
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia

Juan Montaña Pinto*

Sumario

I. Introducción. II. ¿Qué se entiende en Colombia por autonomía indígena? 2.1. Las distintas manifestaciones constitucionales de la autonomía indígena. 2.2. La autonomía gubernativa. 2.3. La autonomía presupuestal y financiera. III. La autonomía jurisdiccional. 3.1. El debate sobre la consagración constitucional del “derecho” a la jurisdicción propia. 3.2. Análisis de jurisprudencia sobre justicia indígena. 3.3. Las reglas jurídicas resultantes. IV. La jurisprudencia convertida en ley: los intentos de promulgar la Ley de Articulación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La Constitución ecuatoriana en el artículo 171, igual que hacía la Constitución de 1998 hace un reconocimiento explícito de la facultad de las na-

* Constitucionalista colombiano. Asesor de la Corte Constitucional del Ecuador.

cionalidades y pueblos indígenas del Ecuador de ejercer funciones jurisdiccionales.

Se ha criticado esa disposición, acusándola de ser un retroceso respecto de la garantía de la autonomía jurisdiccional indígena reconocida en la Constitución de 1998 y en convenios sobre derechos de los pueblos indígenas ratificados por Ecuador¹, fundamentalmente por tres razones: a) la limitación de la facultad a un supuesto ámbito territorial indígena, sin que se haya definido al tiempo cuales son los territorios indígenas; b) la limitación de la facultad de administrar justicia indígena para resolver conflictos intraétnicos, que desconoce la realidad social, política y demográfica ecuatoriana en la que los pueblos indígenas viven y se relacionan fundamentalmente con mestizos ; y c) el apego excesivo a la versión más liberal del discurso de los derechos humanos, desconociendo los avances del propio discurso de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Pese a la inadecuación del texto constitucional, y justamente por las limitaciones que tiene el desarrollo hecho por el constituyente en Montecristi, se ha planteado la necesidad urgente de desarrollar el tema en el ámbito legal, comenzando por el propio Código Orgánico de la Función Judicial y por la ley de Garantías Constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional que recogen el tema de una manera muy parcial e incompleta, para lo cual en los últimos meses se ha abierto un amplio debate doctrinal y político sobre la necesidad de expedir urgentemente una ley de articulación entre la justicia indígena y la jurisdicción nacional y los términos de esa articulación.

Esta iniciativa en sí misma es muy controvertida y en sus críticas se unen los dos extremos. La mayoría de los voceros indígenas, así como una gran parte de los intelectuales orgánicos que trabajan en la órbita de influencia del movimiento indígena consideran que una iniciativa de esta naturaleza es una herejía por cuanto representa una limitación grave, desde el punto de vista occidental a la autodeterminación indígena, entendida esta en sentido fuerte. Los críticos desde la derecha consideran que la iniciativa es peligrosa porque da patente de corso y legitimidad a graves vul-

1 Montaña, Juan, "La Función Judicial y la Justicia Indígena en la nueva Constitución Ecuatoriana", en VVAA., *Desafíos Constitucionales La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 207 a 215.

neraciones de los derechos humanos que se producen en ejercicio de la jurisdicción indígena.

El presente texto tiene como propósito brindar algunos elementos de la experiencia colombiana en el tema de la autonomía jurisdiccional indígena. Tengo la esperanza que al conocer con alguna profundidad el caso colombiano, el legislador ecuatoriano pueda encontrar elementos de avance en la clarificación de muchos de los temas que plantea el actual debate ecuatoriano. Concretamente anhelo que la experiencia jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana pueda abrir caminos que permitan a los ecuatorianos no abandonarse al escepticismo y al miedo que produce enfrentarse con aquello que no conocemos.

Para ello se ha dividido el texto en varios capítulos: en el primero se plantea teóricamente el problema de la autonomía indígena, resaltando las particularidades de dicha autonomía respecto de otras formas autónomas presentes en el ordenamiento colombiano; el segundo capítulo recoge de manera sucinta el debate sobre el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena; el tercer apartado incorpora el núcleo central del texto para lo cual hace un examen exhaustivo de las líneas jurisprudenciales sobre autonomía jurisdiccional indígena y establece las reglas jurisprudenciales actualmente vigentes sobre jurisdicción indígena; el último capítulo analiza finalmente los problemas y predicamentos y relativo fracaso que ha tenido la conversión de esas reglas jurisprudenciales en normas legales.

II. ¿Qué se entiende en Colombia por autonomía indígena?

2.1. Las distintas manifestaciones constitucionales de la autonomía indígena

La autonomía es junto con la devolución de sus territorios ancestrales la principal reivindicación histórica de los pueblos indígenas, quienes a lo largo de los siglos de dominación mestiza han exigido de las más disímiles maneras que se les devuelva su poder originario de gobernarse a sí mismos de acuerdo con los sistemas de control y regulación social propios de sus culturas ancestrales y sin la intervención de terceros.

Después de un olvido de casi dos siglos, por fin en 1991 el ordenamiento constitucional colombiano asumió el compromiso de reconocer y darle plena cobertura jurídica a esta secular exigencia de los pueblos indígenas y en ese contexto les reconoció capacidad autónoma de autoorganización en materia política, administrativa, presupuestal y financiera, jurídica y territorial.

En cuanto a la autonomía política y administrativa su principal expresión es el reconocimiento constitucional y legal que el ordenamiento jurídico colombiano hace tanto a los cabildos como a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas como autoridades públicas con plena jurisdicción para resolver los más diversos asuntos relacionados con la vida interna de las comunidades indígenas; la autonomía presupuestal y financiera hace referencia a la posibilidad que tienen los pueblos indígenas de recibir recursos del presupuesto del Estado y de manejarlos autónomamente de acuerdo con sus necesidades, usos y costumbres; la autonomía jurídica por su parte tiene dos manifestaciones: en primer lugar está vinculada con el reconocimiento del pluralismo jurídico y en segundo término tiene que ver con el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena, es decir con la capacidad que tienen los pueblos indígenas de darse sus propias normas y administrar justicia de acuerdo con sus procedimientos en el contexto de sus territorios ancestrales.

2.2. La autonomía gubernativa

Cuando aludimos a la autonomía política de los pueblos indígenas, también llamada por algunos autonomía de gobierno, hablamos de la capacidad que estos tienen de gobernarse por autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres facultad que, como hemos dicho, está estrechamente vinculada con la existencia de cabildos y al reconocimiento de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas como autoridades públicas en sus respectivos territorios.

Respecto a la primera institución, (la del cabildo) hay que recordar que el Art. 3 de la Ley 89 de 1890 determinó que *“en todos los lugares donde se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño cabildo nombrado por estos conforme a sus costumbres”*. De acuerdo con el Art. 7 de dicha ley estos Cabildos tienen además del gobierno económico de las par-

cialidades², y de la capacidad de establecer autónomamente sus propias normas y procedimientos, la potestad de formar y custodiar el censo de las familias que hacen parte de la parcialidad, la capacidad de actuar ante las autoridades nacionales para guardar y protocolizar las providencias y demás documentos donde consten los títulos de propiedad de las tierras de la comunidad, la potestad de distribuir las tierras y demás beneficios comunitarios entre las familias de la parcialidad, la determinación de la distribución y uso de los bienes de uso común pertenecientes al resguardo y la facultad de resguardar la integridad de la tierra comunitaria, lo cual incluye la potestad de impedir cualquier acto de enajenación de cualquier porción del resguardo. Por su parte el Decreto 2164 de 1995 que reglamenta parcialmente la actual ley de reforma agraria (Ley 160 de 1994) estableció claramente la naturaleza pública de la función que cumplen los cabildos indígenas.

De acuerdo con lo estipulado en el Inciso 5 del Art. 2 de dicho decreto el cabildo indígena:

Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que les atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

En relación con el reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas como autoridades públicas el inciso cuatro del Art. 2 del citado decreto determinó que “las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen las mismas atribuciones que de acuerdo con la legislación nacional corresponde a los Cabildos” e igualmente estableció que se entiende por autoridades tradicionales indígenas. Según esta norma las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen den-

2 Sobre el contenido del gobierno económico de las parcialidades indígenas el artículo cuatro de la Ley 89 de 1890 dispone que en esta materia los cabildos tienen todas las facultades que les hayan transmitido sus usos y estatutos particulares, con tal de que no se opongan a la ley ni violen las garantías de que disfrutaban los miembros de la parcialidad en su calidad de ciudadanos.

tro de la estructura propia de la respectiva cultura un poder de organización, gobierno, gestión y control social.

2.3. La autonomía presupuestal y financiera

Otra manifestación esencial de la autonomía que la Constitución otorga a los pueblos indígenas que tiene mucha relación con su capacidad de autogobierno es la autonomía presupuestal y financiera que la Carta de 1991 garantiza a los resguardos en virtud de lo establecido en el Art. 356 de la Constitución colombiana.

Cabe advertir que si bien esta nueva redacción de la Constitución mantiene en el ordenamiento jurídico la participación de los resguardos en las rentas nacionales, en realidad ésta fue desconstitucionalizada de facto por el acto legislativo No. 01 de 2001. De igual manera la participación de los resguardos en las rentas nacionales fue normativamente degradada pues si bien es cierto que el actual Art. 356 de la Constitución, (modificado por el Art. 2 del Acto Legislativo No 01 de 2001), recoge formalmente la participación de los Resguardos en los Ingresos Corrientes de la Nación, lo hace de tal manera, que resulta ser una disposición sin virtualidad jurídica práctica, dado que hace depender esa garantía constitucional de la hipotética expedición de una ley que debe crear las entidades territoriales indígenas³, promulgación que, si nos atenemos a la historia legislativa del país de los últimos 15 años, no es previsible en el corto y mediano plazo dado que se trata de una ley que de ser aprobada amenazaría los equilibrios regionales en los que se basa toda la arquitectura burocrático-institucional del establecimiento político colombiano.

