

Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver

SUMARIO

- I. Integración o independencia: derecho positivo frente al consuetudinario.
- II. El laberinto del fuero personal y territorial.
- III. La jurisdicción: un derecho o una obligación y sus excepciones

RESUMEN

La Constitución de 1991 propició un cambio en las relaciones con las minorías étnicas en general y en aras de su protección existe el reconocimiento de derechos colectivos y fundamentales de grupo. Dentro de ellos, uno trascendental: la jurisdicción indígena. Hoy, 17 años después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución y de haberse reconocido a los indígenas sus propias leyes y jueces, su sentido y razón de ser se ha ido aclarando y ampliando por la jurisprudencia constitucional, al abrigo del tratado internacional 169 de 1989 de la OIT y la decisiones de la Corte Interamericana de Justicia. No obstante, cuando revisamos los conflictos de competencias suscitados, encontramos que cuando se resuelve u otorga competencia a la justicia ordinaria o indígena, en casos concretos llevados ante el Consejo Superior de la Judicatura, la visión de este tribunal no es acorde con el avance constitucional y en ocasiones parecería estar bajo el amparo de la Constitución monocultural de 1886.

PALABRAS CLAVE

Minorías étnicas, pueblos indígenas.

ABSTRACT

The Colombian Constitution of 1991 has fostered a change regarding the ethnic minorities. Within the new issues on this topic is paramount the acknowledgement of a set of both fundamental and cultural rights to the indigenous peoples; one of the most important among them is the right to a proper jurisdiction. Today, after seventeen years since the enactment of the Constitution, the sense and meaning of the right to a proper jurisdiction of the indigenous people have been explained and enlarged by the case-law of the Constitutional Court following both the 169 International Labour Organization covenant approved in 1989, and the case-law of the Inter-American Court of Human Rights. Even though, despite these important steps, the study of the case-law of the Superior Council of the Judiciary solving the conflicts of competence between the ordinary justice and the special indigenous justice, shows the evidence that the case-law of the said Council is not compatible with the terms of the new Constitution, indeed, some times it seems as being grounded under the terms of the old and mono-cultural Constitution enacted in 1886.

KEY WORDS

Ethnic minorities, indigenous peoples.

En esta oportunidad hemos querido entrar a analizar la evolución que ha tenido la jurisdicción indígena en los últimos quince años, desde su reconocimiento constitucional en 1991, donde se evidencia que la potestad de ejercer la función jurisdiccional dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, se ha ido decantando, nutriendo y delimitando por los tribunales¹.

Desde el inicio la jurisdicción indígena ha sido catalogada como un *derecho fundamental* de los pueblos, ligado a su *supervivencia cultural*, derecho que no puede verse aislado de los cambios propiciados por la Constitución frente a las minorías con la consagración del principio de diversidad étnica y cultural de la nación colombiana ni de la concepción misma del texto constitucional, de uno político pasó a ser uno jurídico, exigible directamente, con fuerza vinculante propia.

El primer reto del aparato judicial ordinario consistió en reconocer y hacer respetar esa transformación esperada: pasar de un país *monocultural* a uno *pluriétnico* con grupos sociales con derechos diferentes².

1. Este texto fue presentado por el autor en las VII Jornadas de Derecho Constitución y Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y hace parte de la investigación que viene adelantado sobre accesos a la justicia con el Departamento de Derecho Constitucional.

2. La Carta Política consagró el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana,

No obstante la ratificación por parte del Estado colombiano, mediante la Ley 21 de 1991, del Convenio Internacional 169 de la OIT de 1989 y la promulgación a los pocos meses de la nueva constitución de 1991, en materia indígena, los primeros conflictos presentados ante los jueces ordinarios tuvieron que ver con derechos que estaban consagrados ya de manera explícita en textos jurídicos pero que eran negados en la práctica desde antaño. Así por ejemplo, la utilización de su propia lengua por fuera y dentro de su territorio³, el respeto de sus lugares sagrados en general⁴, el derecho a ser tratados dignamente por el legislador y no como hombres “salvajes” o “no civilizados”⁵, el respeto a la constitución de su resguardo⁶, la exigibilidad de los acuerdos realizados con la administración⁷, el cumplimiento mínimo del Estado de la obligación de otorgarles la carta de identidad o cédula⁸, entre otros.

