

LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN EL SISTEMA
JURÍDICO COLOMBIANO

*THE INDIGENOUS JURISDICTION IN THE COLOMBIAN LEGAL
SYSTEM*

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609



Alejandro
GÓMEZ
VELÁSQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2017

RESUMEN: El presente artículo aborda la jurisdicción especial indígena prevista en la Constitución Política Colombiana de 1991. Para ello, se sostiene que dicha institución debe contextualizarse en la propuesta normativa del multiculturalismo contemporáneo, que responde a un devenir histórico particular y que ha sido desarrollada, en ausencia del legislador colombiano por el juez constitucional hasta delimitar los elementos que actualmente componen el “fuero indígena”.

PALABRAS CLAVE: Multiculturalismo, comunidades indígenas, jurisdicción, fuero, Colombia.

ABSTRACT: This paper address the special indigenous jurisdiction under the Colombian Constitution of 1991. For this purpose, it argues that the institution must be contextualized in the normative proposal of the contemporary multiculturalism, which respond to a particular historical development and has been developed in the absence Colombian legislative branch by the constitutional court to define the elements that currently make up the “indigenous jurisdiction”.

KEY WORDS: Multiculturalism, indigenous communities, jurisdiction, Colombia.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL MULTICULTURALISMO COMO PROPUESTA NORMATIVA.- III. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA: DESARROLLO HISTÓRICO Y CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL.- IV. EL ALCANCE DEL FUERO INDÍGENA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.- VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de la crisis que ha venido afrontando el liberalismo en los últimos años, ha recobrado especial interés la cuestión cultural dentro de las comunidades políticas liberales. Al respecto, se ha planteado la necesaria reivindicación de este componente humano, en tanto generador de identidades deseables políticamente, no sólo individuales sino también colectivas, contrario de lo evidenciado con la implementación del modelo liberal.

A partir de este marco de reivindicaciones culturales, se plantea entonces como necesario el incentivo, la protección y la conservación del componente humano cultural. Estas prácticas al toparse con el hecho de la gran diversidad cultural existente en el mundo, dieron origen a la propuesta normativa del multiculturalismo, como aquella que propende por la protección, respeto y cuidado de las diferentes culturas preexistentes. Así, esta renovada propuesta aboga por el establecimiento de unos derechos diferenciados en función de los grupos culturales, como derechos colectivos, en la medida que esas minorías no se entiendan como conjunto de individuos, sino como comunidades organizadas, titulares de derechos autónomos tendientes a su protección de la cultura dominante o mayoritaria.

El fenómeno del multiculturalismo se ha manifiesta con especial fuerza en América Latina, debido a las características de su origen y evolución. Por lo tanto, ha sido en dicho continente donde se han evidenciado con marcado acento las implicaciones no solo teóricas sino prácticas de la coexistencia entre culturas dentro de un mismo Estado. Colombia no ha sido la excepción en dicha tendencia.

• Alejandro Gómez Velásquez

Abogado, Politólogo y Especialista en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Magister en Derecho Constitucional del CEPC y LL.M en Estudios Jurídicos Internacionales de American University, Washington D.C. Profesor Asistente del Área de Derecho Público e investigador de la Escuela de Derecho, Universidad EAFIT, Medellín- Colombia. Correo: agomezvl@eafit.edu.co

Al pueblo colombiano lo constituye una particular concurrencia de culturas y etnias, y ha sido sólo tras la expedición de la Constitución de 1991 que se ha reconocido y protegido la diversidad étnica y cultural. En virtud del reconocimiento de dicho principio constitucional, se les han otorgado ciertos ámbitos de autodeterminación y autonomía a dichas comunidades. Un ejemplo de ello lo constituye la autonomía que tienen los pueblos indígenas para vivir según sus propios usos y costumbre, y por ende, el derecho a una jurisdicción especial.

Precisamente, el presente artículo se propone abordar y contextualizar la institución de la jurisdicción especial indígena que prevé la Constitución colombiana vigente a partir de la filosofía política, la historia jurídica y la jurisprudencia para intentar demarcar los alcances y limitaciones actuales de dicha institución jurídica. En este orden de ideas, en un primer apartado, se abordará la propuesta normativa del multiculturalismo a la luz de la filosofía política contemporánea, en la cual puede enmarcarse la relevancia de una institución como estas, evidenciado así una clara tensión entre los principios de unidad y diversidad cultural. En un segundo momento, se hará en recuento histórico de la mano de las instituciones jurídicas que han pretendido regular la función jurisdiccional dentro de las comunidades indígenas en Colombia, culminando en la consagración constitucional que actualmente se hace de dicha institución. En un tercer momento, se profundizará a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre los alcances y límites de la jurisdicción especial indígena, en particular a partir de los elementos que actualmente componen el denominado "fuero indígena". Por último, se expondrán algunas conclusiones preliminares al respecto.

II. EL MULTICULTURALISMO COMO PROPUESTA NORMATIVA

En éste primer aparte se pretende contextualizar la propuesta normativa del multiculturalismo desde la perspectiva del pensamiento político contemporáneo para proponerla como marco teórico e interpretativo de la institución de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Para estos efectos, se toma como punto de partida el reconocer que la pluralidad cultural es un hecho evidente a lo largo de la historia del hombre¹, y por tanto, un aspecto que ha caracterizado de forma definitiva el devenir de la raza humana en sus procesos de socialización. Así, debido a la innegable influencia que la cultura² ha ejercido sobre el hombre, el pensamiento político no ha podido estar al margen de este atributo, sin que el de nuestros días sea la excepción.

Así las cosas, para la filosofía política del liberalismo en sus orígenes, la opción adoptada como instrumento de emancipación de la sociedad premoderna,

1 KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 13.

2 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2000, p. 15.

caracterizada por el poder omnipresente de la iglesia católica, los privilegios estamentales y la formas absolutistas del poder; fue la de relegar el componente religioso, de linaje y cultural de la política, planteando el revolucionario principio, según el cual, la titularidad de los derechos políticos y civiles se ostentará por el solo hecho de pertenecer a la raza humana, siendo su titular exclusivo el individuo, en su calidad de hombre y/o ciudadano.

Esta novedosa idea que perdura aún hasta nuestros días, tiene como fundamento antropológico la creencia que, por un lado, todos los seres humanos son libres, racionales e iguales; y por otro, que todas las personas tienen la misma dignidad por el hecho de ser tales y no por su circunstancia cultural, religiosa, económica, entre otras. De estos postulados antropocéntricos, se deriva entonces, que la comunidad política sea concebida como la mera suma de individuos iguales³ y que no tenga otro objetivo que perseguir los intereses de las personas que la conforman.

Es en este orden de ideas, donde a partir de una concepción “desconfiada” del poder político se edifica la teoría de los derechos fundamentales del individuo, que nacen de la idea de constituirse en “el férreo escudo diseñado para proteger a los seres humanos de la indebida intervención de la comunidad, y más específicamente del Estado”⁴. Así, con la institución de los derechos individuales, se crea la separación radical entre el ámbito público y el privado, como el postulado teórico de la neutralidad del Estado frente a los diferentes proyectos de vida de sus ciudadanos.