Y son precisamente esas razones de política interna que impiden la promulgación de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial las que nos permiten asegurar que a pesar de la consagración formal en la Constitución de la participación de las Entidades Territoriales Indígenas (ETIS) en las rentas nacionales, en realidad esta participación se encuentra desconstitucionalizada pues hasta tanto no se produzca la creación de las Entidades

3 Nos referimos a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Territoriales Indígenas (ETIS), será el legislador el encargado de regular la participación de los Resguardos en los recursos del Sistema General de Participaciones, lo cual indica claramente que hasta tanto no sea promulgada la citada Ley de Ordenamiento Territorial, la participación de los Resguardos en las rentas nacionales ha perdido las garantías que tenía al estar incorporada en la Constitución.

III. La autonomía jurisdiccional

3.1. El debate sobre la consagración constitucional del “derecho” a la jurisdicción propia

De acuerdo con las normas de la Constitución colombiana de 1991 (Art. 246 de la Constitución) las autoridades de los pueblos indígenas colombianos tienen la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos siempre que estos no sean contrarios a la Constitución y a la Ley.

Si se hace un análisis estructural de tal disposición encontramos que la característica fundamental del texto aprobado respecto es su indefinición con la naturaleza jurídica de tal facultad. Nótese que la norma aprobada, no está ubicada en los títulos relativos a la parte dogmática de la Carta constitucional, sino que hace parte del capítulo relativo a la organización de la rama jurisdiccional, es decir a la parte orgánica, por lo que el derecho subjetivo de naturaleza colectiva que se pretendía contemplar a favor de los pueblos indígenas no queda claramente definido como tal, con lo cual se ha dificultado su ubicación en el plano de la teoría de los derechos.

Eso no significa, sin embargo, que la autonomía jurídica y especialmente la jurisdicción especial indígena no pueda ser reivindicada como un derecho colectivo diferenciado propio de los pueblos indígenas. Tal como ha demostrado Isabel Cristina Jaramillo⁴ existen múltiples argumentos, tanto normativos como jurisprudenciales, que permiten sostener la existencia de un

4 Jaramillo Sierra, I. y Sánchez Botero, E., *La Jurisdicción Especial Indígena*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000, pp. 127 y 128.

derecho a la jurisdicción especial indígena como manifestación específica del derecho colectivo a la autonomía indígena.

En primer lugar, existe un argumento derivado de la lectura del texto constitucional: Si se lee cuidadosamente el mencionado Art. 246 constitucional se encontrará que este determina que “las autoridades de los pueblos indígenas *podrán* ejercer funciones jurisdiccionales mientras que cuando se refiere a los máximos tribunales de las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente la forma verbal que asumen las funciones de estos órganos no es la condicional. Respecto de la Corte Suprema de Justicia el Art. 234 dice: “La Corte Suprema de Justicia *es* el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”. Por su parte el Art. 237 refiriéndose a las funciones del Consejo de Estado dispone: “Son atribuciones del Consejo de Estado: 1) Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo”.

Así pues mientras que en el caso de las autoridades indígenas la Constitución usa el verbo poder en forma condicional, lo que indica que está concediendo una facultad jurídica, en los demás casos se utilizan los verbos en forma imperativa o en presente simple (es, son, cumplirá, etc.) lo cual se explica porque la jurisdicción ordinaria como función propia de los estados soberanos no necesita ser reconocida sino regulada constitucionalmente, mientras que en el caso de los pueblos indígenas, (que no son estados independientes) la posibilidad de administrar justicia es una facultad que el Estado otorga a sus autoridades como corolario del reconocimiento de la diversidad étnica que caracteriza la sociedad colombiana.

O dicho de otra manera, el hecho de que el reconocimiento constitucional a la jurisdicción especial indígena se haga bajo la forma verbal condicional y no por medio del imperativo que indica la Constitución no pretendía atribuir una función, sino un derecho subjetivo a los pueblos indígenas o de lo contrario hubiera usado como en el caso de las demás jurisdicciones otro tipo de formas verbales que indicarán obligación o función.

Pero además de este argumento exegético existe una demostración aún más concluyente relacionada con la propia estructura de la Constitución como norma. No se puede olvidar que en la Constitución colombiana de 1991, a diferencia de otras constituciones, la enumeración de los derechos constitucionales fundamentales no está limitada por el epígrafe correspon-

diente, sino que por el contrario el reconocimiento de facultades de esta naturaleza está desperdigada por todo el texto constitucional.

En segundo lugar existen razones que apoyan esta interpretación que provienen tanto del derecho internacional de los derechos humanos y concretamente del texto del Convenio 169 de la OIT como del derecho jurisprudencial construido por la Corte Constitucional. Con respecto a estas últimas y sin perjuicio de los argumentos que analicemos cuando examinemos las distintas sentencias que conforman la doctrina constitucional sobre la jurisdicción especial indígena, debemos decir que si bien la Corte Constitucional inicialmente no se refirió a la jurisdicción indígena como un derecho, desde el comienzo reiteró que se trataba de una facultad discrecional que la Constitución reconoce a las autoridades indígenas⁵.

La jurisprudencia de la Corte es aún más clara al respecto en la Sentencia T – 349 de 1996. En esta providencia la Corte Constitucional reconoce la autonomía de las autoridades indígenas en cuanto a asumir o no el conocimiento de un caso de homicidio en el que el sindicado era un indígena. En esa ocasión específicamente la Corte resolvió lo siguiente:

Cuarto. Consultar a la comunidad Embera Chami reunida en pleno sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales (...), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento.

Como se ve claramente, la Corte no obliga a la comunidad indígena a asumir el conocimiento del caso sino que por el contrario ordena que se consulte a la comunidad sobre su voluntad de asumir nuevamente el juzgamiento del indígena sindicado de haber cometido un homicidio y es por ello que puede concluirse sin ningún tipo de dudas que la jurisdicción especial indígena es una manifestación esencial del derecho a la autonomía y no una mera función pública atribuida por la Constitución. Ciertamente cuando se atribuye a un sujeto un derecho se le está dando tanto la posibilidad de hacer aquello que se autoriza (aspecto positivo del derecho) como de negarse o abstenerse de hacerlo (aspecto negativo del derecho), mientras que, por el con-

5 Así lo señala específicamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-139 de 1996.

trario, cuando se atribuye a una persona o entidad una determinada función esa persona o institución está en la obligación de ejecutar las actividades relacionadas con la función, so pena de incurrir en una vía de hecho.

Para finalmente concluir la evolución de la línea jurisprudencial en la Sentencia T – 266 de 1999 donde se hace explícito el carácter de derecho colectivo o de grupo de la jurisdicción Especial Indígena⁶.

3.2. Análisis de jurisprudencia sobre justicia indígena

La primera sentencia relevante sobre el tema de la autonomía jurisdiccional indígena es la Sentencia de Tutela T- 254 de 1994. La importancia de esta providencia estriba en que además de dirimir el obvio conflicto que se produce entre los principios de autonomía y respeto a la diversidad étnica y cultural y el de la búsqueda de la unidad nacional, establece una serie de reglas generales sobre la comprensión del principio constitucional de debido proceso en contextos multiculturales.

Los hechos que sirven de sustento al pronunciamiento de la Corte Constitucional son los siguientes: a) un ciudadano, perteneciente al pueblo indígena Coyaima Natagaima, interpuso acción de tutela contra los miembros directivos del cabildo de su comunidad aduciendo que las autoridades indígenas habían decidido expulsarlo de la comunidad junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto; b) a juicio del solicitante de la tutela su exclusión de la comunidad se había realizado sin fundamento probatorio y sin que las directivas del cabildo indígena hubieran adelantado la investigación respectiva en relación con los hechos imputados; c) el Tribunal de primera instancia, denegó la tutela por considerar que la decisión comunitaria de expulsión adoptada por la comunidad indígena en contra del actor se adoptó en ejercicio de su derecho de libre asociación; d) el demandante impugnó la decisión ante la Corte Suprema de Justicia, la cual mediante sentencia confirmó la decisión en su totalidad.

Los problemas jurídicos que plantea la sentencia son varios a saber: la determinación de la naturaleza de las actuaciones del cabildo indígena en el

⁶ Concretamente la Corte lo denomina Derecho Comunitario al ejercicio de la jurisdicción especial. Ver Corte Constitucional, Sentencia T- 266 de 1999, F.J. 5.

caso concreto; la definición de si dichas actuaciones vulnerar o no el derecho fundamental al debido proceso del demandante; y establecer si la pena impuesta resulta contraria a la Constitución por desconocer la prohibición constitucional de las penas de destierro y confiscación, por la expulsión de que fue objeto por parte de la comunidad indígena.

En relación con el primer problema jurídico planteado la Corte determinó que las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación, sino que son “una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* propio de las asociaciones civiles. Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas”.

Partiendo de esa regla esencial, la Corte entra en el meollo del problema jurídico, considerando que la decisión de expulsar al demandante es una sanción por la ejecución de unas conductas contrarias a los usos y costumbres de la comunidad, es decir que se trata de un típico acto jurisdiccional ejecutado en desarrollo de las competencias que la Constitución le otorga a las autoridades indígenas.

Precisamente para llegar a esta solución la Corte hace una serie de consideraciones teóricas sobre el espacio de acción que tiene la autonomía indígena en el contexto de un Estado unitario como el colombiano. En ese sentido, dice la Corte que a los miembros de las comunidades indígenas la Constitución les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera propia de cualquier entidad territorial sino que también se les reconoce el ejercicio de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades, quienes pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

Para la Corte Constitucional esta autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas no es absoluta sino que debe ejercerse dentro de los estrictos límites señalados por el mismo texto constitucional, es decir de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando estos no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Una vez definida la existencia de una comunidad indígena y determinado su mayor o menor autonomía en relación con la conservación de su cul-

tura, la Corte resolvió el segundo problema jurídico. Para ello la Corte establece una serie de reglas que circunscriben los límites de la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas. Estas reglas son las siguientes:

- a) A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; b) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; c) Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural, y , d) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas⁷.

La asunción de estas reglas-límite le permiten a la Corte formular una regla jurídica práctica que a su vez facilita juzgar la constitucionalidad o no de la actuación de las autoridades indígenas en el caso concreto. De acuerdo con la sentencia, el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas, de tal manera que cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, estas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el Art. 29 de la Constitución.