En esa revisión de las primeras acciones de tutela donde la Corte Constitucional estableció que los pueblos indígenas debían entenderse como *sujetos colectivos de derecho autónomo, diferentes a los miembros que lo componen y por ende, con derechos y obligaciones como tales*⁹, reconocimiento de trascendencia fundamental, base de todos los demás derechos diferenciados de grupo, dentro de ese criterio: la integridad étnica y cultural es equiparable al de integridad personal; el derecho a establecer su propio proyecto de vida y tomar sus propias decisiones de acuerdo con él es equivalente al del libre desarrollo de la personalidad de las personas individuales; entre otros¹⁰.

De esa manera, poco a poco, las altas cortes en cabeza de la Constitucional fueron dejando atrás la política de “*asimilación cultural*”, anulando las normas, así como decisiones administrativas y judiciales que trataban

y una serie de derechos que tratan de desarrollarlo; y en ella se recogieron los más importantes principios del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado unos meses antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, donde el Estado colombiano se obligó a la abolición de toda forma de discriminación (raza, color, origen nacional, nacimiento, etc.) y en especial al reconocimiento de la existencia de sociedades menores y la capacidad de dichas minorías para mantener y desarrollar sus propias instituciones, forma de organización, gobierno interno y sistemas propios de justicia, entre otros. El Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad, por lo cual se integra y armoniza con la Carta Fundamental en cuanto contempla derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aun en estado de excepción (artículo 93 CP, Corte Constitucional); al respecto, Corte Constitucional. Sentencia T 639/99 (M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ).

3. Corte Constitucional. Sentencia T-784 de 1994 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Expediente AC-3204, 24 de noviembre de 1995 (M. P.: GUILLERMO CHANÍN LIZCANO).

5. Corte Constitucional. Sentencia C-139 de 1936 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

6. Íd. Sentencia T-188 de 1993 (M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

7. Íd. Sentencia C-007 de 1995 (M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL).

8. Íd. Sentencia T-305 de 1994 (M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL).

9. Íd. Sentencia T-380 de 1993 (M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

10. Ver ESTHER SÁNCHEZ BOTERO e ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA. *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional, 2000, pp. 115-123.

de reproducirla. Y a la vez, esas primeras decisiones permitieron abordar posteriormente con mayor facilidad *la potestad de los pueblos indígenas de establecer sus propias normas y autoridades para resolver sus conflictos*.

A su turno, el Consejo Superior de la Judicatura, siguiendo las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional, durante los últimos 15 años ha solucionado los conflictos de competencias suscitados entre la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena donde su jurisprudencia ha ido sentando *una serie de reglas que permiten determinar cuándo un conflicto corresponde a una u otra jurisdicción*.

El reto es grande por cuanto la visión del fuero indígena se transformó radicalmente. Antes se veía como el compendio de normas del orden nacional que les reconocía algunos derechos, y dentro de esa óptica, en algunas oportunidades se presentó la discusión de si ellos estaban sometidos a la ley nacional y si eran sujetos de la ley penal. Hoy, por el contrario, el fuero se entiende como las normas propias creadas por cada comunidad que refleja su visión del mundo, su organización social y sus creencias. Así, solo a partir de 1991 y no antes, se reconoce la creación de su propio ordenamiento, sus jueces y el valor de sus sentencias¹¹.

Fue entonces cuando se empezaron a presentar conflictos de competencias entre la justicia ordinaria y la nueva especial indígena y algunos conflictos internos en el seno de las comunidades por cuanto miembros de ellas sentían, en oportunidades, que sus propias autoridades les desconocían o violaban sus derechos al ejercer la potestad de administrar justicia, se develó el gran desconocimiento que tenemos de ellos y la diversidad de grupos con sistemas y autoridades propios.

Aquí empezaron las preguntas para el juez que debía resolver el caso: ¿Qué jerarquía tienen esas normas o costumbres dentro de nuestro ordenamiento jurídico?; ¿Dónde y a quiénes se aplican?; ¿Qué límites tienen las autoridades indígenas?; ¿Qué ramas del derecho cubre la jurisdicción?; ¿La jurisdicción es un derecho o una obligación?; ¿es renunciable?; ¿Quiénes son las autoridades tradicionales?; ¿Quién debe responder por el posible error en una decisión de la administración de justicia indígena?