Esta compleja filosofía política que tuvo su justificación originaria en la modernidad europea, no sólo se ha mantenido vigente hasta nuestros días sino que se ha consolidado a lo largo del siglo XX como el modelo político imperante en todo el mundo, materializado en el cuerpo político del Estado-nación moderno, y como fundamento filosófico de las ya tan difundidas teorías de los derechos humanos. Sin embargo, el devenir histórico del siglo XX, y en especial sus postrimerías, ha sido testigo del surgimiento de todo un conglomerado de movimientos políticos e intelectuales, que sí bien son tan diferentes entre sí como para compartir una agenda común, suponen en todo caso una muestra de resistencia a la homogenización y asimilación en sociedades más amplias, basadas en la creencia de que sólo existe una única forma correcta o normal de entender y estructurar los ámbitos relevantes de la vida.

3 Estas ideas son las que se constituyen de fundamento para el sistema político democrático moderno. En palabras del mismo Bobbio, “Que esta idea de la igualdad, la isogonía, se encuentra en las bases de la democracia moderna y sea el fundamento ideal del gobierno democrático, en cuanto régimen basado en la concepción arraigada de una naturaleza humana que ha hecho a los hombre originariamente iguales, no tiene necesidad de comentario”. BOBBIO, N.: *Teoría General de la Política*, Trotta, Barcelona, 2005, pp. 408-409.

4 BONILLA MALDONADO, D.: *La Constitución Multicultural*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2006, p. 103.

La reciente reaparición de estos movimientos, dentro de los cuales se encuentran grupos con reivindicaciones culturales⁵, debe entenderse dentro de una compleja coyuntura global, de la cual, para los efectos del presente escrito, vale destacar tres hechos fundamentales que se relacionan directamente con la aparición reciente de movimientos tendientes al reconocimiento y protección de la realidad multicultural mundial.

En primer lugar, las sociedades multiculturales contemporáneas se ven especialmente unidas entre sí por los enormemente complejos procesos de globalización económica y cultural⁶ que se han revitalizado desde la segunda mitad del siglo XX. En virtud de este proceso, por nuestro planeta actualmente circulan mercancías, capitales e información con pocas o ninguna restricción, conduciendo a que los encuentros interculturales no se limiten sólo por el territorio, sino a nuevos espacios virtuales que permiten su intercambio a todo nivel, a bajos costos y de forma descentralizada. La intensa reciprocidad cultural que ha generado el proceso globalizador permite, para nuestros efectos, obtener actualmente una visión más integral de la diversidad cultural y de su real dimensión en el ámbito global⁷.

En segundo lugar, las actuales reivindicaciones multiculturales tienen como trasfondo al Estado-nación, que como se dijo, tiene ya varios siglos de antigüedad y muchos de sus fundamentos teórico-prácticos han sido puestos en entredicho con el devenir histórico⁸. Como prueba de ello, por un lado, encontramos el fenómeno de la pérdida de soberanía nacional, debido a la prevalencia obtenida por el poder económico y el desplazamiento de centros de poder real por fuera de la estatalidad. Por otro lado, presenciamos la transformación de las fronteras de la legitimidad política del Estado a ámbitos supra-estatales, donde tiene lugar la consagración y correlativa protección de derechos autónomos a la consagración legal-nacional, y la posibilidad de garantía por fuera de fronteras y organismos estatales, como sería el ejemplo del desarrollo de los Derechos Humanos. Sumado a lo anterior, se presenta la ineficacia permanente del Estado para cumplir con sus finalidades sociales, condenándolo a su gradual desmantelamiento⁹.

5 Para identificar las reivindicaciones culturales sobre las demás, Parekh aporta dos elementos, por un lado una cierta dosis de autoridad en ellas que trasciende la mera elección individual, y por otro lado, que ellas se estructuran por el hecho de formar parte de un sistema compartido de sentido y significado históricamente heredado. PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., pp. 15-16.

6 Para ahondar en la relación que supone el fenómeno del multiculturalismo y la globalización se remite véase OLIVÉ, L.: *Multiculturalismo y pluralismo*, Editorial Paidós, México, 1999, pp. 23 y ss.

7 Sobre la creación de una cultura de tipo mundial en el contexto de la globalización, véase FRIEDMAN, J.: *Identidad cultural y proceso global*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001, pp. 127 y ss

8 Sobre el tema, es dicente la máxima de Carl Schmitt en su prólogo de 1963 de su obra en el "concepto de lo político", donde afirma de forma categórica que tras los sucesos de la primera mitad del siglo XX, la época de la estatalidad había ya llegado a su fin. Véase SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1963, p. 47.

9 FRIEDMAN, J.: *Identidad cultural*, cit., pp. 136 y ss.

Como tercer hecho del contexto mundial, aparece de forma generalizada una mayor sensibilidad moral en la comunidad global a la diferencia como derecho¹⁰, tras cuestionar el dogmatismo moral¹¹ y la violencia, lo cual puede encausarse por una lado, tras los escalofriantes sucesos de la esclavitud, holocaustos, colonialismo, genocidio, exilios y guerras, entre otros fenómenos, sufridos en los últimos siglos; y por otro, tras los avances de las ciencias sociales como la psicología del conocimiento y cultural, junto con el psicoanálisis¹², donde se ha reivindicado la importancia de la cultura para la creación de la identidad individual. Por último, debe tenerse igualmente como causa de este cambio moral, la interiorización de las posturas democráticas y participativas, donde se niega el status de inferior de un grupo de personas propugnando por su igualdad real, inclusión y participación en el juego social y político¹³.

Así, a partir de estos hechos, puede afirmarse que si bien las sociedades multiculturales no constituyen una novedad histórica, las contemporáneas por el contexto histórico en que se desenvuelven, el trasfondo cultural y los modelos actuales de interacción entre las comunidades, las ubica en un punto de inflexión frente al *statu quo* de los últimos siglos. Esta particular situación, constituye el contexto para la revitalización por el interés, desde las más variadas disciplinas, en la "cuestión multicultural" en el nuevo escenario mundial, todo ello a partir de la premisa de la incapacidad manifiesta de las democracias de tipo occidental para resolver o superar las tensiones planteadas por la diversidad cultural.

En este nuevo contexto internacional, si bien esta exigencia no ha sido nueva en la filosofía política, en las dos últimas décadas se han dado importantes aportes tendientes a reivindicar la diversidad cultural desde el nuevo orden mundial, donde, como es sabido, han proliferado las ideas de índole filosóficas y políticas liberales.

Para los efectos de este escrito, valga destacar algunos de las más recientes justificaciones planteadas desde la filosofía política a la diferencia cultural como criterio político. En este sentido, Charles Taylor aparece como uno de los precursores más importantes de la versión más actual de la polémica, en tanto como crítico del liberalismo parte de concebir el proceso de construcción de la

10 RIST, G.: "La cultura y el capital social ¿cómplices o víctimas del desarrollo?", en AA.VV.: *Capital social y cultura: claves estratégicas para el desarrollo* (coord. por B. KLUKBERG), FCE, México, 2000, p. 132.

11 En el Informe Mundial de Desarrollo Humano de 2004, realizado por la ONU, se dispone expresamente sobre la materia que "La libertad cultural constituye una parte fundamental del desarrollo humano puesto que, para vivir una vida plena, es importante poder elegir la identidad propia, sin perder el respeto por los demás o verse excluido de otras alternativas". Informe Mundial de Desarrollo Humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy. En <http://hdr.undp.org/reports/global/2004/espanol/pdf>, visitada el 21 de marzo de 2007.

