

ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA*

Jacqueline Blanco Blanco**
Universidad Libre. Bogotá D.C.

RESUMEN

El presente artículo es resultado de la investigación denominada “La Jurisdicción Especial Indígena, más allá del mandato constitucional”, cuya hipótesis está planteada, desde el Estado, para mostrar que la operatividad o el cumplimiento de los derechos especiales y fundamentales entre las comunidades indígenas colombianas ha venido aplazándose cada vez más por múltiples razones (de tipo económico y político, esencialmente); pero, si además no se asume el compromiso de lo consignado, gran parte de la población no alcanzará al disfrute de estos beneficios que el Estado Liberal de 1991 les otorgó.

El objetivo general es identificar los elementos que han propiciado el no cumplimiento del 246 constitucional, o sea, el no desarrollo pleno de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, sus más grandes limitaciones, y por supuesto, sus más importante logros. Para ello la investigación debió seguir tres momentos específicos plasmados en el texto a manera de capítulos. El primero, denominado “Logros y limitaciones de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia”; el segundo, “Implicaciones del conflicto armado interno en el desarrollo y evolución de la jurisdicción especial indígena en Colombia”; y el tercero, y que

Fecha de recepción del artículo: 10 de abril de 2007.

Fecha de aceptación del artículo: 22 de abril de 2007.

* Este artículo corresponde al tercero y último informe de avance de la investigación *Pluralismo Jurídico en Colombia: La Jurisdicción Especial Indígena*, correspondiente al macro proyecto *Historia de la Nación Colombiana, el reconocimiento de las minorías étnicas*, de la línea de investigación Historia del Derecho en Colombia, desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá.

** jblanco_investiga@unilibre.edu.com. Licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Libre, Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la misma Universidad, Magíster en Historia de la Universidad Industrial de Santander, estudiante de Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; docente e investigadora del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Bogotá y directora del grupo de investigación Historia del Derecho en Colombia, Categoría A en COLCIENCIAS. El presente artículo se elaboró con la participación de los estudiantes CARLELI CARREÑO INFANTE, KAREN ADRIANA PACHÓN MAHECHA, DEYI PAULIN ALBA NARANJO, YIMI AREVALO TORRES, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ, MÓNICA LILY SERRATO MORENO, CIELO CAROLINA RINCÓN REYES, JORGE YESID BAHAMÓN, estudiantes de último año de derecho quienes desarrollaron su trabajo de grado sobre la temática que se expone y formaron parte de esta investigación; también participó KAROL PIERANGELLY SALINAS LÓPEZ, miembro del semillero de investigación.

Jacqueline
Blanco Blanco

se presenta en este texto, “Administración de justicia en la Jurisdicción Especial Indígena”, establece la administración judicial como primer elemento constitutivo de la autonomía indígena, su situación frente a la justicia nacional, su verdadero grado de autonomía, su regulación interna, y la existencia o no del denominado “pluralismo jurídico”.

Teóricamente se siguió a J. Habermas y W. Kimlycka, desde una perspectiva integracionista que no niega la necesidad de la vinculación cultural, pero que no implica el desarraigo o la aculturación, por el contrario, vista desde la posibilidad de la participación social de los grupos étnicamente minoritarios en una cultura mayoritaria de la cual necesita conocer y estar atenta para reclamar y formar parte de sus agendas y proyectos, y para recibir los beneficios que como nación les corresponde, sin abandonar sus raíces culturales que tanto les identifican, y que a nosotros nos definen.

Metodológicamente se recurrió al análisis, la síntesis y la crítica, como métodos permanentes a lo largo de todo el texto; a la hermenéutica, que permitió el trabajo jurisprudencial y normativo; al histórico, que dio lugar al reconocimiento del problema con algunos elementos de causalidad; y, como parte del método práctico, a la entrevista, como instrumento que permitió validar de viva fuente cada una de las afirmaciones que se anotan, contrastando la realidad con la teoría.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo, justicia, derecho, autonomía.

ABSTRACT

The present article is product of the denominated investigation “Indigenous the Special Jurisdiction, beyond the constitutional mandate”, whose hypothesis is raised, from the State, to show that the operativity or the fulfillment of the special and fundamental rights between the Colombian indigenous communities has come postponing itself more and more for multiple reasons (of economic and political type, essentially); but, if in addition the commitment of the briefed thing is not assumed, great part of the population will not reach to the benefit of these benefits that the Liberal State of 1991 granted to them.