Si bien algunos de esos interrogantes debieron ser resueltos por el legislador por cuanto el reconocimiento del artículo 246 de la Constitución Nacional previó: *la necesidad de una ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria e indígena*, a falta de esta, las decisiones de la Corte Constitucional,

11. Sobre aplicación de la jurisdicción y su valor de sus sentencias es oportuno revisar la Sentencia T-266/99, donde la Corte Constitucional se pronuncia en una decisión absolutoria adoptada por los mamos de la Sierra Nevada de Santa Marta en 1988, antes de la Constitución de 1991. En este caso el alto tribunal constitucional desconoció el valor de la sentencia del pueblo indígena por cuanto: “Esa decisión no fue adoptada por autoridades a las que previamente se les hubiera asignado jurisdicción y competencia, un pronunciamiento judicial posterior sobre los mismos hechos no puede vulnerar el principio non bis in ídem, porque no existía en ese caso sentencia previa que excluyera cualquier juicio posterior sobre la materia”.

con ayuda del concepto de bloque de constitucionalidad y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 94 CP), han tomado en estos últimos años una trascendencia fundamental.

Es por eso por lo que para acercarnos a las respuestas a nuestros interrogantes, partiremos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la confrontaremos con la del Consejo Superior de la Judicatura, bajo tres ideas centrales: el tratamiento de la independencia frente al ordenamiento nacional (ii); el ámbito de aplicación como una excepción dentro del territorio nacional (iii); y las excepciones al fuero (iv).

Dentro de esos ejes temáticos encontramos dos visiones que se complementan y se contraponen a la vez, como si nos encontráramos en el centro de un huracán. Detengámonos allí.

I. INTEGRACIÓN O INDEPENDENCIA: EL DERECHO POSITIVO FRENTE AL CONSUETUDINARIO

En la independencia frente al ordenamiento nacional se encuentra el centro del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena: ¿cuándo y hasta dónde se puede alejar la comunidad indígena de la ley ordinaria y de la constitución misma? Pero una vez abordado ese interrogante por la jurisprudencia, hoy se pregunta a la inversa: ¿hasta dónde se puede aproximar o acoger los límites de la ley ordinaria? Así por ejemplo, se pregunta si una comunidad puede adoptar e imponer la pena de prisión como una sanción nueva y a la vez hacerla cumplir por fuera de su territorio en un centro de reclusión de “los blancos”; si la comunidad debe respetar los límites establecidos en el Código Penal de penas de prisión hasta de 50 años y si pueden establecer rebaja de penas por trabajo o estudio.

Para esa aproximación o alejamiento, la justicia constitucional ha desarrollado tres principios pilares que tienen que ver con maximizar la autonomía de las comunidades, el respeto del núcleo duro de los derechos fundamentales y la proporcionalidad entre autonomía y asimilación cultural.

La diversidad de los sistemas indígenas y su característica de ser consuetudinarios contrasta con el sistema positivo colombiano donde la costumbre es de aplicación supletoria, a falta de legislación positiva, siempre y cuando no sea contraria a la ley¹². Bajo esta óptica de la lectura de la norma constitucional que consagra la jurisdicción indígena, se llegaría a la conclusión de que las costumbres y los usos indígenas están por debajo de la Constitución Política y su ley, por ende, sería de aplicación supletoria¹³.

12. El artículo 8.º del Código Civil y el artículo 13 de la Ley 153 1887.

13. En la práctica, de tomarse esa interpretación donde los límites de la jurisdicción indígena serían la Constitución y la ley se negaría la autonomía y la jurisdicción especial.

La Corte Constitucional, buscando la razón del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, estableció que para hacerlo operante se debía *maximizar la autonomía de las comunidades indígenas y, por ende, minimizar las restricciones*, máxima que al final se tradujo en la interpretación de que las costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas, y solo las normas legales imperativas (de orden público) priman sobre las indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural¹⁴.

Es por eso por lo que se ha entendido que asuntos de orden imperativo como el régimen laboral, penal y el estado civil pueden ser concebidos de manera diferente en el ámbito interno por cada comunidad. En consecuencia, aparte de los asuntos penales, el Consejo Superior de la Judicatura ha resuelto en favor de la jurisdicción especial conflictos de orden laboral como el de un comunero que había laborado para un taller de confecciones de propiedad de una pareja también de indígenas, empresa que se encontraba dentro de la zona del resguardo de los involucrados¹⁵. Frente a asuntos civiles, se ha avalado el conocimiento de sucesiones, bajo su propia ley donde las normas indígenas no contemplaban como herederos a quienes lo son en la ley general colombiana¹⁶.

Por otra parte, la autonomía frente a la creación y aplicación de normas por parte de la comunidad se ha supeditado por la jurisprudencia constitucional a que se encuentren acordes con los derechos fundamentales, no todos sino su núcleo duro: la vida, prohibiciones de la tortura y la esclavitud, la legalidad de los delitos y la penas y el debido proceso, fundamentalmente; derechos que deben ser analizados y matizados en cada caso en concreto¹⁷.