En el caso concreto, a juicio de la Corte Constitucional existe una violación del debido proceso en cuanto la pena impuesta a la familia del demandante fue desproporcionada, porque ellos sin haber participado directamente en los hechos fueron sancionados a la misma pena que su autor, como si hubiesen sido partícipes de los mismos, situación que viola los principios de responsabilidad individual e individualización de la pena que sobrepasa ampliamente el margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley a las autoridades indígenas, de tal manera que las actuaciones del Cabildo en el caso objeto de revisión violan el derecho fundamental al debido proceso del demandante y concretamente de su familia y ordena a las autoridades indígenas acoger pro-

⁷ Corte Constitucional Sentencia, T- 254, 1994.

visionalmente en la comunidad indígena al actor y a su familia, mientras se procede nuevamente a tomar la decisión sin que la sanción pueda involucrar a su familia dentro de un juicio que respete las normas y procedimientos de la comunidad⁸.

El tercer problema jurídico planteado tiene como elemento esencial determinar si la decisión de expulsión constituye una pena de destierro y confiscación que es uno de los límites explícitos a la potestad punitiva de las autoridades indígenas. Considera la Corte que la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones y en consecuencia la expulsión del demandante no vulneró la prohibición constitucional del destierro.

Una valoración global de la Sentencia T-254 de 1994 nos permite decir que en términos generales la Corte Constitucional en el caso objeto de examen optó por hacer un reconocimiento muy restringido de la libertad punitiva a la comunidad y el establecimiento de unos límites sumamente estrictos sobre la base de las reglas descritas.

Como se ve, si bien la solución adoptada constituye un avance con relación a la consideración de los “usos y costumbres” indígenas anterior a la Constitución⁹ pero mantiene una visión etnocéntrica y absolutista en relación con la supremacía absoluta de esos *“mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones”* [ya que según la Corte]. *“Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”*.

La segunda sentencia significativa sobre autonomía jurisdiccional indígena es la C-139 de 1996. Tuvo su origen en una demanda de inconstitucionalidad de un grupo de ciudadanos contra la Ley 89 de 1890. Para resolver la inconstitucionalidad planteada, la Corte dividió la parte considerativa de la providencia en dos secciones: en la primera hace una serie de consideraciones teóricas sobre el contenido del derecho de los pueblos indí-

8 Corte Constitucional Sentencia T-254 de 1994 F. J. 17.

9 Sobre el particular, ver Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 18 de septiembre de 1984, M. P., Luis Enrique Aldana Rozo.

genas a la autonomía jurisdiccional en el contexto de la promoción de la diversidad cultural; mientras que en la segunda se ocupa específicamente de la declaración de inconstitucionalidad de las normas acusadas.

En relación con el primer problema jurídico planteado en la sentencia encontramos que la Corte entiende que la autonomía que la Constitución otorga a los pueblos indígenas es más amplia que aquella otorgada a otros entes territoriales a los que les atribuye esta facultad, pues la autonomía otorgado a las comunidades indígenas se extiende al ámbito jurisdiccional en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”.

Inmediatamente después la Corte entra a resolver acerca de los elementos básicos de la jurisdicción especial indígena. De acuerdo con la Corte son cuatro los elementos centrales de esta jurisdicción: a) la posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, b) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, c) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y, d) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. A juicio de la Corte colombiana los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.

En cuanto a la vigencia de la jurisdicción especial indígena, reiterando la regla establecida por la Sentencia T-254 de 1994, se determina que la vigencia de la jurisdicción indígena no depende de la expedición de la ley de coordinación con el sistema judicial nacional, de tal suerte que el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.

Respecto de los límites del poder sancionatorio de las autoridades indígenas es donde la Sentencia C-139 de 1996 hace la principal modificación en la línea jurisprudencial. Recordemos que en la Sentencia T-254 de 1994 la Corte Constitucional había establecido la doctrina de los límites intangibles a la jurisdicción de las autoridades indígenas. En la Sentencia C-139 de 1996 la Corte mantiene la teoría de la autonomía limitada de las autoridades indígenas en relación con su capacidad de administrar justicia pero cambia la perspectiva en la que estos límites actúan. Para la Corte en lugar de límites normativos estrictamente establecidos, existen límites fácticos defi-

nidos por el juez en cada caso atendiendo a las circunstancias del conflicto concreto, es decir: a) a la cultura involucrada, b) al grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, y, c) al grado de afectación de los miembros de la comunidad.

En ese sentido, la valoración de los distintos principios constitucionales no existe una jerarquía de derechos sino que el peso de los principios del respeto a la diversidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas deben valorarse sólo frente a casos concretos, pues resulta imposible establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y los demás principios constitucionales.

En lo concerniente a la segunda parte de la sentencia, donde la Corte estudia específicamente los cargos que los demandantes hacen a la Ley 89 de 1890, hay que decir que si bien la Corte declara la inconstitucionalidad de las normas acusadas, lo hace atendiendo a razones constitucionales totalmente distintas a los argumentos esgrimidos por los actores de la demanda.

Particularmente, en relación con el primer cargo la Corte dispone que si bien *“La terminología utilizada en el texto, al referirse a “salvajes” y “reducción a la civilización” desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural”*, y por lo tanto la Corte no encuentra ninguna razón constitucional para mantener en vigencia el artículo acusado, como quiera que su significado, independientemente de los términos en que se expresa, es contrario a la Constitución.

Sin embargo, se puede entender, dice la Corte, que dichos términos ya han sido derogados tácitamente por las nuevas leyes que regulan la materia (específicamente por el Convenio 169 de la OIT, que habla de *“pueblos indígenas y tribales”* y, sobre todo, por la Constitución de 1991) y que por lo tanto la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada tiene más un sentido simbólico que real¹⁰.

En esta providencia la Corte defiende una concepción pluralista de las relaciones entre las distintas culturas que hacen parte del pueblo colombiano y por lo tanto rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas que subyacen al texto de la Ley 89 de 1890. En ese sentido más que declarar la inconstitucionalidad de los textos normativos que hacen

10 Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, FJ 6.3.

parte de la ley 89, la Corte en la sentencia elimina el sustrato ideológico integracionista y racista que todavía podía quedar en ella, conservando el texto de la ley.

Ante el riesgo de dejar sin sustento legal las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas la Corte señala claramente que *“la declaración de inexequibilidad del Art. 1 de la Ley 89 de 1890 no implica la desaparición de la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas de dictar sus propias normas y procedimientos, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley”*, pues a juicio del máximo juez constitucional esta facultad es resultado directo del texto del artículo 246 de la Carta, que tiene eficacia normativa autónoma y que, por tanto, regula la potestad legislativa y jurisdiccional otorgada a las comunidades indígenas.

Respecto del segundo cargo, la Corte tampoco encontró una justificación razonable para las limitaciones que el Art. 5 de la Ley 89 de 1890 imponía a la diversidad étnica relativas a la autoridad competente y al contenido de las sanciones imponibles y declaró contrario a la Constitución dicho artículo.

En relación con las limitaciones que el artículo acusado impone al tipo de sanción imponible por parte de las autoridades indígenas la Corte considera que es contraria tanto a la letra del Art. 246 de la Constitución como a la realidad de los pueblos y comunidades indígenas, puesto que:

Dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos graves que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares de tal suerte que es constitucionalmente posible que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa¹¹.

En relación con los cargos de inexequibilidad imputados al Art. 40 de la Ley 89 de 1890, la Corte efectivamente declaró la inconstitucionalidad de la norma, pero no por las razones esgrimidas por los demandantes relacionadas con la edad legal en que los colombianos adquieren la mayoría de edad, sino

¹¹ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, E.J 6.3.

por desconocer “la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, y porque el Constituyente de 1991 estableció la propiedad colectiva de los resguardos y de las tierras comunales de las etnias asignándoles, entre otros, el carácter de inalienables de manera que no pueden ser objeto de venta o transacción alguna por parte de ninguno de los miembros que conforman la comunidad indígena.

En suma, la Sentencia C-139 de 1996 constituye un avance importante en la comprensión de los límites al poder sancionador de que son titulares las autoridades de los pueblos indígenas respecto de la posición original de la misma Corte consagrada en la anterior providencia puesto que acepta que los límites al derecho que la Constitución reconoce a los pueblos indígenas de juzgar y sancionar conductas de acuerdo con sus propias normas y procedimientos no está limitado por barreras normativas intangibles (el debido proceso, el catálogo de derechos fundamentales, o las normas imperativas) sino que estos límites deben ser definidos por el juez en el caso concreto de acuerdo con las particularidades de la cultura indígena involucrada y el grado de afectación de los miembros de la comunidad, lo cual significa un importante avance en la búsqueda del dialogo intercultural que propugna la Constitución.

El siguiente pronunciamiento jurisprudencial relevante es la Sentencia T-496 de 1996. Este pronunciamiento es fundamental porque en la Corte hace un estudio panorámico del tema y sintetiza las reglas que definen la competencia judicial de las autoridades indígenas.

Los hechos que anteceden al pronunciamiento de la Corte Constitucional son los siguientes: a) el demandante asesinó a un compañero de trabajo y como consecuencia fue capturado y puesto a disposición de la Fiscalía donde se escuchó su versión de los hechos y se le nombró defensor de oficio; c) la Fiscalía dictó en su contra Resolución de Acusación¹²; d) posterior-

12 En Colombia el proceso penal tiene dos etapas: una primera etapa de la investigación que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, y a sus delegadas que termina bien con la resolución de acusación, bien con la declaratoria de la preclusión de la investigación o bien con el *proferimiento* de un Auto Inhibitorio, y una segunda etapa, llamada etapa del juicio, que corresponde a los jueces y tribunales de lo penal donde después de analizar las pruebas recaudadas durante la etapa anterior se resuelve definitivamente sobre responsabilidad del imputado y se le condena o se le absuelve.

mente, dentro de la etapa del juicio, el defensor del demandante solicitó como prueba un peritaje antropológico y una valoración psicológica del imputado a fin de establecer “una posible inimputabilidad por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena inadaptado al medio social en que se desenvuelve”; e) el peritaje antropológico recomendó devolver al imputado a su entorno cultural, para que fuera juzgado por las normas tradicionales de la etnia Nasa a la que pertenece, mientras el psiquiatra forense encargado de hacer la valoración psicológica consideró que el demandante, “*estaba en plena capacidad para comprender la ilicitud de su acto*”; f) el actor fue condenado en primera instancia por el delito de homicidio; h) el defensor del actor apeló la sentencia de primera instancia y el juez *ad – quem* rechazó las pretensiones del peticionario y confirmó la sentencia condenatoria, señalando que por el sólo hecho de ser indígena no se está en incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta; i) el actor decidió interponer acción de tutela, reiterando la solicitud de reconocimiento de su raza indígena para poder ser juzgado conforme a las leyes de su comunidad, tutela que fue denegada por el juez y posteriormente confirmada por el juez de segunda instancia.