12 El movimiento intelectual que se conoce como "cultural studies", parte de reaccionar contra los planteamientos freudianos y marxistas tendientes a negar la relevancia de la cultura en el plano psicológico y político respectivamente. Como referencia a los planteamientos de esta corriente del pensamiento véase, JAMESON, F.: *Estudios culturales: reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998, pp. 69 y ss.

13 Sobre el particular véase: GARGARELLA, R.: *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1998.

propia identidad individual como un proceso dialógico, donde un componente decisivo será el reconocimiento por parte de los demás miembros de la sociedad. Así, desde este punto de partida, la pertenencia a un grupo, como lo será uno de tipo cultural, será determinante en dicho proceso, en tanto es quién suministra a sus miembros un horizonte de comprensión, histórico y culturalmente determinado. De allí, y haciendo una extensión de la política liberal de la dignidad, aboga por la supervivencia y reconocimiento de las diferentes culturas sobre la base de la presunción que todas aquellas culturas que han logrado mantenerse en el tiempo merecen "nuestra admiración y nuestro respeto, aun si éste se acompaña de lo mucho que debemos aborrecer y rechazar"¹⁴.

Por otro lado, el filósofo Will Kymlicka, incorpora un nuevo componente a la discusión al identificar desde el seno mismo del liberalismo el deber de conservación de las comunidades culturales. Para ello, parte de la concepción de la libertad propia de la doctrina liberal, según la cual cada individuo es libre para elegir su ideal de vida buena y según ella de elegir su plan de vida, dentro del cual hace parte la libertad de reevaluar y abandonar sus creencias¹⁵. En este sentido, Kymlicka afirma que puede reclamarse entonces del liberalismo un compromiso para fomentar el acceso a la información sobre otros sentidos y proyectos de vida buena, en tanto la libertad requiere de un contexto en el que sea posible a los individuos elegir entre diversos proyectos vitales y concepciones de lo bueno, apareciendo así la protección de la multiculturalidad como una condición de libertad¹⁶. Pero para el filósofo canadiense, la protección a la diversidad no deberá ser sólo para culturas diferentes a la nuestra, sino también con la propia, en tanto, se trata de un elemento central en la percepción de los individuos de sí mismos al crear mutua comprensión y solidaridad entre sus miembros¹⁷.

Por su parte, el filósofo indú Bhikhu Parekh¹⁸ complementa la idea de la protección a la multiculturalidad como condición de libertad, al plantear que esta diversidad "permite a los hombres ver lo contingente de su cultura y relacionarse con ella más libremente, sin pensar que es su destino pertenecer a ella"¹⁹,

14 TAYLOR, C.: *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, FCE, México, 1993, p. 106.

15 En este sentido, señala el autor que "puesto que nuestros juicios sobre el bien son falibles, no sólo interesa seguir nuestra concepción actual del bien, sino también de enjuiciarla y, potencialmente, de revisarla. Nuestros fines actuales no siempre merecen nuestra fidelidad, y exponernos a otros modos de vida nos ayuda a hacer juicios informados sobre lo verdaderamente valioso". KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 131.

16 Esta idea parece ser adoptada igualmente por el PNUD en su formulación de la libertad cultural, al respecto véase. Informe Mundial de Desarrollo Humano 2004: la libertad cultural en el mundo diverso de hoy. En <http://hdr.undp.org/reports/global/2004/espanol/pdf>, visitada el 21 de marzo de 2016. Debe anotarse que en la elaboración del reseñado informe se contó con la participación del filósofo canadiense Will Kymlicka, a quién se le han hecho referencias en el presente escrito.

17 Sobre el debido respeto del factor cultural y su relación con la identidad personal que "si una cultura no goza del respeto general, entonces la dignidad y el respeto a sí mismos de sus miembros también estarán amenazados". KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 129.

18 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., pp. 249 y ss.

19 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., p. 252.

suponiendo una ampliación a nuestra imaginación y a reconocer los límites de la categorías que utilizamos al pensar desde nuestra propia cultura.

Es entonces, a partir de las anteriores justificaciones y otras de distintas especialidades, donde tiene lugar la aparición del concepto eminentemente normativo de multiculturalismo²⁰. Este concepto que tuvo su origen a mediados del siglo XX, se refiere de forma genérica a una alternativa de la realidad multicultural diferente a la asimilación, homogenización, exterminio o relego de la identidad cultural del plano político, y propone a su vez el reconocimiento y protección de la diversidad cultural. Así, esta alternativa, responde desde el plano filosófico, a una visión particular del mundo que pretende según Forero, “ser un método razonable para intentar hacer aproximaciones entre modos de comprender el mundo radicalmente distintos, y trata de imaginar nuevas posibilidades para lograr el acercamiento entre concepciones del bien en conflicto”²¹.

A partir de esta pretensión filosófica multicultural, se deriva una serie de consecuencias desde el plano teórico-político, en tanto, a partir del modelo político liberal, el multiculturalismo supone una alternativa racional de introducción de las identidades culturales que han sido negadas por el modelo en el plano político. En este sentido, el concepto normativo de multiculturalismo, implica desde la filosofía política, tal y como lo sostiene Parekh, que “no se debe otorgar a la cultura tradicional un puesto de honor, que las culturas minoritarias resultan igual de centrales para su identidad, que deberían ser respetadas y cuidadas sin que se deba incentivar su desaparición con el tiempo, y que las minorías étnicas y culturales no se componen de individuos sino de comunidades organizadas con derechos a realizar peticiones colectivas”²².

Así, la política de la diferencia que supone el multiculturalismo, reclama el reconocimiento y aún más, el fomento de aquello que no es compartido universalmente, a la vez que denuncia la falsa neutralidad del Estado en materia cultural²³, en tanto, al relegar del ámbito político las particularidades culturales, suprime la identidad del individuo como miembro de una comunidad²⁴; resalta el carácter inhumano del que parte del modelo liberal, al considerar al individuo como ajeno al componente cultural en su configuración política; y discriminatorio para con las minorías, al incentivar una cultura dominante caracterizada por el

20 Debe diferenciarse en este punto el término multiculturalidad que es un término factual que se refiere al hecho de la diversidad cultural, de la propuesta normativa del multiculturalismo. Al respecto, véase Olivé, L.: *Multiculturalismo y pluralismo*, cit., p. 58.

21 FORERO, M.: “Precisiones filosóficas acerca del multiculturalismo”, en AA.VV.: *Comunicación, globalización y cultura*, CEJA, Bogotá, 2003, p. 190.

22 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., p. 21.

23 VALCÁRCEL, A.: “Cultura y democracia”, en AA.VV.: *La cultura de la democracia: el futuro* (coord. por GINER, S.), Editorial Ariel, Barcelona, 2001, p. 117.

24 PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, cit., pp. 30 y ss.

utilitarismo laico europeo²⁵. Por tanto, desde este nuevo enfoque político, el multiculturalismo normativo, reacciona a la idea de universalidad de los derechos planteando la posibilidad de establecer derechos diferenciados en función de grupos culturales donde la titularidad recaiga sobre la comunidad y ya no de forma exclusiva en el individuo.