El núcleo duro se traduce en las condiciones de humanidad para todos los individuos, estando allí los derechos y prohibiciones mínimas que no pueden suspenderse ni derogarse y que siempre se deben respetar, sobre el cual existe un consenso general, como si existieran “*unos derechos más fundamentales que otros*”.

En ese mismo orden de ideas, se han proscrito la pena de muerte, las penas irredimibles¹⁸ y la tortura o penas crueles¹⁹, y se ha entendido que no representan ningún exceso castigos corporales o sanciones sociales por

14. Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1997 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ). Aquí se analiza la legalidad de la aplicación de penas corporales como el fuste y el debido proceso (defensa técnica), donde se llega a la conclusión que: el abogado defensor “en las comunidades puede ser un familiar del implicado, conocedor de la ley indígena, de su lengua y cultura, más que un profesional del derecho como lo exige la ley nacional”.

15. En materia laboral, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Auto del 6 de diciembre de 2001 (M. P.: RUBÉN DARÍO HENAO OROZCO), rad. n.º 2001113801167.

16. Corte Constitucional. Sentencia T – 606 de 2001 (M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA).

17. Íd. Sentencia T-349 de 1996 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

18. Íd. Sentencia T-048 de 2002 (M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS).

19. Íd. Sentencia T-253 de 1997 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

profesar otra religión, que en principio no serían aceptados en el resto del territorio nacional por considerarse atentatorios de la integridad física y la libertad religiosa. A la vez se han anulado fallos de los jueces indígenas por imponer penas no previstas en la costumbre de la comunidad o que violaban el principio de la responsabilidad²⁰.

El último principio establece que la *autonomía de los pueblos indígenas es inversamente proporcional a la integración o asimilación a la población mayoritaria*, y se justifica en la realidad nacional: la Colonia y la política republicana de asimilación cultural dejaron huella en las poblaciones, situación que no se puede desconocer; razón por la cual nuestra jurisprudencia constitucional ha encontrado razonable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres –los que deben ser, en principio, respetados– y aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República.

Este principio ha encontrado algunos detractores, como quienes creen que buscaría dejar a los pueblos “congelados” en la historia y castigar su proceso histórico; no obstante, creemos que el principio es realista y válido: *el compartir unos parámetros comunes hace más próximos los sistemas jurídicos, como conjuntos de normas que regulan la vida en sociedad*²¹.

II. EL LABERINTO DEL FUERO PERSONAL Y TERRITORIAL

Para desarrollar el dónde y a quiénes se les aplica la ley indígena, hoy en día existe doctrina constitucional consolidada en torno a que su *autonomía es mayor cuando se trata de las relaciones puramente internas de la comunidad* (en su territorio y entre sus miembros), en tanto y en cuanto es allí donde una comunidad puede diferenciarse de la población mayoritaria.

Frente al *ámbito personal*, si bien nuestra legislación define a los grupos indígenas como *conjuntos de familias de ascendencia amerindia, que tienen*

20. En la Sentencia T-811 del 27 de agosto de 2004 se tuteló el derecho al debido proceso, violado por una comunidad al condenar por homicidio a uno de sus miembros por cuanto había iniciado una riña en una fiesta, la cual desencadenó una situación generalizada de violencia (peleas entre todos) y terminó con la muerte de una persona por un tercero. Para el juez indígena, el responsable del deceso era quien había iniciado la primera riña; en su entender, el daño no se hubiese producido si este no hubiera llegado a la fiesta. Para el juez constitucional, aquí se estaba responsabilizando de un hecho que no había cometido.

21. En nuestro país existe una gama de comunidades, desde aquellas nómadas, que han habitado en un medio natural intacto, sin mayor contacto con la cultura occidental y donde el aislamiento hizo que conservaran sus lenguas, sus creencias y sus sistemas de autoridades tradicionales, hasta las muy próximas al sistema nacional, como las asentadas en principio en la zona andina, que acogieron la lengua española, la religión católica o protestante, y el cabildo para la representación del grupo, administración de las tierras comunales y la resolución de ciertos conflictos. Así, es claro que los puntos de encuentro entre la ley nacional son mayores para unas comunidades; reconocer esa situación no debe verse como un castigo.

*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 los distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad*²², en la práctica hoy para la justicia ordinaria y en especial para el Consejo Superior de la Judicatura, no es muy claro el cómo se acredita la pertenencia a un grupo, qué se debe probar o aportar para ser reconocido como tal y por ende, para ser juzgado por su pueblo.