Para llegar a una decisión en el caso la Corte dividió su providencia en tres apartados: en una primera parte la Corte formula su doctrina general sobre el significado del reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural mientras en la segunda hace un estudio integral de la jurisdicción especial indígena y en la parte final examina los problemas que presenta el caso concreto.

La parte segunda de la providencia es a nuestro juicio la más importante. En ella la Corte hace un estudio integral de la jurisdicción especial indígena que incluye: a) la determinación del alcance y los límites del mal llamado “fuero indígena”, b) sus elementos, c) las determinación de las reglas de competencia de las autoridades indígenas en materia judicial, y, d) el establecimiento de las reglas que deben cumplir los jueces ordinarios nacionales cuando se trate del juzgamiento de indígenas¹³.

13 El análisis de estas reglas incluye un profundo examen de la evolución legislativa de la materia hasta la adopción de la diferencia valorativa como directriz interpretativa prevalente en la solución de los casos en los que intervenga un indígena.

En cuanto al alcance del fuero indígena la Corte considera que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un “fuero”. En efecto, la Constitución concede a los indígenas el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. En este principio se manifiesta con especial claridad la visión que en el momento de proferir la sentencia tenía la Corte sobre la naturaleza de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. De acuerdo con esta interpretación los derechos colectivos de los grupos étnicos son 4 manifestaciones especiales o mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los indígenas individualmente considerados. Nótese la diferencia de esta posición con las sostenidas por la propia Corte en sentencias posteriores como la T-510 de 1998 donde ya se reconoce la independencia y singularidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas respecto de los derechos fundamentales de sus miembros.

En relación con los elementos que caracterizan y definen la capacidad de las autoridades indígenas para administrar justicia en sus territorios, la Sentencia establece dos elementos del “fuero”: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter geográfico o territorial, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio. En relación con el territorio es importante anotar que la Corte ha establecido un precedente más o menos claro según el cual el termino territorio no equivale a la figura del resguardo sino que incluye aquel habitualmente ocupado por la comunidad indígena. Un ejemplo de utilización extensiva del término territorio por parte de la Corte Constitucional lo podemos ver en la Sentencia T-384 de 1994 en la cual la Corte determinó que la oficialidad de las lenguas indígenas no se predica exclusivamente del resguardo, sino de todo el territorio de un departamento donde la mayoría de la población es indígena¹⁴.

A partir de estos dos elementos la Corte colombiana estableció las reglas para definir la competencia de las autoridades indígenas frente a los jueces or-

14 Jaramillo Sierra, I., *op. cit.*, p. 133.

dinarios. Para la Corte, la coordinación entre estas dos jurisdicciones depende de las circunstancias particulares de cada caso, pues la solución cambia si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo.

En el primero evento, esto es, si se juzga a un indígena por un hecho cometido dentro del territorio de una comunidad, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional. En el segundo caso, esto es si se juzga a un indígena por hechos cometidos fuera del territorio indígena se pueden presentar diversas situaciones, cada una de las cuales tiene una solución distinta:

- a. Que la conducta del indígena sólo sea punible de acuerdo con el sistema jurídico indígena caso en el cual las autoridades indígenas decidirán si juzgan o no el caso.
- b. Que la conducta del indígena sólo sea punible de acuerdo con el ordenamiento nacional, caso en el cual los jueces de la República son en principio los competentes para conocer del mismo. Sin embargo en este caso los jueces tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía o no el carácter ilícito de su conducta para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero, es decir que tiene que establecer un juicio sobre la imputabilidad del sujeto, una vez hecho lo cual se pueden presentar a su vez dos situaciones distintas:
 - b. 1. Si el autor era inimputable es decir, si al autor del ilícito no le era posible entender la *reprochabilidad* de su conducta, el juez deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica.
 - b. 2. Si por el contrario y dada su especial relación con la comunidad mayoritaria el indígena imputado de cometer un delito conocía el carácter antijurídico del hecho, la sanción en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.
- c. Pero también puede ocurrir que la conducta sea sancionada en ambos sistemas jurídicos caso en el cual en principio conoce la jurisdicción nacional pero el juez deberá tomar en consideración 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.

En definitiva, para determinar los casos que son competentes las autoridades indígenas para conocer de un caso el lugar donde ocurrieron los hechos no es suficiente criterio, sino que dicho factor territorial solamente es bastante cuando las partes involucradas pertenecen todas al mismo grupo étnico, pero cuando se trata de un conflicto interétnico se deben tener en cuenta además las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y la afectación del individuo frente a la sanción.

La siguiente providencia importante es la Sentencia T-266 de 1999. Aún cuando ciertamente este fallo no modifica sustancialmente la línea jurisprudencial marcada en las sentencias anteriores, sin embargo es útil reseñarla porque es una muestra significativa de cómo se ha producido el asentamiento de la doctrina constitucional respecto de la autonomía de los pueblos indígenas.

La Corte dividió formalmente la providencia de acuerdo con los problemas jurídicos que planteaba el caso, de los cuales los más importantes son: a) si durante el proceso penal los jueces de instancia violaron o no el derecho de defensa del actor cuando se le declaró persona ausente a pesar de conocerse el lugar de su residencia y trabajo, y se le procesó y condenó sin prueba sobre su imputabilidad; b) si se violó el derecho del actor al debido proceso por desconocimiento del juez natural; c) si se vulneró o no el derecho colectivo de los Arhuacos de Jewrwa al ejercicio de la jurisdicción especial propia, y finalmente, d) la validez de la sentencia absolutoria adoptada por los Mamos en 1988, y la presunta vulneración del principio *non bis in idem*, dado que al momento en que estos juzgaron el caso (1988) no estaba aún en vigencia la Constitución de 1991.

Respecto de la violación del debido proceso por la realización del juicio en ausencia, la Corte considera probado que aún cuando se sabía donde vivía el demandante los jueces de instancia no hicieron lo necesario para localizarlo y por lo tanto se violó flagrantemente su derecho de defensa.

Adicionalmente, a juicio de la Corte, Suárez Álvarez se quedó sin una defensa técnica, porque el defensor de oficio nunca se comunicó con él, limitó la defensa a una intervención oral en la audiencia de juzgamiento, no solicitó la práctica de la prueba requerida para establecer su imputabilidad, no alegó la nulidad que se originó en la falta de esa prueba, ni la generada por la indebida notificación de la resolución de acusación, y finalmente se abstuvo de apelar la sentencia condenatoria cerrando la posibilidad de acudir a casación.

Pero, además la Corte considera que hubo una violación del debido proceso, porque al momento de dictar la sentencia no se hizo ningún juicio acerca de la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, tal como lo establecía la legislación penal de la época en que comenzó el juicio, cuando se trataba de un imputado indígena. Ahora bien, como el proceso penal terminó una vez proferida la Constitución a juicio de la corte ya no era suficiente un juicio sobre la imputabilidad del indígena procesado sino que el juez ordinario debía declararse incompetente para conocer del proceso por ser un asunto donde tanto el sindicado como la víctima del delito eran indígenas y haber ocurrido este en territorio indígena.

Esta importante consideración sobre la incompetencia del juez ordinario condujo directamente a estudiar la vulneración del debido proceso por desconocimiento del juez natural y la violación del derecho colectivo a la jurisdicción especial indígena. Sobre el particular la Corte encuentra en las actuaciones de los jueces de instancia desconocieron el principio del juez natural y violaron la facultad que la Constitución otorga a las autoridades indígenas de administrar justicia en sus territorios de acuerdo con sus propias normas y procedimientos.

En su argumentación, la Corte rechazó las argumentaciones del juez de instancia sobre el alcance del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación y reitera la doctrina constitucional sobre la materia, según la cual, tanto el derecho fundamental al debido proceso como el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a tener una jurisdicción especial son de aplicación directa e inmediata. En opinión de la Corte, "el proceso penal contra Suárez Álvarez debió pasar al conocimiento de las autoridades tradicionales del pueblo Arhuaco una vez entró en vigencia la actual Carta Política, para lo cual una vez más insistió en la necesaria aplicación de las reglas de competencia establecidas en la Sentencia T – 496 de

1996. Para la Corte era evidente que “*los hechos por los cuales se sindicó al actor fueron cometidos dentro del territorio que controla el pueblo indígena Arhuaco y que el demandante es, además, miembro activo de dicho pueblo*” y por consiguiente, el Juez de Valledupar violó el derecho del demandante a ser procesado por su juez natural, y violó al pueblo Arhuaco su derecho fundamental a ejercer la jurisdicción especial que la Constitución asignó a sus autoridades tradicionales.

Estos argumentos, le sirven a la Corte para concluir que en el caso que estamos estudiando no se produjo una sentencia en el sentido técnico del término al constituir el pronunciamiento del juez una “vía de hecho” por violación de derechos fundamentales. De acuerdo con la providencia “de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, (...) los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias; pero nada obsta para que (...) se utilice esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales”.

Esta conclusión sobre el carácter ilegal de la decisión de los jueces de instancia, que lleva aparejada la ausencia de cosa juzgada en el juicio que se celebró contra el indígena Suárez Álvarez le permite al juez adentrarse en el siguiente problema jurídico, esto es, la validez de la sentencia absolutoria adoptada por los Mamos en 1988, y la presunta vulneración del principio *non bis in ídem*.

