cada caso, sin que sea posible la aplicación de una regla general “rígida” para establecer la existencia del mismo o no.

Por tanto, para que la jurisdicción indígena opere es necesario que el conflicto se enmarque dentro del factor personal y territorial, que exista un tribunal indígena debidamente constituido que exteriorice su intención de conocer del mismo y unas normas y procedimientos aplicables de naturaleza comunitaria.

¹⁵⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-945/07. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

ANEXO H

Sentencia T-523 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. El Caso Concreto. La Tradición de la Comunidad Páez. Legalidad de las Penas. El fuate y el destierro. Figura del fuate no constituye tortura ni pena¹⁵¹.

La Legalidad De Las Penas

La Sentencia No. T-523/97 analiza los castigos más usuales en comunidades indígenas, como ejemplo en los paeces son: el fuate, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. El fuate y el destierro, que son los castigos que interesan en este caso, son ampliamente utilizados en el cabildo de Jambaló. El primero, que consiste en la flagelación corporal con un “perrero de arriar ganado”, aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte, es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

El Fuate. El fuate consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el ceпо, es una de las sanciones que más utilizan comunidades indígenas como los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.

La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por Colombia por la Ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: “(...) todo acto por el cual se infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se

¹⁵¹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-523/97. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

El destierro. El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles (artículo 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5) el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena.

ANEXO I

Fotos de Jueces indígenas que dan ejemplo en Colombia¹⁵²



La Constitución les da a las Comunidades Indígenas la potestad de aplicar su propia Justicia.



En muchos casos, la justicia indígena resuelve los problemas de forma más eficiente y rápida.

¹⁵² SALAZAR, Hernando.BBCMUNDO.com. Jueces indígenas dan ejemplo en Colombia. Martes, 10 de febrero de 2009.BBC Mundo. Bogotá - Colombia. Pág. 1. Documento disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7882000/7882300.stm. Consultado 31 de Mayo, a las 11:04.P.M.

ANEXO J

Sentencia T-728 del año 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Jurisdicción Indígena. Competencia¹⁵³.

¿Qué sucede cuando durante el curso del proceso se propone o está pendiente de dirimir un conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, el juez ordinario decide, por su cuenta, ignorar la probable presencia del fuero indígena o dirige en su favor el conflicto, continúa conociendo del proceso y profiere sentencia condenatoria en contra del miembro de la comunidad indígena?

En la Sentencia T-728/02 cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Jaime Córdoba Triviño se deduce, al menos, estas consecuencias:

1a) El juez penal ordinario ha incumplido el deber de remitir el expediente a la autoridad facultada para dirimir el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, la cual ya no podrá ejercer su función frente a procesos ya terminados con sentencia condenatoria o absolutoria;

2a) Es factible que el indígena deba purgar una condena impuesta por autoridad no competente para fijarla;

3a) Es factible la vulneración del derecho fundamental al debido proceso que asiste al indígena de ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (C.P., art. 29);

4a) Es factible la vulneración del derecho fundamental de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción especial indígena. Así pues, este asunto trasciende de un debate de carácter procesal al escenario de la protección de derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, juez natural, las formas propias de cada juicio y el derecho comunitario de la autonomía de las comunidades indígenas.

¹⁵³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-728/2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

ANEXO K

Sentencia T-567/98. Doctrina Constitucional sobre Vía de Hecho. Clases de defectos en la actuación¹⁵⁴.

En la Sentencia T-567 de 1998 cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz la Corte ha señalado que la vía de hecho se produce cuando la providencia judicial:

- 1) Presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto;
- 2) Presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado;
- 3) Presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y,
- 4) Presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.

¹⁵⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-567 de 1998. Magistrado Ponente : Eduardo Cifuentes Muñoz

ANEXO L

Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. La Jurisdicción Especial Indígena. En cuanto hace relación al ejercicio de esta jurisdicción¹⁵⁵.

En cuanto hace relación al ejercicio de esta jurisdicción, la Corte Constitucional, en sentencia T-496 de 1996 en donde el magistrado ponente fue el doctor Carlos Gaviria Díaz, precisó que:

No siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a) Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero.

En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su

¹⁵⁵ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b) En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.