En algunos casos se ha aceptado como prueba de pertenencia a un grupo indígena el estar en el censo de la comunidad, un carné y la declaración del gobernador del cabildo, mientras que en otros conflictos, a esos mismos documentos se les ha negado valor. Lo grave de esta situación descrita es que sin indagación alguna se ha entrado a asignar competencia a la justicia ordinaria por no estar demostrados la calidad de indígena o el lugar de ocurrencia de los hechos. En esas sentencias, entre líneas se han dejado algunas reglas ambiguas como la que el derecho a la jurisdicción se pierde por haber vivido fuera del área del resguardo, y en especial en la gran ciudad; parecería que se descarta la posibilidad de existencia de indígena por adopción, miembros de otra comunidad que se asienten y viven como indígenas²³.

Por otra parte, el *ámbito territorial* se encuentra establecido como uno de los requisitos necesario para que opere la jurisdicción, aplicable en el lugar donde habitan y recrean su cultura. En diferentes oportunidades, se ha ordenado la preservación de su territorio por estar directamente ligado a los cambios culturales que ellos pueden generar en las comunidades²⁴.

En las decisiones revisadas del Consejo Superior de la Judicatura frente al ámbito territorial, encontramos que en la resolución de conflictos de competencia, siempre que se trate de un hecho cometido por *fuera del resguardo* se atribuye a la autoridad nacional, sin entrar a analizar el alcance del reconocimiento constitucional. La Carta política no se limitó al reconocimiento del *resguardo*: los artículos 246 y 330 hablan de los *territorios indígenas* y *estos* no se limitan a áreas tituladas o poseídas en forma regular por comunidades, sino que comprenden las no poseídas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales económicas o culturales (ver Ley 160

22. Ver Decreto 2164 de 1994, reglamentario de la Ley 160 de 1994.

23. Ver por ejemplo, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 22 de febrero de 2006 (M. P: FERNANDO CORAL VILLOTA), rad. n.º 110010102000200600183; en este caso se le otorgó la competencia a la justicia ordinaria el conocimiento de un homicidio por cuanto si bien el procesado aparecía inscrito en el censo y era reivindicado como miembro de la comunidad indígena, en su indagatoria había manifestado que “conocía a la víctima hacía unos tres o cuatro años”. De igual manera, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 30 de noviembre de 2005 (M. P: TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ), rad. n.º 20050191601: en este caso se trataba de un indígena procesado por la justicia ordinaria por cuanto nunca había estado inscrito en el censo y abandonó la comunidad voluntariamente.

24. Ver Corte Constitucional. Sentencia T-652/98 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ), donde los indígenas reclamaban por la construcción del proyecto hidroeléctrico “Urrá” en territorios del pueblo embera-katío, que a la vez es Parque Nacional Paramillo.

y sus decretos reglamentarios). Para mayor comprensión citemos un texto de una sentencia sobre el tema:

No se encuentra demostrado el elemento territorialidad, el cual es esencial para lograr establecer el radio de acción dentro del cual se desenvuelve y desarrolla la comunidad indígena a donde presuntamente pertenecen occiso y homicida, y aunque si bien es cierto los hechos tuvieron ocurrencia en Jambaló (Cauca), tal situación no da pie para establecer que esa Municipalidad pertenezca a un Resguardo Indígena, máxime cuando fue el propio Gobernador del Cabildo del Resguardo quien sobre el particular manifestó que no importaba la existencia o no del Resguardo, lo cual no es cierto, por la sencilla razón de que ante la ausencia de éste elemento mal puede establecerse la delimitación del accionar de esta comunidad, que es precisamente lo que está ocurriendo en el caso en estudio, que con una simple petición y afirmación del Gobernador Indígena, quiere demostrar que los hechos tuvieron ocurrencia dentro de su territorio, elemento éste, insistimos, del cual no existe probanza alguna en el plenario²⁵.

No obstante lo anterior, en sentencia del 31 de marzo de 2004, el Consejo Superior de la Judicatura dio un vuelco sobre el tema cuando reconoció la jurisdicción a una comunidad que no tenía un resguardo definido o titulado por la Nación y la que se había visto obligada a huir y dejar su territorio ancestral por la presencia de grupo armados; situación que no fue obstáculo por cuanto dentro del contexto del reconocimiento constitucional, el alto tribunal encontró que la comunidad recreaba su cultura, usos y costumbres en Puerto Asís y sus normas internas que no desbordaban la órbita cultural indígenas²⁶.