Toda esta propuesta normativa de coexistencia cultural, supone plena vigencia, además de unos rasgos bastante característicos, para el continente americano, y más especialmente en América Latina, a causa de la conocida existencia de comunidades aborígenes que preexistían, incluso por miles de años, a la llegada de la cultura europea al territorio americano. En este sentido, es claro que la cuestión de la multiculturalidad en América Latina ha emergido sobre todo como componente central de la problemática de los pueblos indígenas, bajo la premisa normativa del multiculturalismo.

Dentro de este reto de orden mundial, el caso de Colombia es paradigmático, ya que al revisar la historia nacional, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que nuestro Estado puede definirse, desde la perspectiva descrita, como una sociedad multicultural, en tanto desde su nacimiento se ha construido por tres tradiciones culturales concurrentes que han coexistido y se han mezclado, a saber: la indígena, africana y la europea. Pero nuestro país, no sólo responde empíricamente a una realidad multicultural, sino que con la expedición de la Constitución vigente, en 1991, esta realidad fue consagrada de forma expresa en la Carta Política, estableciendo como mandato de orden constitucional no sólo el respeto, sino también la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, consagrándose derechos específicos para la consecución de dichos fines superiores.

Pero lejos de quedar saldada la tensión que hemos evidenciado en este escrito dentro del modelo político y jurídico colombiano, la Constitución de 1991 simplemente la dejó consagrada en su articulado. Esta particular tensión es especialmente evidente en relación con los pueblos indígenas que habitan en el territorio colombiano y a los cuales la misma Constitución Política les ha otorgado una serie de derechos tendientes a la protección y conservación de su diversidad cultural. Un ejemplo paradigmático de ello lo constituye la institución de la Jurisdicción Especial Indígena (art. 246 CN), en virtud de la cual se les concede a los pueblos aborígenes el derecho de ejercer facultades jurisdiccionales dentro de su territorio y a sus miembros, todo ello en el marco del derecho de estas comunidades a organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y deseos (art. 330 CN), incluyendo el derecho del pueblo

25 Al respecto de pronuncia Sen al afirmar que “El mundo contemporáneo está dominado por occidente, y aunque la autoridad imperial de los antiguos gobernantes del mundo haya disminuido, occidente, sigue dominando tanto como antes y, en algunos aspectos, más que antes, sobre todo en temas culturales”. SEN, A.: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2002, p. 291.

indígena a regirse por sus propias normas, lo que a su vez incluye la posibilidad de crear normas y aplicarlas.

Pero no debe desconocerse que de igual forma, el mismo constituyente ha declarado al Estado como Unitario (art. 2° CN), y por tanto, ha querido que en toda su extensión, los ciudadanos sientan que hacen parte de un mismo proyecto político materializado en la institucionalidad estatal, desde la que se protege la igualdad, las libertades y derechos individuales fundamentales, y demás garantías, como el debido proceso, el juez natural y la división de poderes, que se han condensado en el concepto, especialmente denso y difuso a la vez, de la dignidad humana, la cual para el caso colombiano se erige constitucionalmente como fundamento de la institucionalidad estatal.

Por lo tanto, el ejercicio de la potestad sancionadora que ostentan las comunidades indígenas supone un ejemplo claro en el que se materializa la tensión entre unidad y diversidad cultural, y sin que el constituyente hubiera pasado desapercibido sobre el particular, designó como el competente para dirimir dicha contingencia al órgano legislativo, para que éste fuera quién expidiera una *ley de coordinación* entre jurisdicciones que permitiera, si bien no saldar de forma abstracta la tensión evidenciada, si pudiera establecer criterios, límites y condiciones básicas para el funcionamiento paralelo de ambas jurisdicciones.

En el marco de la inactividad del legislador sobre el particular y la complejidad del mismo, la Corte Constitucional, como tribunal de mayor jerarquía en la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos, pero de igual forma, como intérprete auténtico de la Carta Política, no se ha mantenido ajena a dicha problemática y en reiteradas ocasiones ha debido enfrentar la tensión derivada de la diversidad cultural en sus diversas manifestaciones²⁶. Entre ellas, para los efectos del presente escrito, puede identificarse a la generada por la aplicación de la figura de la potestad sancionadora de las comunidades indígenas, la cual, sin lugar a dudas, constituye una forma de materialización de la tensión genérica antes descrita.

26 De las tensiones que la Corte Constitucional ha debido abordar referentes a la diversidad cultural puede destacarse: la etnoeducación en sentencia T-1214 de 2002 M.P: Álvaro Tafur Galvis, T-1085 de 2003 M.P: Eduardo Montealegre Linett, T-899 de 2005 M.P: Alfredo Beltrán Sierra, T-524 de 2006 M.P: Jaime Araujo Rentería; la exención del servicio militar obligatorio para miembros de comunidades indígenas en la Sentencia C-058 de 1994 M.P: Alejandro Martínez Caballero; la participación política de representantes de comunidades indígenas en cuerpos colegiados en Sentencia T-778 de 2005 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa; las circunscripciones especiales para comunidades negras e indígenas en el Congreso nacional, Sentencia C-169 de 2001 M.P: Carlos Gaviria Díaz; autonomía dentro de los resguardos indígenas relativos al tránsito, asentamiento y explotación del territorio, entre otras, Sentencia T-428 de 1992 M.P: Ciro Angarita Barón; T-405 de 1993 M.P: Hernando Herrera Vergara; T-257 de 1993 M.P: Alejandro Martínez Caballero y C-620 de 2003 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra.

III. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN COLOMBIA: DESARROLLO HISTÓRICO Y CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL.

Para dar continuidad al desarrollo del presente artículo, el presente apartado pretende centrar la tensión ya caracterizada entre la unidad y diversidad cultural a la institución de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Como se dijo, el caso del multiculturalismo en Colombia es paradigmático, ya que es un país donde convergen diferentes culturas como la europea, la africana y la americana, dando paso a la existencia de tres grupos étnicos diferentes a la cultura mayoritaria. A saber, esos grupos étnicos son: los pueblos indígenas, las poblaciones afrocolombianas, incluidas las comunidades raizales de San Andrés y Providencia y la comunidad de San Basilio de Palenque, en el departamento de Bolívar y el pueblo *rom* o gitano. Según el censo general de 2005 hecho por el DANE, en Colombia encontramos 87 étnias indígenas, 3 grupos diferentes de afrocolombianos y un pueblo gitano, lo cual lleva, a la existencia dentro del país de 64 lenguas amerindias y varios dialectos²⁷.

A través de los años, el trato y regulación de las etnias amerindias en Colombia, presentó diferentes matices. En la época de la conquista y de la colonia, los indígenas fueron vistos como hombres en “estado de salvajismo”, frente a quienes existía el deber de difundir la fe cristiana, en pro del mejoramiento de sus calidades de vida, integración a la sociedad y su salvación espiritual²⁸. Dichas intenciones, fueron desarrolladas en las *Leyes de Indias*, a través de las cuales se crearon además instituciones especiales de protección para los aborígenes, que luego no fueron llevadas a la realidad, como las tendientes a que no fueran exterminados o esclavizados por los españoles. En este contexto entonces, “la segregación física de las comunidades indígenas se combinaba con la separación del régimen jurídico, tributario y político”²⁹, evidenciándose, como para esa época, a los indígenas les era reconocida su diferencia a pesar de ser mirada con desprecio, razón por la cual, puede deducirse que para la época esos indígenas, desplazados y casi invisibles, pudieron enfrentar sus conflictos desde sus costumbres y cosmovisiones. Así, puede afirmarse que incluso hasta la colonia, se mantuvo vigente la institución de la jurisdicción indígena como forma de control social, cultural y religioso entre sus miembros³⁰.