Sobre este particular, la Corte no acogió los argumentos tanto de Suárez Álvarez como de los Mamos y de otros miembros del pueblo Arhuaco que coadyuvaron la acción de tutela que revisó la Corte Constitucional, según los cuales el juicio adelantado por la jurisdicción ordinaria por el homicidio de la misma persona, constituía una clara violación del principio *non bis in ídem* dado que los Mamos ya habían juzgado y decidido el caso en 1988, puesto que la consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena sólo tuvo lugar en 1991 y, por tanto, a juicio de la Corte, la decisión adoptada por los Mamos en 1988, no era una sentencia judicial por carecer las autoridades que la tomaron de jurisdicción y competencia.

En definitiva y como corolario de los argumentos desarrollados la sentencia reconoció en el caso la violación de los derechos fundamentales del actor y del pueblo indígena Arhuaco y por lo tanto ordenó su restablecimiento. En consecuencia, declaró nulo el proceso penal por violación del Art. 29 de la Carta Política y ordenó a los Mamos realizar nuevamente el juicio de acuerdo con sus propias normas y procedimientos dado que como ya se explicó, la decisión de 1988 no es una sentencia.

3.3. Las reglas jurídicas resultantes

Como se puede colegir del conjunto de providencias sobre autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha construido una importante doctrina a partir de la identificación de reglas y principios que hoy constituyen el núcleo básico del derecho colectivo a la autonomía de los indígenas colombianos. Estas son:

1. La primera regla contrastable se refiere al alcance de la autonomía que la Constitución otorga a los pueblos indígenas. Según esta regla la autonomía indígena es mucho más amplia que aquella otorgada a los entes territoriales a los que les atribuye esta facultad, pues además de las facultades normales propias de la autonomía territorial¹⁵ el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas se extiende al ámbito jurisdiccional pues incluye la posibilidad de tener una jurisdicción propia y a la esfera normativa, en cuanto incluye la posibilidad de creación de *normas y procedimientos*. Es posible entonces concluir que a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, sino que también se les reconoce el ejercicio de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades quienes pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Lo anterior nos permite establecer que las decisiones de las autoridades indígenas en el plano judicial son un acto jurisdiccional tí-

¹⁵ Estas son la autonomía administrativa, presupuestal y financiera.

pico ejecutado en desarrollo de las competencias que la Constitución les otorga a las autoridades indígenas, sin que el método escogido por la comunidad indígena para adoptar la decisión sea el criterio determinante para precisar su naturaleza

2. La segunda regla que podemos deducir del análisis conjunto de las providencias de la Corte Constitucional sobre autonomía de los pueblos indígenas tiene que ver con los elementos básicos de la misma. De acuerdo con ella estos son:
 - a. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;
 - b. La potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios;
 - c. La sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución; y finalmente,
 - d. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.

3. La tercera regla que hemos encontrado tiene que ver con la vigencia de la jurisdicción indígena. Según la doctrina constitucional al respecto ésta no depende de la expedición de la ley de coordinación con el sistema judicial nacional, de tal suerte que si bien corresponde al legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.
4. La cuarta regla se refiere a los elementos que definen la capacidad de las autoridades indígenas para administrar justicia en sus territorios. Según esta regla estos elementos son dos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter geográfico o territorial, que permite

que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos.

Esto quiere decir en palabras sencillas que ni la materia ni la cuantía del asunto limitan a las autoridades indígenas, quienes pueden juzgar cualquier conflicto que se presente en su territorio con independencia de su valoración patrimonial o pecuniaria.

5. El quinto principio general que hemos podido deducir de la jurisprudencia examinada tiene que ver con los límites constitucionales de la autonomía jurisdiccional indígena. Según la Corte ésta no es absoluta sino que obedece a ciertas reglas. Es importante decir que los criterios para definir estas reglas no han sido los mismos desde el comienzo, y ni siquiera tienen solución de continuidad entre unas y otras sino que, como se dijo en su momento existen por lo menos tres líneas doctrinales distintas.

En primer lugar existe una línea jurisprudencial que podemos denominar de autonomía restringida que si bien reconoce la autonomía de las autoridades indígenas para solucionar conflictos dentro de sus territorios, les impone a éstas unas rígidas restricciones que se expresan en los siguientes principios:

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

Así mismo, de acuerdo con esta línea argumental el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite intangible de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas.

Sin embargo, ante las críticas por el excesivo etnocentrismo que manifiesta, la Corte construyó otra línea jurisprudencial según la cual los límites al poder jurisdiccional de las autoridades indígenas no son ontológicos sino fácticos, y por tanto deben ser definidos por el juez en cada caso. Los seguidores de esta línea argumental creen que los jueces al establecer los límites deben tomar en consideración.

- a. La cultura involucrada;
- b. El grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mayoritaria; y,
- c. El grado de afectación de los miembros de la comunidad.

Y finalmente existe una tercera línea jurisprudencial, que podemos denominar ecléctica que conservando el reconocimiento general del principio según el cual “a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, lo combina con el reconocimiento de que los límites deben ser establecidos de forma tópica por el juez.

6. Por último, podemos identificar un sexto grupo de reglas que definen los mecanismos de articulación entre las jurisdicciones indígenas y la jurisdicción ordinaria. Estas son:
 - a. Si se juzga a un indígena por un hecho cometido dentro del territorio de una comunidad, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional;
 - b. Si por el contrario se juzga a un indígena por hechos cometidos fuera del territorio indígena se pueden presentar diversas situaciones, cada una de las cuales tiene una solución distinta: i) Que la conducta del indígena únicamente sea punible de acuerdo con el sistema jurídico indígena caso en el cual las autoridades indígenas decidirán si juzgan o no el caso, o bien, ii) que la conducta sólo sea punible de acuerdo con ordenamiento nacional, caso en el cual los jueces de la República son en principio los competentes para conocer del mismo¹⁶; o bien puede

¹⁶ En este caso los jueces deberán realizar un juicio sobre la imputabilidad del sujeto, que permitirá determinar si se deberá devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica o si por el contrario, dadas las condiciones particulares del indígena imputado, (el conocer el carácter antijurídico del hecho), la sanción podrá ser establecida de acuerdo a los criterios clásicos del sistema nacional.

ocurrir iii) que la conducta sea sancionada en ambos sistemas jurídicos caso en el cual en principio conoce la jurisdicción nacional pero el juez deberá tomar en consideración 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.

IV. La jurisprudencia convertida en ley: los intentos de promulgar La ley de Articulación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena

Como se puede observar, la Corte Constitucional, a falta de legislación explícita sobre el particular hizo un intento por generar un diálogo intercultural y logró dar algunas respuestas al problema de la diversidad cultural en Colombia, lo cual ha permitido por más de una década garantizar la coexistencia pacífica de las diferentes culturas en Colombia al resolver los conflictos entre éstas y la sociedad mayoritaria con criterios abiertos basados en la aplicación del principio de maximización de autonomía y minimización de restricciones.

Ahora bien, el derecho jurisprudencial creado por la Corte Constitucional sobre la materia ha tenido una vigencia mayor y más profunda que la simple solución de los casos, o la consolidación de criterios de interpretación; ha señalado el camino y los criterios básicos que han servido para diseñar los distintos proyectos de ley de articulación entre jurisdicciones que se han presentado tanto desde el ámbito indígena como institucional.

Esto es importante dado que desde una perspectiva tradicional del derecho la jurisprudencia constitucional en el sistema jurídico colombiano sólo tiene el valor de criterio auxiliar, no de fuente de Derecho, con lo que la existencia de este tipo de iniciativas legislativas permite integrar los principios básicos que creó la Corte respecto al problema de la jurisdicción indígena, con

el fin de que sus argumentos, de gran valor para el problema de la interpretación de la diversidad cultural en Colombia, tenga fuerza de ley.

Ciertamente aunque han pasado 18 años desde la promulgación de la Constitución, e igual que sucede con la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, la ley de articulación entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales de los pueblos indígenas tampoco ha sido expedida por el legislador colombiano. Sin embargo a diferencia de lo que acontece con la ley de ordenamiento territorial cuya inexistencia obedece exclusivamente a razones políticas relacionadas con el mantenimiento del clientelismo, en el caso del proyecto de ley de jurisdicción indígena este no ha sido discutido ni aprobado debido a la dificultad técnica que entraña redactar una norma que sin renunciar a los objetivos constitucionales de unidad y eficacia de la jurisdicción, lo haga sin vulnerar la diversidad y la autonomía de los pueblos indígenas.

En la última década se conocen por lo menos tres proyectos de ley de articulación entre jurisdicciones inspirados fielmente en la doctrina constitucional sobre la materia. Estos son el proyecto elaborado por la Dirección General de Asuntos Indígenas entre 1997 y 1998, el proyecto presentado a consideración del Congreso de la República por el senador indígena Jesús Piñacué, y el proyecto del entonces senador Carlos Gaviria como resultado de las modificaciones que el ex magistrado de la Corte Constitucional introdujo al proyecto Piñacué en la ponencia presentada para primer debate en el Senado de la República.

Desde una perspectiva material como desde la óptica formal los tres proyectos mencionados comparten muchos elementos. En ese orden de ideas mientras materialmente los tres están inspirados en la misma filosofía que propugna la Corte Constitucional por el diálogo y el respeto entre todas las culturas, formalmente están estructurados de una forma muy similar, pues después de establecer un ámbito de aplicación paralelo, los tres establecen un catálogo de conceptos y definiciones compartidas que reflejan un consenso filosófico y político importante. Igualmente, establecen de una manera más o menos idéntica las reglas de competencia entre las distintas jurisdicciones y las formas de coordinación entre las autoridades indígenas, así como una serie de disposiciones varias relativas al control de la actividad jurisdiccional de las autoridades indígenas.

Precisamente para reflejar esa significativa identidad parece útil hacer una comparación crítica de cada uno de estos apartados que complementen el comentario general que acabamos de realizar.