Esta sentencia nos parece de una importancia suprema por cuanto recobra el significado de territorio indio y lo trae dentro de la realidad nacional; el hecho que no todas las comunidades tengan un resguardo no es obstáculo para reconocer la jurisdicción.

Ahora cuando se trata de conflictos donde se encuentren personas no indígenas o las conductas se suceden *fuera del territorio indígena*, la jurisprudencia constitucional ha encontrado diversas soluciones en especial en lo penal, donde se diferencia si la conducta es reprochable solo en el ordenamiento nacional o por los dos ordenamientos. Cuando la conducta 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

25. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 29 de julio de de 1999 (M. P.: MIRYAM DONATO DE MONTOYA), rad. n.º 9990562, conflicto positivo conflicto de jurisdicción de competencias, suscitado el gobernador del cabildo del resguardo de Jambaló (Cauca) y la Fiscalía.

26. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 31 de marzo de 2004 (M. P: TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ), rad. n.º 22004019601.

encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, el juez ordinario tiene 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 su culpabilidad.

Cuando la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, para el juez constitucional, no existe discusión frente a la comprensión de la prohibición, no obstante se ha señalado que el juez 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”.

No obstante que la regla anterior está diseñada para situaciones *fuera del ámbito territorial*, el Consejo Superior ha planteado una línea jurisprudencial para aplicarla dentro del territorio indígena donde se establece que cuando una comunidad no tiene una reglamentación específica para una conducta se le aplicaría la ley nacional (especialmente en materia penal), planteamiento que en nuestro entender atentaría contra el principio de libertad “*todo lo que no está prohibido expresamente por la ley, está permitido*”²⁷, por cuanto una conducta culturalmente no está prohibida dentro de una comunidad dentro de su territorio se debe entender como permitida y no se puede aplicar de manera supletoria la ley nacional, salvo que se encuentre de las excepciones que más adelante veremos; lo contrario sería negar totalmente el reconocimiento de la jurisdicción especial²⁸.

Por último, frente a este punto de la visión de que la jurisdicción solo se aplica en el territorio indígena y no en el ámbito nacional, cada día se ha ido dejando atrás, por cuanto si se revisa la Sentencia T-778 de 2005, la Corte Constitucional en el trasfondo impone la ley de cada miembro indígena sin importar donde se encuentre. Este caso trata sobre las elecciones del 26 de

27. El artículo 5 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 4 de julio de 1789 establece: “La ley no tiene derecho sino a prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no debe ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordene”.

28. Al respecto, ver Corte Constitucional. Sentencia T-552/03 (M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL) y Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 9 de noviembre de 2005 (M. P.: GUILLERMO BUENO MIRANDA), rad. n.º 02 000 2005 0196700. Este caso, detrás de una sentencia inhibitoria del Consejo Superior, un juez municipal solicitaba que se decidiera quién era el competente para conocer de un proceso de alimentos. Para dicho juez, él era competente por cuanto en su criterio “el gobernador indígena de dicho resguardo indicó que no existe en esa comunidad sanciones para la inasistencia alimentaria, elemento importante que no permite asegurar los derechos fundamentales del menor como es garantizar su manutención”. Este es un caso típico donde el máximo tribunal de conflictos pierde la oportunidad de aclarar temas trascendentales. De igual manera se puede revisar ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. Derechos propios. Ejercicio de la jurisdicción especial indígena, Bogotá, Procuraduría General de la República, Instituto de estudios del Ministerio Público, 2004, pp. 87-129.

octubre de 2003 para el Concejo de Bogotá donde participó una indígena dentro de una lista del Polo Democrático y resultó elegida sin tener la edad exigida por un decreto reglamentario. El alto tribunal Constitucional ordenó inaplicar la norma que establecía la edad en 25 años para la elección de concejales en la ciudad de Bogotá y en consecuencia encontró que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca había incurrido en vía de hecho al haber declarado nula la elección por no cumplir con la edad requerida, vía de hecho por hacer primar la norma del Distrito Capital sobre la ley indígena; en el caso que nos ocupa, para la comunidad indígena arhuaca, la mujer puede ejercer derechos políticos cuando ha pasado los rituales o procesos de inmersión cultural del bautizo y menstruación, norma que, según la Corte Constitucional, debió prevalecer, debiendo hacerse valer por medio de “*la excepción por diversidad etnocultural a normas de alcance general*”.