27 Al respecto véase RODRIGUEZ PALAU, E.: *Colombia: Una Nación Multicultural*, Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, Bogotá, 2006.

28 Como ejemplos preliminares de ello puede referirse el tratamiento consagrado en la Ley 11 de 1874, el Decreto del 30 de julio de 1824 y la Ley 89 de 1890.

29 SÁNCHEZ, B.: “El reto del multiculturalismo jurídico”, en DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, Siglo del Hombre*, Tomo II, Bogotá, 2001, p. 13. Sobre la evolución histórica de la regulación indígena en Colombia antes de 1991, véase capítulo 13, *Ibid.*, p. 11 a 27 y p. 63 a 68, en relación con la jurisdicción indígena específicamente.

30 En palabras de Beatriz Sánchez, “en efecto, en 1542, por medio de la legislación de Indias se estableció que: en los conflictos entre los indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos”. DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p. 63.

Sin embargo, esta segregación del entorno jurídico, político y social de las culturas extrañas a la mayoritaria, se ve interrumpida, de algún modo, por los principios de la Revolución Francesa, ya que el individualismo, la igualdad y la idea de propiedad privada, llevaron a que instituciones como la del **resguardo** fueran suprimidas, y que a su vez se buscara integrar plenamente a la sociedad mayoritaria a dichas comunidades étnicas, suponiendo así un proceso de homogeneización tendiente a transformar a las culturas diversas cultural y étnicamente a la propiamente mayoritaria. Para esta época, entonces, se pretende tratar al indígena como un igual que debe incorporarse a la sociedad mayoritaria en cuanto individuo con igualdad de derechos, de manera que las leyes que rigieron para esta época en cuanto al juzgamiento de sus actos fueron las nacionales, es decir, las de la república, desconociéndose su diferencia³¹.

A pesar de ello, entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX, debido a que Colombia se encontraba en un proceso de modernización, se empezó a concebir a los indígenas como un pueblo en decadencia, que frenaba el desarrollo del país. Por ello, se regularon las relaciones del Estado con los indígenas a través de la ley 89 de 1890, la cual rigió por más de 100 años. Esta ley dividía a los indígenas en tres categorías, la primera correspondía a los llamados “salvajes” que debían ser reducidos a la sociedad mayoritaria a través de los misioneros católicos, y frente a los cuales no regían las leyes de la república; la segunda se refería a aquellos que se encontraban en proceso de civilización, llamados “semisalvajes” a quienes debía dictárseles un régimen especial de acuerdo con las autoridades eclesiásticas³²; y la tercera categoría respondía a los ya civilizados, cuyas relaciones se regían por la ley 89 de 1890³³.

De esta forma, se evidencia como, a pesar de seguir teniendo rasgos despectivos y gregarios, se vuelva a tener en cuenta la diferencia étnica, religiosa y cultural, y con fundamento en ella, se les otorga cierta independencia y autonomía a las comunidades indígenas, como por ejemplo lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 89 de 1890, el cual permitió que los conflictos entre miembros de la comunidad y las faltas contra la moral fueran juzgadas e investigadas por las autoridades de la misma comunidad. Sin embargo, valga resaltar que para la época, fue a la Iglesia

31 En este sentido Beatriz Sánchez afirma que “la política indigenista en el periodo comprendido entre 1810 y 1890, se concentró en la disolución de los resguardos y en la integración plena a la civilización de las comunidades (...) una vez libradas las batallas de independencia, la política indigenista de Bolívar y sus sucesores fue la de eliminar cualquier vestigio del colonialismo español (...) Debía eliminarse de tajo la discriminación racial y legislar en términos de igualdad para todos los habitantes de la república”. DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p. 14.

32 Según el Artículo 1° de la Ley 89 del 25 de noviembre de 1890 “la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas”.

33 El Artículo 2° de la Ley 89 del 25 de noviembre de 1890 dispone que “Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de resguardos. En tal virtud se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación”.

Católica a quién se le encomendó la función homogenizadora de los “salvajes”, por medio del proceso evangelizador a los miembros de las comunidades indígenas, hasta el punto que con la Ley 72 de 1892, se le dio poder a los misioneros para ejercer autoridad civil, penal y judicial entre los indígenas³⁴.

A pesar de los complejos procesos de evangelización a los que se sometieron algunos pueblos indígenas, la mayoría de los considerados “salvajes” pudieron mantener el ejercicio de sus prácticas y costumbres ancestrales de forma clandestina aún ante los ojos ignorantes de la iglesia como un acto de preservación y resistencia de su identidad cultural. En este sentido, “la justicia indígena, por su carácter consustancial a la cosmovisión y a la lengua de cada cultura y por operar a través de las relaciones del parentesco y de todo el tejido social, fue un práctica indivisible a la mirada religiosa occidental, lo cual implicó, de hecho, que no pudiera incidirse consciente y directamente entre sobre ella”³⁵. Ello nos lleva a reconocer el funcionamiento de hecho de una jurisdicción indígena a lo largo del siglo XX, debido no sólo al aislamiento de dichas comunidades de las leyes de la república, sino a su vez, a la incapacidad del Estado colombiano y de la misma Iglesia para abordar los conflictos internos de los indígenas en razón de la incompreensión hacia ellos³⁶.

De lo anterior, se puede evidenciar, entonces, la inexistencia de un monopolio judicial por parte del Estado, desde la expedición de la Ley 89 de 1890, el cual se mantuvo sólo en los textos jurídicos hasta la última década del siglo XX, tal como lo afirma el Secretario de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), al señalar frente a esta norma, que “es una conquista de los pueblos indígenas de Colombia, por cuanto ha representado la posibilidad de conservar una legislación propia, conforme con los usos y costumbres indígenas, y de poseer tierras comunales bajo la figura del resguardo”³⁷, lo cual le otorgaba seguridad al fuero indígena y por tanto representa un avance y salvaguardia de la jurisdicción indígena.

En este contexto, tiene lugar la reivindicación de los indígenas por el reconocimiento de su diferencia a lo largo del siglo XX, en especial con una lucha por el territorio, que sin lugar a dudas se constituye como una de sus mayores preocupaciones, aún hasta nuestros días³⁸. Frente a esta situación, es muy

34 Artículo 2° de la Ley 72 de 1892.

35 GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia y el poder indígena*, Universidad del Cauca, Santiago de Cali, 2000, p. 99.

36 GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia*, cit., p. 117.

37 Intervención de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) por medio del secretario de turno en la sentencia C-139 de 1996, donde se analizó la constitucionalidad de 5 artículos de la Ley 89 de 1980. Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

38 GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia*, cit., p.126. En cuanto a la vigencia del tema territorial indígenas, ello es evidente ante la inexistencia de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial por parte del Legislador, en la cual deberá regularse lo pertinente a las Entidades Territoriales Indígenas, sin que hasta el momento se haya hecho.

importante mirar la movilización organizada de los Paeces en el Cauca, hacia 1970, para la recuperación de sus tierras ancestrales, lo cual condujo a la creación del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), seguido de la conformación de la Organización Nacional Indígena colombiana (ONIC) en 1982, por medio de la cual los indígenas reclamaban la aplicación de la ley 89 de 1890, la recuperación de tierras, la administración autónoma de sus recursos y la implementación de diferentes medidas para la conservación de su cultura³⁹. Sin embargo, esta movilización tendiente a la recuperación de tierras en el Cauca estuvo acompañada de sangre, por los diferentes enfrentamientos con los terratenientes, fuerzas armadas y en ocasiones con otros indígenas, apareciendo, dentro de todo este contexto, el movimiento indigenista Comando Quintín Lame.