Al leer los tres proyectos lo primero que llama la atención es que en ellos no existe uniformidad de criterio respecto del significado técnico de “ámbito de aplicación de la Ley” y por tanto resulta difícil juzgar objetivamente su corrección. Así por ejemplo mientras el proyecto de la Dirección General de Asuntos Indígenas define correctamente el ámbito subjetivo del proyecto, es decir la población que va dirigida la Ley, pero no vincula ese ámbito subjetivo al objeto de la ley lo que implica el artículo examinado resulte ser una norma inane; el artículo del proyecto Piñacue no regula la materia que anuncia con el título porque trata el objeto de la ley pero no su ámbito de aplicación, y esa es precisamente la razón por la que en el proyecto Gaviria se elimina la mención al ámbito de aplicación y se reemplaza por el objetivo de la Ley.

En la medida en que desde el punto de vista de la técnica legislativa resulta indispensable delimitar claramente el ámbito de aplicación de las normas, la solución escogida por el ex magistrado Gaviria no parece adecuada porque una cosa es el objeto de una ley y otra su ámbito de aplicación. Lo correcto hubiera sido redactar una norma sobre el ámbito de aplicación parecida a la que contempla el Proyecto de la Dirección de Asuntos Indígenas y otra que establezca el objeto de la ley similar a la del proyecto Gaviria.

Por su parte, la comparación de los textos normativos que forman el capítulo de las definiciones permite observar como la característica fundamental de los distintos proyectos es su extrema semejanza que incluso en algunos casos llega a la identidad total de contenidos¹⁷. En efecto, mientras la definición de territorio indígena es igual en los tres proyectos y la definición de jurisdicción especial indígena, autoridades indígenas y autoridades del sistema judicial nacional son análogas en los proyectos Gaviria y Piñacué, el proyecto gubernamental y el del senador Gaviria establecen de forma idén-

17 Si nos fijamos en las fechas de presentación de los respectivos proyectos no hay duda que el preparado por la Dirección de Asuntos Indígenas resulta ser el antecedente de los otros dos que, o bien son una reproducción casi literal del proyecto gubernamental o son una modificación mínima del mismo.

tica definiciones como la de territorio indígena que no contempla el proyecto presentado por el senador indígena Piñacué.

Sin embargo, no se puede desconocer que existen importantes diferencias entre las tres iniciativas normativas. Es así como definiciones como la de jurisdicción especial o autoridades indígenas son manifiestamente diferentes, pues mientras los redactores del proyecto del gobierno colombiano hicieron un reconocimiento normativo claro de los distintos tipos de autoridad indígena históricamente reconocidas por el Estado colombiano; el proyecto Piñacué y el proyecto Gaviria dejan en manos de los propios indígenas la determinación de cuáles son las autoridades legítimas, sin hacer ninguna mención a la historia y al origen de estas instituciones.

Esta circunstancia aparentemente menor, sin embargo tiene una importancia manifiesta pues refleja las diferencias de fondo y los conflictos políticos que subyacen a la aparente identidad de criterios respecto de la aplicación e interpretación de los principios establecidos en el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, mientras el proyecto gubernamental interpreta el llamado institucional de la OIT como un sinónimo de fortalecimiento de los mecanismos locales tradicionales de control y regulación social de los pueblos indígenas y por lo tanto de debilitamiento de la actividad mediadora de las organizaciones indígenas; la interpretación que de las recomendaciones de la OIT hacen tanto el proyecto Piñacué como el proyecto Gaviria llevan a conclusiones totalmente contrarias pues para estos dos proyectos el objetivo de consolidar la autonomía de los pueblos indígenas pasa por fortalecer al máximo las organizaciones indígenas, dándoles un papel central en el ejercicio de las facultades constitucionales de administrar justicia, incluso por encima de las autoridades indígenas locales¹⁸.

Así las cosas en una valoración global de los tres proyectos, no cabe duda que con independencia de mejoras puntuales al proyecto original, como pueden ser resaltar el carácter constitucional de la facultad de administrar justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, o el hecho de

18 De hecho esa diferencia de criterios respecto de los objetivos políticos últimos de la ley impidieron el consenso necesario para llevar adelante la iniciativa de la Dirección General de Asuntos Indígenas, la cual en el proceso de consulta previa fue rechazada mayoritariamente por las organizaciones indígenas.

recoger claramente la teoría de los límites a la jurisdicción indígena (establecidos en la jurisprudencia constitucional), no hay duda que el proyecto preparado por la Dirección de Asuntos indígenas es superior tanto desde el punto de vista político como en el ámbito de la técnica legislativa, porque por lo menos en el capítulo de las definiciones hace una configuración mas general de los distintos aspectos tratados, sin que por ello se afecte la autonomía de los pueblos indígenas.

Así, por ejemplo, mientras el proyecto del Gobierno deja a un lado el antiguo y peyorativo concepto de usos y costumbres y lo cambia por el más adecuado de sistemas normativos, los proyectos de Piñacué y Gaviria mantienen la artificial diferencia entre derecho, usos y costumbres que están en contravía con el pluralismo jurídico que propende la Carta Política de 1991.

De igual manera, la circunstancia de que el proyecto gubernamental haga una delimitación general de las autoridades indígenas dotadas de jurisdicción y no utilice el método casuista empleado por el proyecto Piñacué, le otorga a la futura ley una eficacia mucho más amplia y profunda, porque desliga la norma de los avatares políticos que como dijimos se reflejan en la iniciativa del senador indígena.

En lo que atañe al capítulo dedicado a los principios las diferencias entre los tres proyectos se profundizan. En este caso el proyecto Gaviria se aleja paulatinamente de la filosofía del proyecto Piñacué y recupera algunos aspectos que el senador indígena había dejado a un lado del proyecto original de Asuntos Indígenas.

Así, por ejemplo, mientras el proyecto DGAI habla de que el Estado debe garantizar la vigencia de la legislación especial indígena además de los sistemas normativos y de control y regulación social indígena, el proyecto Piñacué elimina la mención a la legislación indígena nacional para darle un mayor énfasis al derecho interno de los pueblos indígenas.

Si bien, por regla general el proyecto Gaviria mejora técnicamente el proyecto Piñacué, en el caso de la norma que consagra el principio de garantía al pluralismo jurídico la modificación resulta ser desafortunada y artificial, puesto que hace una distinción injustificada entre sistemas normativos y usos y costumbres, sin tener en cuenta que en el caso de los pueblos indígenas los usos y costumbres son generalmente parte integral de sus sistemas normativos (su derecho) y no como se deduce de la propuesta Ga-

viria dos cosas distintas. Este error conceptual obedece a la creencia muy extendida de que el concepto de derecho equivale a norma escrita como ocurre en los sistemas jurídicos occidentales.

En relación con el principio del debido proceso el proyecto Gaviria modificó el proyecto del senador Piñacué que había asumido acriticamente los criterios de la Corte Constitucional sobre los límites de la jurisdicción indígena esbozados en las primeras sentencias sobre la cuestión, según los cuales el debido proceso entendido en términos occidentales era un límite intangible a la facultad de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas. Para los redactores del proyecto Gaviria el límite del debido proceso no es tan fácil de identificar como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura, y por lo tanto la ley debe definir el debido proceso de una forma muy general con el fin de abarcar en la medida de lo posible la mayor cantidad de usos y procedimientos con el único límite de que respeten la dignidad humana en cada contexto cultural específico.

En esto, el proyecto Gaviria recoge de una manera más técnica la preocupación expresada por la Dirección de Asuntos Indígenas en el sentido de transformar el principio de debido proceso en principio de *predecibilidad*, puesto que en lugar de limitarse a cambiar el nombre del principio, le da un contenido realmente acorde con la necesaria interculturalidad que debe orientar una ley como la de articulación entre jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, pues permite que cada sistema jurídico indígena le dé el contenido que requiera según las particularidades culturales de cada pueblo indígena.

En cuanto al principio de acceso a la justicia existe una importante diferencia entre los proyectos de la Dirección de asuntos indígenas y Gaviria y el proyecto Piñacué, pues mientras para los primeros la obligación constitucional de garantizar el acceso a la justicia de los indígenas corresponde al Estado, quien lo ejerce por intermedio de las autoridades indígenas¹⁹ en la versión Piñacué son las autoridades indígenas las que directamente ostentan la carga de garantizar el acceso a la justicia en sus respectivos territorios, sin que su actuación tenga relación con el Estado.

19 En este sentido las autoridades indígenas cuando ejercen funciones jurisdiccionales tendrían una posición similar a la del resto de los jueces y funcionarios judiciales de la república.

En este caso, pese a que filosófica y políticamente se apoye la reivindicación que expresa el senador Piñacué en el sentido de dotar a las autoridades de los pueblos indígenas en el ejercicio de todas sus competencias de la máxima autonomía posible; en este caso resulta claro que a la luz de lo dispuesto en el artículo 229 de la Constitución de 1991, la redacción del proyecto es inconstitucional porque la administración de justicia es una función esencialmente estatal que no puede ser ejercida con independencia de los dictados de la Constitución. De hecho la autonomía que la Carta fundamental otorga a las autoridades indígenas en relación con la administración de justicia se refiere a los medios, pero no a los fines que no son otra cosa que el acceso universal e incondicional al servicio público de justicia.

En cuanto al principio de oficialidad de las lenguas indígenas al interior de los procesos en donde intervengan indígenas tenemos que las normas de los proyectos de la DGAI y del senador Gaviria son prácticamente idénticas, con la única diferencia de que en este último proyecto se amplía el articulado con el fin de dar más claridad a la forma en la cual debe procederse para garantizar el derecho de que cada individuo pueda expresarse en el idioma con el cual se identifica culturalmente, y en ese sentido, se reconoce de una mejor manera el nexo existente entre la cosmovisión particular y su expresión a través del lenguaje.

Por el contrario la norma correspondiente del proyecto Piñacué es mucho más restrictiva pues en lugar de estar redactado, como ocurre en los otros dos proyectos, en términos de garantía subjetiva cuyo titular es la persona que pretende justicia, se redactó en términos tales que la diversidad lingüística resulta ser una facultad de las autoridades indígenas lo cual resulta ser mucho menos garantista.