Esta decisión de *Ati Quigua*, no es compartida por el Consejo de Estado, que luego de la tutela referida confirmó la nulidad de su elección bajo el criterio de que una es la posibilidad de acceder a los cargos de autoridad y representación dentro de las organizaciones indígenas, caso en el cual se siguen los usos y costumbres indígenas, pero otra muy distinta es acceder al resto de corporaciones públicas de elección popular, donde pueden aspirar todos los ciudadanos y por ende se aplica la ley nacional ordinaria²⁹.

Para terminar con este caso, el aplicar “*la excepción por diversidad etnocultural a normas de alcance general*” lleva a que *el fuero real o territorial no exista*, la ley indígena no es una excepción, rige en todo el territorio nacional y acompaña a los comuneros donde se encuentren.

III. LA JURISDICCIÓN: UN DERECHO O UNA OBLIGACIÓN Y SUS EXCEPCIONES

De la estipulación constitucional “*las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales*”, la jurisprudencia y algunos autores han entendido que las autoridades indígenas pueden renunciar a la potestad de juzgar un caso que involucre a uno de los miembros de la comunidad y que fuere realizado dentro de su territorio, para que sea resuelto por el sistema jurídico nacional, sin que ello constituya denegación de justicia, sino simplemente se estaría ejerciendo su derecho a decidir, a resolver el caso en la justicia ordinaria o en su propia justicia³⁰.

Para el Consejo Superior de la Judicatura, la comunidad no puede renunciar a su ejercicio de la resolución de los conflictos presentados en su

29. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de octubre de 2006 (M. P.: DARÍO QUIÑONES PINILLA), rad. n.º 1176.

30. Revisar SÁNCHEZ BOTERO. Derechos propios. Ejercicio de la jurisdicción especial indígena, cit., p. 131; y Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996 (M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ).

territorio y entre sus miembros esto implicaría el desconocimiento del juez natural y el derecho del indígena comprometido en el conflicto. Para mayor claridad, detengámonos en el caso resuelto: un indígena, después de darle muerte a su ex compañera permanente, y dada la manera como ocurrieron los hechos, manifestó ante la Fiscalía no estar interesado en la aplicación del fuero indígena y su aceptación de someterse a la justicia ordinaria, situación que fue admitida por la misma comunidad.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Penal, al resolver la apelación se declaró sin competencia para conocer del proceso penal por cuanto el condenado era miembro de la comunidad calafitas y la etnia u'wa y los hechos tuvieron ocurrencia en el territorio de esa comunidad, siendo competencia de la comunidad. A su turno reiteró su rechazo o renuncia a conocer del asunto.

Dentro del anterior contexto, el Consejo Superior de la Judicatura se pronuncia desechando la posibilidad de renuncia que tienen las comunidades indígenas por cuanto se violarían los derechos del procesado, criterio que compartimos por cuanto el derecho de la jurisdicción indígena no solo es una potestad colectiva sino también un derecho del individuo.

Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento constitucional da la posibilidad a las comunidades indígenas de ejercer la jurisdicción por cuanto antes del 1991 las comunidades normalmente acudían a la jurisdicción nacional para resolver sus conflictos, pero una vez la comunidad asume esa facultad esta lo hace para todos los miembros y no al azar, frente a unos sí y frente a otros no, situación que atentaría contra la igualdad, el acceso a la justicia y el debido proceso³¹.

Por otro lado, aunque el factor objetivo y el subjetivo estén acreditados, en las diferentes ramas del derecho se han ido encontrando excepciones a la aplicación de la jurisdicción indígena. En efecto, en materia penal es donde más se han presentado conflictos. En un principio, mientras se trataba de delitos en su territorio y entre sus miembros, se consideraban de competencia de la justicia especial, pero posteriormente este principio se ha ido morigerando, creando excepciones que tienen en cuenta los intereses en juego.

Existe una tesis consolidada sobre incompetencia de la jurisdicción para conocer ciertos conflictos, hechos y delitos que desbordan la órbita cultural indígena, dada su nocividad social. Se ha encontrado por el Consejo Superior que el reconocimiento constitucional no guarda relación, dados los intereses en conflicto, con delitos como: terrorismo, rebelión, narcotráfico, contrabando, lavado de activos, porte ilegal de armas, corrupción al sufragante, todos ellos

31. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 22 de marzo de 2001 (M. P.: EDUARDO CAMPO SOTO), rad. n.º 20010190, conflicto de jurisdicción planteado entre la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y el Cabildo de la comunidad indígena calafitas de la etnia u'wa.

ajenos a la órbita cultural indígena y que afectan a la sociedad en general³². De igual manera, se excluye del fuero cuando se encuentren conflictos donde las víctimas del delito sean menores de edad que no pertenezcan a la respectiva comunidad; o por miembros de la comunidad en detrimento de integrantes de la misma etnia, pero por fuera del territorio indígena³³.