La anterior visibilidad adquirida por los indígenas, sumada a la Influencia por el contexto internacional donde comienza a reconocérseles su valor e importancia⁴⁰, lleva a que los indígenas obtuvieran una representación en la Asamblea Nacional Constituyente convocada en 1990 para afrontar los problemas que vivía el país. Dicha representación indígena estuvo en cabeza de tres delegados, Francisco Rojas Birry perteneciente a la comunidad embera, Lorenzo Muelas a la de los guambianos y Francisco Peña (miembro del movimiento indígena guerrillero desmovilizado Quintín Lame, quien contó con voz pero no voto dentro de la Asamblea), quienes presentaron diferentes propuestas a la Asamblea⁴¹ en aras del reconocimiento de la diversidad cultural dentro de la nación colombiana.

El país recurre a una Asamblea Nacional Constituyente⁴², con el fin de lograr principalmente los siguientes objetivos: “poner fin a la violencia, fortalecer la democracia, ampliar la declaración de derechos y redefinir la estructura básica del Estado”⁴³. En busca de esos objetivos, aparecen las propuestas relativas a las minorías culturales dirigidas al reconocimiento del carácter multicultural de Colombia y a la protección de su legado cultural. Estas propuestas presentan entonces un núcleo común, que evidenciará una enorme tensión entre sus pretensiones; dicho núcleo común, apunta a la búsqueda de la igualdad basada en el reconocimiento de los derechos básicos a todos los ciudadanos, incluidos ellos, buscando al mismo tiempo el reconocimiento de su autonomía en razón de

39 Como referencia a los programas con los que se crearon estas organizaciones indígenas se remite a CONSEJO REGIONAL INDIGENA DEL CAUCA. *Diez años de Lucha*, CINER, Popayán, 1981.

40 DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., pp. 22 a 27.

41 Para ver las propuestas presentadas por Francisco Rojas Birry remitirse a las Gacetas Constitucionales No. 18:6-8, 67:14-21 y 29:2; Para las de Lorenzo Muelas mirar las Gacetas Constitucionales No. 19: 11-13, 24:11-16 y 40: 2-8; y para Francisco Peña las Gacetas No. 61:4 y 60:7-20. Igualmente para su análisis, véase Bonilla Maldonado, D.: *La Constitución*, cit., pp. 124 y ss y DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., pp. 27 a 30.

42 Sobre el contexto, conformación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente cuyo resultado fue la constitución de 1991, remitirse a AA.VV.: *La Constitución de 1991: ¿un pacto político viable?* (coord. por J. DUGAS), Departamento de Ciencia Política y Universidad de los Andes, 1993.

43 BONILLA MALDONADO, D.: *La Constitución*, cit., p. 121

la diferencia. Estas pretensiones muestran una gran tensión entre los principios de igualdad y unidad política, por un lado, y la diferencia y autonomía política por el otro, tensión que fue reproducida en el articulado de la Constitución de 1991, como ya será analizado.

Dentro de las pretensiones de autonomía por parte de los indígenas, a la Asamblea Nacional Constituyente, fue presentada una propuesta basada en la consagración de una jurisdicción indígena por el representante Lorenzo Muelas, propuesta orientada no tanto a la creación de una institución, sino al reconocimiento legal de una realidad preexistente. Dicha propuesta soportada a su vez por los pronunciamientos de Francisco Rojas Birry, planteaba la necesidad del establecimiento de una jurisdicción indígena para la conservación de sus culturas, claro está, reconociendo la necesaria articulación con la estructura nacional, de manera que sus decisiones y actos se ciñeran al respeto a los derechos humanos. Pocas propuestas de los demás constituyentes estuvieron orientadas a los temas sobre minorías culturales, y en especial al tópico de la jurisdicción especial indígena, pero finalmente se les concedió dicha potestad, no existiendo oposición a ello dentro de la Asamblea, a pesar de la evidente tensión que supone.

La Constitución Nacional de 1991, entonces, en su artículo 246 establece: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

De esta manera, la Constitución Nacional consagra un instrumento en pro de la autonomía de los pueblos indígenas y su autogobierno, el cual es de gran relevancia para la conservación de las diversas culturas amerindias, en el sentido, en que, el control social que se ejerce sobre los miembros de una comunidad, constituye una herramienta esencial para el respeto, mantenimiento y protección de la cultura y sus singularidades. El control social ejercido a través de la jurisdicción indígena⁴⁴, se orienta a la adecuada transmisión de los valores culturales dentro de los diversos pueblos, ya que dicha transmisión y respeto de valores no puede lograrse solo con las estrategias de socialización primarias, puesto que es esencial tener el poder de establecer normas acordes a los usos y costumbres de cada comunidad, unido a la posibilidad de aplicarlas para corregir desviaciones. Todo ello, facilita entonces, el reconocimiento y protección de las prácticas esenciales de los diferentes grupos sociales.

44 DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p.72

Luego de reconocer la importancia del respeto a la implementación de una jurisdicción indígena, es fundamental mirar cómo se consagró expresamente dicha institución. El artículo 246 de la Constitución⁴⁵, en su redacción, nos lleva a determinar la existencia de un derecho a ejercer la jurisdicción indígena por parte de los pueblos indígenas, en cuanto el artículo se refiere a un poder, lo que supone el otorgamiento de una facultad y no de una función. Igualmente, tal como ya se dijo en este escrito, el ámbito internacional y su gran influencia, ha determinado que es un derecho de los indígenas regirse por instituciones propias, instituciones que claramente incluyen a las tendencias para la resolución de conflictos internos. Finalmente orientado a postura, encontramos la posición de la Corte Constitucional Colombiana al respecto, quién identifica a la atribución que la Constitución hace a las autoridades indígenas como una potestad⁴⁶.

Visto de esta forma, los pueblos indígenas cuentan con mecanismos para garantizar el ejercicio de su derecho a contar con una jurisdicción propia. Así, el régimen constitucional y legal colombiano les otorga dos instrumentos principales que sirven de garantía, a saber, el primero, consiste en la promoción de un conflicto positivo de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura⁴⁷, y el segundo mecanismo es la subsidiaria acción de la tutela⁴⁸ en los términos del artículo 86 Superior. Sin embargo, este derecho tiene límites, ya que tal y como fue consagrada la institución, ésta no cuenta con una independencia absoluta del sistema nacional al encontrarse sujeta a valores y principios considerados como superiores por la cultura mayoritaria, según lo dispone de forma expresa el artículo 246 Constitucional.

En este punto, debe ponerse de presente la limitación particular que se estableció constitucionalmente a dicho derecho mediante el establecimiento de un fuero especial indígena que condiciona su aplicabilidad a situaciones específicas

45 "La jurisprudencia constitucional ha determinado que la jurisdicción indígena tiene cuatro elementos i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios; iii) el respeto a la Constitución y la ley dentro del principio de maximización de la autonomía; y iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional". Así se pronunció expresamente la Corte Constitucional al evaluar los elementos consagrados en el artículo 246 Superior. Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996 M.P: Carlos Gaviria Díaz.