Por último, los proyectos de Piñacué y Gaviria establecen dentro del capítulo de los principios generales el efecto de cosa juzgada, sólo que la iniciativa del senador Gaviria lo denomina “efectos de las decisiones judiciales”. Este cambio no es menor y parece obedecer a la necesidad de proteger de una manera más adecuada al individuo sujeto de una decisión de ser juzgado dos veces por un mismo hecho. Sin embargo, desde una perspectiva puramente procesal parece mejor la alternativa escogida por los redactores de la propuesta legislativa de la Dirección General de Asuntos Indígenas quienes establecieron el mismo principio que los otros dos proyectos, solamente que

lo ubicaron en el capítulo que desarrolla el tema de la competencia, lo cual es técnicamente más correcto.

Sin lugar a duda las reglas de competencia son el núcleo esencial y el principal aporte de los tres proyectos de articulación entre jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Igualmente es la parte que más problemas técnicos presenta a los redactores de los proyectos porque es donde se manifiesta con mayor profundidad la tensión que existe entre el respeto a la diversidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas que propugna la Constitución y la necesidad de unificar el sistema jurídico para dar seguridad jurídica a los ciudadanos como parte esencial del principio de igualdad.

En ese contexto, el proyecto de la dirección de asuntos indígenas establece como regla general la competencia de las autoridades indígenas para conocer conflictos intraétnicos sucedidos en el territorio de un pueblo o comunidad indígena. En los demás casos (conflictos inter étnicos y conflictos en los que participen indígenas por adopción) la competencia general la tienen los jueces ordinarios nacionales, solamente que en estos casos estas autoridades están obligadas a hacer un juicio sobre el grado de comprensión del indígena del sistema jurídico nacional para efectos de determinar la conveniencia de que sean las autoridades indígenas quienes juzguen el caso.

Adicionalmente, el proyecto gubernamental establece que en todo proceso en el que hagan parte indígenas, los jueces ordinarios deberán solicitar peritajes y conceptos a las autoridades indígenas sobre los sistemas normativos y de regulación social del pueblo o comunidad respectivo, con el fin de que sean aplicados en la solución del caso concreto y tenidos en cuenta en la toma de la decisión.

Por su parte el proyecto Piñacué mantiene la regla general establecida en el proyecto original de Asuntos Indígenas pero les atribuye además la facultad de juzgar conflictos en los que participen indígenas por adopción, de tal manera que a los jueces nacionales sólo les queda la competencia residual para conocer de los conflictos inter étnicos que sucedan por fuera del territorio indígena.

La mayor modificación que el proyecto Piñacué hace al original de Asuntos Indígenas respecto de las reglas de competencia, es que establece la preeminencia del factor personal frente al factor territorial, de tal manera que las

autoridades indígenas podrán conocer de aquellos asuntos sucedidos por fuera del territorio indígena siempre que en él participe un indígena de origen o por adopción. Esta nueva redacción significa una transformación del criterio establecido por la Constitución y en ese sentido resulta ser inconstitucional, pues el Art. 246 no contempla la posibilidad de que las autoridades indígenas administren justicia por fuera de sus territorios.

Por su parte, el proyecto Gaviria recoge las iniciativas anteriores y las ordena de una mejor manera siguiendo las orientaciones de la doctrina de la Corte Constitucional sobre el particular. El proyecto especifica los factores que determinan la competencia dando prioridad al factor territorial, lo que además de armonizar la legislación se aclara las reglas aplicables, y se garantiza que los individuos que se encuentran en el umbral de las jurisdicciones no se aprovechen de esta situación para su propio beneficio.

Una vez hecho esto el proyecto se ocupa de la definición de los criterios técnicos para determinar la competencia de las autoridades indígenas, para lo cual divide las reglas en dos apartados uno dedicado a los conflictos intra étnicos (las reglas generales) y otro dedicado a las reglas que regulan distintos conflictos inter-étnicos que se pueden presentar (las reglas especiales).

En cuanto a las reglas generales el proyecto Gaviria, retoma la regla establecida por el proyecto del Gobierno según el cual las autoridades indígenas conocen de conflictos intraétnicos sucedidos dentro de los respectivos territorios indígenas. La segunda regla general que recoge el proyecto Gaviria tiene relación con la atribución de competencia a las autoridades indígenas para resolver conflictos que se presenten al interior del territorio indígena en donde intervengan indígenas por adopción. Así mismo, el proyecto Gaviria establece una tercera regla general según la cual las autoridades indígenas tienen la facultad de asumir, si lo consideran conveniente, el juzgamiento de conflictos entre miembros de una comunidad indígena que sucedan por fuera del territorio indígena.

Respecto de las reglas especiales relativas a los conflictos interétnicos el proyecto Gaviria establece como regla general que los conflictos interétnicos sucedidos por fuera del territorio indígena serán conocidos por los jueces ordinarios, solamente que en este caso el juez tiene la obligación de hacer un juicio sobre la imputabilidad o inimputabilidad del participe indígena en razón al grado de diferencia sociocultural.

La segunda regla especial se refiere a los conflictos inter-étnicos sucedidos al interior de un territorio indígena en donde el causante de la infracción sea un indígena, caso en el cual, siguiendo la jurisprudencia constitucional se pueden presentar varias opciones: a) que los actos estén contemplados exclusivamente en el ordenamiento nacional, caso en el cual conocerá el juez nacional; b) si el caso está exclusivamente contemplado en la normatividad indígena en principio conocen las autoridades indígenas pero éstas deberán establecer si el que no es indígena debido a su diferencia cultural conocía y entendía la ilicitud de su conducta; por último, c) si la falta es considerada punible en los dos ordenamientos, el proyecto establece que prevalece la jurisdicción indígena cuyas autoridades deberán comunicar al juez nacional si asumen o no la competencia.

Por último, la tercera regla especial incluida en el proyecto Gaviria nos habla de los conflictos inter étnicos en donde la víctima es un indígena caso en el cual es competente para resolverlo el juez ordinario nacional.

Respecto al traslado de competencias los tres proyectos consagran la misma norma proveniente del proyecto original del Gobierno, en virtud de la cual las autoridades de los pueblos indígenas en ejercicio de su jurisdicción tienen la potestad de decidir no asumir un caso que de acuerdo con las reglas de competencia estudiadas les corresponda y remitirlo a la jurisdicción nacional cuando consideren que su conocimiento pone en riesgo su autoridad debido al no acatamiento de la decisión, *una grave alteración del orden público o social, o cuando exista un riesgo para la integridad cultural del pueblo indígena*. La única diferencia es que mientras en el proyecto de ley promovido por Asuntos Indígenas esta disposición se establece en una norma independiente, en los otros dos proyectos la disposición está redactada como un inciso de la norma sobre reglas de competencia.

En cuanto a las normas que regulan la solución de los eventuales conflictos de competencia entre la jurisdicción nacional y las jurisdicciones indígenas tenemos que los tres proyectos son prácticamente idénticos, salvados algunos detalles menores de redacción pues establecen que las conflictos entre autoridades de distintos pueblos indígenas serán resueltos en principio de acuerdo con los usos y costumbres de los respectivos pueblos, mientras que los que se presentan con las autoridades judiciales ordinarias serán resueltos

por la máxima autoridad administrativa del poder judicial colombiano: la sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.

En definitiva como queda reflejado en esta comparación que hemos hecho, aparte de su mayor solidez técnica la redacción de las reglas de competencia que contempla el proyecto Gaviria significa un gran avance en relación con los dos proyectos previos porque además de recoger en su integridad las reglas y principios desarrollados por la Corte Constitucional a lo largo de una década de difícil evolución, las ordena sistemáticamente y les otorga fuerza de ley, lo que no es baladí si tenemos en cuenta que termina con cualquier debate que aún pudiera subsistir dentro de los operadores jurídicos sobre el valor del pluralismo y la eficacia de los sistemas jurídicos indígenas respecto del ordenamiento jurídico nacional.

En cuanto al capítulo destinado a la definición de los mecanismos de participación de los indígenas en la confección del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial y a la determinación de los medios de financiación de la misma es el más importante de todo el proyecto, porque es el que refleja de manera práctica la articulación de jurisdicciones y el carácter intercultural del Estado ecuatoriano.

Sin la determinación de un presupuesto de gestión que incluya las necesidades de los pueblos indígenas y sin participación en las decisiones generales de la rama judicial no es posible que la jurisdicción indígena se consolide tanto como derecho colectivo autónomo de los pueblos indígenas así como parte de las funciones del Estado colombiano.

La relevancia de este capítulo se hace visible igualmente por el hecho de que este aspecto de la autonomía indígena no ha sido aún tratado por la jurisdicción constitucional ni por medio de decisiones de tutela; y por lo tanto no existe aún ninguna regla clara que regule la materia lo que hace urgente y necesaria la intervención del legislador ordinario, pues mientras no exista una norma que regule la distribución de los recursos destinados al funcionamiento de la jurisdicción indígena, ésta no podrá subsistir.

Y precisamente esa trascendencia se refleja en la unanimidad de los distintos proyectos. Específicamente al leer los artículos que institucionalizan la obligación de realizar consulta previa, al anteproyecto del plan de desarrollo de la rama judicial, el que establece las competencias compartidas entre las autoridades de los pueblos indígenas y la Contraloría General de la República

respecto del manejo y gestión de los recursos que el Estado transfiere para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena.

Sin embargo esta identidad no es completa. En el artículo que define la cuantía de los recursos que deberán ser transferidos a las autoridades indígenas para garantizar el funcionamiento de la jurisdicción especial hay diferencias: mientras el proyecto del gobierno obliga al Estado a destinar un monto fijo del presupuesto global de la rama judicial a la atención y desarrollo de la jurisdicción especial indígena, los proyectos Gaviria y Piñacué, eliminan esta precisión presupuestaria y la reemplazan por una alusión general al hecho de que el Gobierno Nacional deberá destinar recursos del presupuesto asignado a la Rama Judicial, para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena, sin especificar su cuantía. Una redacción de este tipo a primera vista pudiera parecer más técnica (lo cual facilita su discusión y aprobación), sin embargo no lo es porque no establece un monto mínimo garantizado de recursos, lo cual en momentos de dificultad presupuestaria puede llevar a que la participación sea poco menos que retórica.