Un ejemplo claro donde se puede ver el giro sobre la competencia es el delito “tráfico de estupefacientes”. En principio se estableció que bastaba con la prueba de la territorialidad y la calidad indígena, de tal forma que de darse estos elementos la competencia queda circunscrita en la jurisdicción indígena³⁴; no obstante, se fue imponiendo el criterio de que en este delito los intereses y derechos en juego exceden el ámbito cultural y territorial, rompiendo el marco de protección, ubicándose naturalmente por fuera de las competencias de las autoridades indígenas³⁵.

En materia de derecho administrativo, el Consejo de Estado sentenció que las comunidades indígenas no están facultadas para suspender, revocar o anular actos administrativos proferidos por otras autoridades públicas, refiriéndose a una resolución de varios cabildos indígenas que ordenaba la suspensión de la construcción de una hidroeléctrica, para la cual la respectiva corporación autónoma regional había concedido la licencia ambiental. De igual manera, no puede conocer de asuntos donde estén involucradas personas jurídicas por descentralización de servicios o territoriales que no deben someterse a los usos y costumbres que maneja la jurisdicción especial indígena³⁶.

Por último, una idea que queda en el aire consiste en que la justicia ordinaria es competente cuanto la indígena no garantiza la imparcialidad necesaria

32. Frente a delito de rebelión y tráfico de armas, ver: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, rad. n.º 19981025 A 155; 200501877 00; 200502254 00 (79-27); 20010769 01; 110010102000; 20060014701.

33. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 2 de noviembre de 2005 (M. P.: TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ), rad. n.º 200501666 01, acto sexual abusivo con menor de 14 años, y auto del 4 de agosto de 2005, M. P.: GUILLERMO BUENO MIRANDA, rad. n.º 200501249.

34. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 24 de septiembre de 1998 (M. P.: ENRIQUE CAMILO NOGUERA AARÓN), rad. n.º 19981025 A 155.

35. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 29 de septiembre de 2005, M. P.: JORGE ALONSO FLECHAS DÍAZ, rad. n.º 2005018010; Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 14 de febrero de 2005 (M. P.: TEMÍSTOCLES ORTEGA NARVÁEZ), rad. n.º 20050006700; Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 1.º de febrero de 2006 (M. P.: JORGE ALONSO FLECHAS DÍAZ), rad. n.º 20060008200; Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 29 de octubre de 2003 (M. P.: GUILLERMO BUENO MIRANDA), rad. n.º 20033529 01 312 C; Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 18 de febrero de 2005 (M. P.: GUILLERMO BUENO MIRANDA), rad. n.º 200402591 00 524 C.

36. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 4 de junio de 2004 (M. P.: LEONOR PERDOMO PERDOMO), rad. n.º 200400902 00. Se rechazó la competencia de las autoridades indígenas para conocer de un pleito laboral de unos comuneros contra el municipio de Silvia (Cauca), donde el cabildo decía ser competente por cuanto las labores se habían realizado en un hospital municipal ubicado dentro del resguardo.

para resolver conflictos, regla que se saca del siguiente caso: el gobernador del resguardo indígena Chenche Socorro Los Guayabos y su suplente fueron denunciados por usurpación de tierras, luego los mismos denunciados, en nombre y representación de la comunidad y después del inicio del proceso por parte de la fiscalía, reclamaron el envío del proceso con fines de solucionarlo por los trámites propios de la jurisdicción indígena. El argumento de la fiscalía para negar la remisión del expediente fue que las autoridades en el caso no pueden ser juez y parte dentro del proceso porque se violaría el principio de imparcialidad. Lastimosamente, el tribunal de conflictos no se adentró en el problema por cuanto no estaba demostrado que se tratara de un asunto en territorio indígena y entre indígenas, dándole competencia a la jurisdicción ordinaria por tener cláusula general de competencias, pero a la postre dejó en firme el razonamiento de la fiscalía³⁷.

Si miramos retrospectivamente, es muy importante la evolución y el debate que se ha dado frente a la jurisdicción indígena en estos últimos 15 años, pero aún es un tema por resolver. Espero que este artículo contribuya a ello y sirva de referencia para las personas interesadas en la materia.

37. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 3 de diciembre de 1998 (M. P.: MIRYAM DONATO DE MONTOYA), rad. n.º 19981271, conflicto de competencias por el delito de usurpación de tierras.