46 Al respecto, se pronunció la Corte Constitucional al señalar que se constituye un elemento propio del fuero indígena el que la comunidad se manifieste positivamente sobre su voluntad de tomar conocimiento del caso, ya que en caso contrario la jurisdicción competente será la ordinaria, en sus palabras, "el fuero especial no opera por el solo ministerio de la ley, porque a las condiciones objetivas para que proceda el mismo debe agregarse la manifestación de voluntad de una autoridad tradicional competente por el factor personal y territorial, para asumir el conocimiento del caso. En ausencia de tal manifestación, el juez ordinario no pierde la competencia para conocer del asunto." Corte Constitucional, Sentencia C-1238 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

47 Así se desprende expresamente del artículo 256-6 de la Constitución, el cual fue desarrollado por el artículo 112 de la Ley 270 de 1996.

48 La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la potestad que ostentan las Comunidades Indígenas, por intermedio de sus representantes, de interponer acciones de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la comunidad indígena. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003 M.P: Rodrigo Escobar Gil.

(derecho otorgado a los integrantes de una comunidad indígena, para ser juzgados conforme a los usos y costumbres de su comunidad), el cual está compuesto por dos elementos que se desprenden de la lectura literal del artículo 246 Superior⁴⁹. El primero de ellos, se refiere a la pertenencia étnica, según la cual, todo integrante a una comunidad indígena debe ser juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos de su pueblo, y el segundo apunta al factor territorial, donde se determina que cada comunidad puede juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio, de acuerdo con sus usos y costumbres.

Sin embargo, como lo afirman Sánchez y Jaramillo, “en principio no es indispensable que los dos elementos concurren. Es claro que 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 indígena. La Corte Constitucional identificó dos posibilidades en caso de presentarse tal evento. 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. En este caso el juez debe determinar el grado de adaptación del individuo a la sociedad mayor, a fin de establecer la conveniencia de que se le juzgue dentro del sistema jurídico de la sociedad mayor, o si debe ser remitido a su grupo para que allí se le juzgue”⁵⁰.

Solamente en este aspecto, se evidencia la complejidad de este derecho, por lo cual, el constituyente, le otorgó un papel significativo al legislador en miras al establecimiento de un mecanismo para la coordinación y articulación de las dos jurisdicciones. Sin embargo, el legislador no ha sido activo frente a esta problemática, y la única ley que se ha ocupado de cierta forma sobre el tema, ha sido la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), la cual incluye a la jurisdicción indígena dentro de la rama judicial, convirtiéndola en parte del sistema nacional⁵¹. Ante esta situación, sumada al carácter de aplicación

49 En este punto se hace indispensable distinguir entre los elementos del fuero indígena que se desprenden de la lectura literal del artículo 246 y los que la Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia ante la inactividad del legislador colombiano, quién por mandato constitucional es el llamado para hacerlo. En este sentido, los primero son lo que se abordan en el presente capítulo, mientras los desarrollados por la Corte Constitucional serán abordados en detalle en el capítulo 3.

El artículo 246 constitucional reza literalmente “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.” (subrayas fuera del texto).

50 DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p. 88.

51 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996 M.P.:Vladimiro Naranjo Mesa.

directa con que cuenta el artículo 246 de la Constitución de 1991⁵², la Corte Constitucional ha sido la institución que ha venido afrontando las contingencias, choques y tensiones que supone la consagración de la jurisdicción indígena como desarrollo del principio de pluralidad en el Estado social de derecho.

Esa tensión de la que se habla, y que como se dijo anteriormente también se encontraba en las propuestas presentadas por los representantes indígenas a la Asamblea Nacional Constituyente, de manera general se refiere a la contradicción entre los principios de unidad y diversidad cultural, la cual se refleja en la tensión entre el reconocimiento constitucional de la diferencia y la consagración de la declaración liberal de derechos⁵³ por un lado; y la tensión relacionada al principio de unidad nacional y el establecimiento del autogobierno y la jurisdicción indígena⁵⁴, por el otro. Para nuestros efectos, sólo nos detendremos en esta segunda tensión, en cuanto interviene en la ejecución del derecho de jurisdicción indígena.

Como se dijo, esta tensión apunta al enfrentamiento entre los principios de unidad política consagrado en el artículo 1° de la Constitución Nacional, según el cual, Colombia está organizada en forma de república unitaria, y los derechos de autogobierno otorgados a las minorías culturales, principalmente a través de los artículos 330 y 246 de la Carta, donde el primero establece el derecho de los grupos aborígenes a gobernarse según sus usos y costumbres y el segundo como ya es sabido se refiere a la jurisdicción indígena.

La unidad política se interpreta tradicionalmente, como la existencia de un solo sistema jurídico en el país, y de una sola estructura política centralizada y jerarquizada, lo cual supone que el Congreso de la República y poder Ejecutivo, son los únicos órganos con facultad de expedir decisiones políticas en derecho, mientras los demás órganos y autoridades gubernamentales, se encargan del desarrollo de las mismas. Sin embargo, al reconocérsele el derecho de autogobierno a los grupos aborígenes, se les está otorgando a dichas comunidades indígenas la posibilidad de crear derecho.

52 Al respecto se pronunció la Corte Constitucional al señalar que “No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo”. Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

53 Esta tensión se evidencia en los artículos 1, 7, 8, 70 de la Constitución de 1991, en relación al Título I del Capítulo II de la misma.

54 Frente a esta tensión remitirse a los artículos 1, 246 y 330 de La Constitución Nacional principalmente. Véase también al respecto, los artículos 10, 63, 68, 171, 176 287, 288, 289, 329 de la Carta.

IV. EL ALCANCE DEL FUERO INDÍGENA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como ya se ha resaltado, el artículo 246 constitucional prevé el poder que ostentan las comunidades indígenas para juzgar a sus propios miembros ante actuaciones desviadas de su orden social, cultural y/o religioso. En este sentido, para que dicho poder pueda tener lugar es necesario que se configure lo que se ha denominado con la categoría de “fuero indígena”⁵⁵, la cual determinará, nada menos, cuál jurisdicción asumirá la investigación por las imputaciones realizadas, a saber, la de orden nacional o la especial indígena, materializada, ésta última, por las autoridades de la comunidad a la que pertenezca el sindicado.

Si bien como ya se recordó, por mandato constitucional expreso la regulación de dicho fuero indígena está confiada de forma inicial al legislador, por medio de la denominada ley de coordinación⁵⁶, la Corte Constitucional, partiendo de considerar que el ejercicio de la jurisdicción indígena no puede quedar sujeto a una ley específica que la desarrolle ya que esto es una mera circunstancia accidental⁵⁷, ha suplido esta ausencia por vía jurisprudencial, echando mano de principios constitucionales en especial el de diversidad étnica y cultural consagrados en la Constitución. Para ello, ha establecido algunos criterios básicos tendientes a la configuración del mencionado fuero, a los cuales se ha referido la Corporación en varios pronunciamientos⁵⁸:

(i) Elemento subjetivo: Se refiere a la pertenencia del sindicado a una comunidad indígena, para lo cual, no es suficiente que se acrediten los rasgos meramente étnicos, sino que es necesario además acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres⁵⁹.