En un contexto como el que vive Colombia donde los intereses tecnocráticos presionan para desmontar las escasas conquistas democráticas que la Constitución de 1991 trajo en relación con la descentralización del poder político, dejar la definición del monto de los recursos destinados al desarrollo de la jurisdicción especial a la libre negociación política, sin establecer mínimas garantías de equidad es un error que vulnera gravemente los intereses estratégicos de los pueblos indígenas, pues por desgracia actualmente la capacidad de presión política de los movimientos alternativos y específicamente del movimiento indígena ha decrecido sustancialmente lo cual significa que se deben fortalecer las garantías institucionales para garantizar la permanencia de los derechos colectivos de los indígenas y concretamente su derecho a la autonomía jurisdiccional.

V. Conclusiones

1. En el transcurso del presente ensayo se ha podido ejemplificar claramente el estado de la cuestión en relación con la autonomía jurisdiccional de los pueblos y comunidades indígenas en Colombia.
2. Un observador atento de la situación ecuatoriana podrá encontrar similitudes importantes, así como diferencias notables entre uno y otro proceso. Entre las similitudes que hacen pertinente el estudio del caso colombiano para ilustrar el debate ecuatoriano, encontramos fundamentalmente la identidad de modelo constitucional en uno y otro caso y el carácter pluriétnico e intercultural de los dos estados, es decir el carácter de estados constitucionales de derecho.
3. Un rasgo del nuevo modelo constitucional es la consagración formal de un sistema constitucional soportado en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales en todas sus versiones, incluyendo los “controvertidos” derechos colectivos de carácter étnico, cuyos titulares en Colombia son los pueblos indígenas.
4. En materia de fuentes del derecho la transformación ha sido igualmente radical, pues aparte del reconocimiento por primera vez en Colombia del carácter normativo de la Constitución, la Constitución colombiana al igual que la ecuatoriana de 2008 reconoce que en Colombia coexisten distintos sistemas jurídicos plenamente vigentes. En concreto, la actual Constitución colombiana reconoce que aparte del derecho estatal en Colombia existen otros derechos aplicables, entre los cuales sobresalen los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.

Propiamente la Constitución reconoce que para el caso de los indígenas en Colombia existen por lo menos tres órdenes normativos: a) la Constitución y la legislación nacional general que es perfectamente aplicable a los indígenas por ser estos ciudadanos colombianos con la totalidad de los derechos y las obligaciones reconocidos; b) la legislación indígena nacional que tiene un carácter especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que se aplica a los indígenas exclusivamente, como parte de las políticas de discriminación positiva del Estado hacia las minorías indígenas marginadas, dentro de la

- cual es importante resaltar el reconocimiento de los derechos constitucionales colectivos e individuales especiales, necesarios para llevar adelante el proyecto de nación plural que supuestamente se quiere construir en Colombia; y lo que es más importante, c) los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas, creados alrededor de sus cosmovisiones, los cuales han sido aplicados ancestralmente.
5. Como puede deducirse fácilmente, este reconocimiento significa que en el caso colombiano, no existe razón para que en Ecuador no suceda algo similar, se ha dado un paso de gigante en la eliminación del “*estatus colonial*” que aflige aún a los pueblos indígenas, pues de la antigua consideración legal de los indígenas como “salvajes” objeto de civilización o en el mejor de los casos como “portadores de una identidad cultural minimizada y anacrónica” y por lo tanto, objeto de integración paulatina a la modernidad capitalista, se ha pasado al reconocimiento constitucional pleno de su condición de sujetos de derechos; derechos que en este caso no se predicán de las personas individualmente consideradas, sino de los pueblos indígenas entendidos como sujetos colectivos.
 6. Ahora bien, como se manifiesta en la jurisprudencia analizada en el texto después de la promulgación de la constitución de 1991, los jueces colombianos se están viendo abocados a dejar de lado la construcción dogmática elaborada por el constitucionalismo de inspiración francesa por su falta de operatividad en contextos multi-culturales y aceptar que existen derechos que tienen reglas y garantías procesales distintas a las de los derechos liberales estrictamente considerados.
 7. Es importante reseñar que en estos desarrollos el máximo tribunal constitucional colombiano, aparte de recoger las indicaciones del derecho internacional de los derechos humanos sobre el tema, ha tomado en consideración las soluciones dadas en los debates sobre la gestión de la interculturalidad que en los últimos 20 años se han desarrollado en el mundo académico anglosajón y por eso en la doctrina constitucional y en las demás providencias judiciales sobre la cuestión se puede observar tanto soluciones basadas en el escepticismo, es decir en la profunda convicción de la imposibilidad de co-

- municación entre las distintas culturas presentes en el territorio colombiano, y que por lo tanto propugnan la no intervención en los asuntos propios de los pueblos indígenas, como posiciones que han asumido la alternativa comunicativa y por lo tanto creen que en el plano del derecho es perfectamente posible la interrelación entre culturas jurídicas tan diversas como la constitucional propia de la sociedad mestiza mayoritaria colombiana y las múltiples culturas jurídicas indígenas a las que se ha hecho referencia en este trabajo.
8. Ahora bien, en el texto se ve perfectamente reflejado que la aceptación de la posibilidad y necesidad del diálogo intercultural no resuelve por sí solo el problema de cómo hacerlo, puesto que hay varias maneras de realizar ese diálogo entre culturas: i) en primer lugar están quienes consideran que aunque el diálogo es un valor, existen posiciones de principio que no están sujetas a él. Para los defensores de esta postura en el caso colombiano ese ámbito de intangibilidad no negociable estaría constituido por el catálogo de derechos fundamentales reconocido en la Constitución, de tal suerte que a la hora de ponderar el valor de los elementos jurídicos de una y otra cultura el único límite es el respeto a ese catálogo; ii) otra solución más moderada también asume como posible el diálogo y cree que este diálogo tiene límites pero considera que esos principios básicos intangibles pueden ser relativizados y asumir un contenido distinto al original una vez se enfrentan a su uso en un contexto cultural diferente; y por último, iii) hay quienes creemos el diálogo entre culturas no sólo es posible y necesario sino que además consideramos que debe estar soportado en la creencia de la igualdad fundamental entre culturas y sistemas jurídicos y por lo tanto no impone ningún límite al diálogo.
 9. En el análisis de la jurisprudencia se puede observar como el derecho judicial que ha producido la Corte Constitucional en relación con los derechos colectivos de las minorías étnicas y concretamente de los pueblos indígenas ha venido evolucionando lentamente desde posturas cercanas a la primera opción liberal escéptica con las posibilidades del multiculturalismo hasta posiciones muy cercanas al relativismo moral moderado y en ese sentido al leer la jurisprudencia

cia de la Corte respecto de los derechos especiales de los indígenas se puede comprobar que la tercera opción explicada aún no ha sido aceptada por el máximo tribunal constitucional colombiano, pero constituye el punto de llegada deseable en la evolución de las relaciones jurídicas entre la sociedad mayoritaria y los pueblos indígenas.

10. En definitiva actualmente el diálogo entre las distintas culturas jurídicas presentes en el territorio colombiano se basa en una comprensión amplia e intercultural del catálogo de los derechos reconocidos en la Constitución, comprensión intercultural que ha significado, una reelaboración del contenido mismo de los derechos constitucionales cuando estos son aplicados en ámbitos étnica y culturalmente diferenciados.
11. Ahora bien, es obvio que las importantes transformaciones que han sufrido la teoría constitucional colombiana a partir de 1991 no son suficientes para cambiar la cultura jurídica tradicional aún imperante entre los operadores jurídicos, pues no ha sido suficiente para garantizar la consecución de la plena igualdad material de todos los colombianos y especialmente de aquellos que hacen parte de las minorías culturales y étnicas. Es evidente por ejemplo que la excesiva dependencia actual de los derechos indígenas de los frágiles mecanismos procesales establecidos en la Constitución es muy peligrosa para la estabilidad de las conquistas teóricas y culturales que se expresan en la Carta Política.
12. Ante este peligro y en la medida en que actualmente no existen en Colombia herramientas normativas de origen legal que recojan la doctrina constitucional vigente en materia de derechos indígenas habría que pensar, en la necesidad de convertir en leyes las reglas jurídicas creadas por la Corte Constitucional al respecto, más aún si tenemos en cuenta que en su espíritu iconoclasta el Gobierno colombiano actual quiere modificar la Constitución para limitar al máximo el poder normativo del máximo tribunal constitucional del país.

VI. Bibliografía

- Gutiérrez Beltrán, Mauricio, *El Bloque de Constitucionalidad conceptos y fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- Montaña Pinto, Juan, “La Función Judicial y la Justicia Indígena en la nueva Constitución Ecuatoriana”, en VVAA., *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
- , “Elementos de un diálogo”, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Ministerio del Interior, Bogotá, 1997.
- Sánchez Botero, Esther, *Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2004.
- Sánchez Botero, Esther, y Jaramillo Sierra, Isabel, *La Jurisdicción Especial Indígena*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000.
- Triana, Adolfo, *Grupos étnicos, derecho y cultura*, Ediciones FUNCOL, Bogotá, 1987.
- Vasco Uribe, Luis, “Acompañando la Organización y las Luchas Indígenas”, en *Entre selva y páramo, viviendo y pensando la lucha indígena*, Instituto Colombiano de Antropología, Bogotá, 2002.
- , “Nacionalidades Indígenas y Estado en Colombia”, en *Entre Selva y Paramo: Viviendo y pensando la lucha indígena*, Instituto Colombiano de Antropología, Bogotá, 2002.
- Vásquez Luna, Miguel, (compilador), *Derechos de los Pueblos Indígenas de Colombia*, Tomo 1, Ministerio del Interior de Colombia, Bogotá, 1998.

Legislación

Ley 89 de 1890.

Jurisprudencia

Corte Constitucional Sentencia C-139 de 1996.
Corte Constitucional Sentencia T-266 de 1999.

Corte Constitucional Sentencia T-254 de 1994.

Corte Constitucional Sentencia T-510 de 1998.

Corte Constitucional Sentencia T-384 de 1994.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 18 de Septiembre de 1984, M. P., Luis Enrique Aldana Rozo.