55 Esta categoría la Corte la ha definido como “el derecho del que gozan 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” Véase Corte Constitucional, Sentencia T-811 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño.

56 El artículo 246 constitucional reza literalmente “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.”

57 Al respecto señaló expresamente la Corte “No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo” Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

58 Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Revisa la Corte en esta ocasión la acción interpuesta por una Comunidad indígena que considera trasgredidos sus derechos a la autodeterminación y a su autonomía jurisdiccional, entre otros, debido al fallo proferido por la jurisdicción ordinaria en el sentido de condenar a la Comunidad al pago de acreencias laborales por la labor desempeñada por su ex gobernador como conductor de vehículo. En este fallo, la Corte resuelve remitir el caso a la jurisdicción especial indígena de la Comunidad por configurarse los elementos que constituyen el fuero especial indígena.

59 Al respecto, señaló la Corte “[...] se reconoce como hecho probado que el actor si es indígena, pero ésta calidad analizada aisladamente no le otorga el derecho al fuero, pues la jurisprudencia de esta Corporación

(ii) Elemento objetivo: Éste se refiere al sujeto u objeto sobre el que recae el actuar criminoso, el cual se requiere que en principio guarde identidad cultural con el sujeto activo del delito. En este sentido, la Corte ha señalado que la consideración de la víctima puede igualmente considerarse como determinante en la procedencia de esta jurisdicción especial⁶⁰.

(iii) Elemento territorial: Éste se limita no sólo a la entidad territorial propiamente indígena, sino que se refiere a la presencia efectiva de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades territoriales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades⁶¹.

(iv) Elemento orgánico: Éste se refiere a la existencia de autoridades en la comunidad indígena que ejerzan control social y estén en capacidad de adelantar el juzgamiento conforme a sus usos y prácticas tradicionales. A ello se le ha sumado como requisito el hecho de que la autoridad indígena deba exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento sobre el sindicado, y de no hacerlo, el caso será conocido por la jurisdicción ordinaria⁶².

En este sentido, ante la confluencia de los elementos del fuero indígena, entendidos como “los que determinan la competencia de la jurisdicción indígena”⁶³, los jueces de la República perderán la jurisdicción respecto del sindicado y por tanto serán las autoridades reconocidas de la comunidad indígena las que ejerzan jurisdicción sobre el investigado, acorde con sus usos y costumbres, pudiendo sus normas ser escritas o consuetudinarias⁶⁴.

V. CONCLUSIONES

A partir la propuesta teórica del multiculturalismo dentro de las formas de asociación estatales, se evidencia entonces la tensión que se genera entre la unidad

expresamente señala los elementos esenciales que deben concurrir para obtener tal garantía y ellos no se presentan en esta situación por cuando el accionante no residía dentro del resguardo y el delito se cometió por fuera de los límites del mismo”. Corte Constitucional, Sentencia T-667A de 1998, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

- 60 Sobre el particular, señaló el alto tribunal que “[...] la consideración de la víctima puede ser determinante en el momento de decidir acerca de la procedencia de una jurisdicción especial, y que el ejercicio de éste tiene que realizarse dentro de parámetros que garanticen, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, su derecho a la reparación, a saber la verdad y a la justicia”. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003, M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- 61 En palabras de la Corte, “El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en su zona que objetivamente puede tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo”. Corte Constitucional, Sentencia T-1238 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil.
- 62 Señala la Corte expresamente al respecto que en “cuanto el fuero sólo se materializa cuando la autoridad indígena exterioriza su voluntad de asumir el conocimiento de una determinada causa”. *Ibid.*
- 63 Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.
- 64 La Corte ha considerado que no supone una trasgresión del derecho al debido proceso el hecho que la comunidad indígena no cuente con unas normas escritas, sino que estas pueden ser de tipos tradicionales o consuetudinarios. Al respecto véase Corte Constitucional, sentencia T-552 de 2003, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

cultural, que plantea la nación como sustrato material del Estado moderno, y de la conservación de diversidad cultural que propone el multiculturalismo. En este sentido, Colombia aparece como un claro ejemplo del interés reivindicativo de la diversidad cultural en la medida que a través de la Constitución Nacional de 1991, se consagró expresamente y como principio de orden constitucional, el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, que adquiere una materialización clara frente a la existencia de comunidades indígenas preexistentes al territorio nacional.

Así, en el ordenamiento constitucional colombiano, uno de los derechos expresamente consagrados a favor de las comunidades indígenas, es la potestad de ejercer poder jurisdiccional sobre sus propios miembros, el cual si bien se ejerció de hecho a lo largo de la historia republicana, su consagración constitucional supone un avance no menos significativo. El establecimiento de esta institución se constituye en una clara evidencia de la tensión anteriormente enunciada aunque no la agota, en la medida en que expresamente por la disposición constitucional que la consagra, se otorga un derecho de autogobierno referente a la implementación de la justicia dentro de las diferentes comunidades indígenas, según sus usos y costumbres, pero al mismo tiempo, se exige el sometimiento de éstos a la Constitución y a las leyes.

Al indagarnos por el funcionamiento de esta figura en la problemática multicultural nacional, encontramos, por un lado, la inacción del legislador para expedir la ley que permita la coordinación entre jurisdicciones, a pesar del mandato explícito a él realizado por la Constitución. Por lo tanto, en su defecto, encontramos que ha sido entonces el juez constitucional, el que por esta causa, y por diseño propiamente institucional del Estado colombiano, quién ha debido abordar, a partir de casos particulares, los alcances y límites de esta institución. A partir de allí, y en una dinámica de caso a caso, se han venido creando ciertas sub-reglas constitucionales que han configurado lo que hoy podemos denominar como el “Fuero indígena”, a partir de la concurrencia de los elementos subjetivo, objetivo, territorial y orgánico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N.: *Teoría General de la Política*, Trotta, Barcelona, 2005.
- BONILLA MALDONADO, D.: *La Constitución Multicultural*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2006.
- DE SOUSA SANTOS, B. & GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Kaleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre, Tomo II, Bogotá, 2001.
- FORERO, M.: *Precisiones filosóficas acerca del multiculturalismo*, en *Comunicación, globalización y cultura: cátedra UNESCO*, CEJA, Bogotá, 2003.
- FRIEDMAN, J.: *Identidad cultural y proceso global*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001.
- GARGARELLA, R.: *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- GÓMEZ VALENCIA, H.: *De la Justicia y el poder indígena*, Universidad del Cauca, Santiago de Cali, 2000.
- JAMESON, F.: *Estudios culturales: reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.
- KLIKSBERG, B.: *Capital social y cultura: claves estratégicas para el desarrollo*, FCE, México, 2000.
- KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- OLIVÉ, L.: *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós, México, 1999.
- PAREKH, B.: *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2000.
- SCHMITT, C.: *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1963.
- SEN, A.: *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá, 2002.
- TAYLOR, C.: *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, FCE, México, 1993.
- VALCÁRCEL, A.: "Cultura y democracia", en AA.VV.: *La cultura de la democracia: el futuro* (coord. por S. GINER), Ariel, Barcelona, 2001.

VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.

Corte Constitucional, Sentencia C-1238 de 2004. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2003 M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996 M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-811 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-667A de 1998, M.P: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T-1238 de 2004, M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-009 de 2007, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.