The general mission that oriented the investigation looks for to identify the elements that have caused the nonfulfillment of the 246 constitutionalist, that is, the nondevelopment of Indigenous the Special Jurisdiction in Colombia, his greater limitations, and by its more important position, his profits. For it the investigation had to follow three moments specific, shaped in the text to way of chapters. First, denominated “profits and limitations of Indigenous the Special Jurisdiction in Colombia”; the second, “implications of the conflict armed internal in the development and evolution of indigenous the special jurisdiction in Colombia”; and third, and that appears in this text, “Administration

of justice in indigenous the special jurisdiction”, establishes the judicial administration like first constituent element of the indigenous autonomy, its situation as opposed to national justice, its true degree of autonomy, its internal regulation, and the existence or not of denominated “legal pluralism”.

Theoretically it was followed J. Habermas and W. Kimlycka, from a integracionista perspective that does not deny the necessity of the cultural entailment, but that does not imply the uprooting or the aculturación, on the contrary, Vista from the possibility of the social participation of the ethnically minority groups in a majority culture of which it needs to know and to be kind to demand and to form part of his agendas and projects, and to receive the benefits that as nation corresponds to them, without leaving its cultural roots that as much they identify to them, and that to us they define to us.

Methodologically one resorted to the analysis, the synthesis and the critic, like permanent methods to long it of all the text; to the hermenéutica, that allowed the jurisprudencial and normative work; to the historical one, that it gave rise to the recognition of the problem with some elements of causality; and, like part of the practical method, to the interview, like instrument that allowed to validate of alive source each one of the affirmations that are written down, resisting the reality with the theory.

KEY WORDS

Pluralism, justice, right, autonomy.

INTRODUCCION

Antes de la Constitución de 1991, Colombia se presumía homogéneamente cultural y expedía directrices de carácter nacional bajo el concepto de “oficiales”, dos de las más importantes eran el idioma y la religión; por su parte, la construcción jurídica se hacía bajo tendencias “seudo liberales” que regían y ordenaban la nación monocultural, sin espacio alguno a las singularidades culturales, religiosas, sexuales, étnicas, entre otras muchas. La consolidación del Estado–Nación colombiano fue más de corte autoritario y radical, desatendiendo por muchos años a quienes no formaran parte de la homogeneidad consignada en la Constitución de 1886, que bajo la denominación y puesta en práctica del concepto de minorías se les trató como a tales, con sentido exclusionista, por fuera de toda agenda de gobierno.

La Constitución Política de 1991, estableció la heterogeneidad como un punto de partida hacia la definición de su propia identidad y como una vía para la consolidación de la paz a partir del respeto por las diferencias. El artículo 7o constitucional declara que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, ello es suficiente para seguir encontrando, a lo largo del mismo texto constitucional, una suma de novedades socio políticas que rescata el papel de las denominadas “minorías” en la Nación y en el Estado colombiano. Una de las más importantes implicaciones de este artículo 7º tiene que ver con la adopción del pluralismo

Jacqueline
Blanco Blanco

como nuevo marco regulador de las relaciones internas entre los grupos diferenciados, y con él, el logro de la autonomía administrativa pública y jurídica, como ejes centrales de desarrollo y consolidación de los procesos sociales venideros.

El presente artículo analiza y muestra los alcances y las limitaciones de la denominada autonomía jurídica al interior de la Jurisdicción Especial Indígena, su relación con la justicia ordinaria y su grado de consolidación frente al concepto de pluralismo jurídico. La hipótesis central de este artículo, que corresponde a la última parte de la investigación descrita en el resumen, se encuentra en el evidente estado de sujeción que conserva la justicia indígena frente a la justicia nacional, o mejor denominada justicia especial, si se atiende a que su autonomía no debe superar los marcos constitucionales establecidos en el 246, pero si se observa la poca preocupación del Estado por establecer unos parámetros de coordinación efectivos que permitan su real operatividad con sentido de independencia a partir de sus costumbres y de su cultura, es decir, revisar la funcionalidad del concepto de pluralidad jurídica a partir de los logros y dificultades que ha presentado la justicia indígena a lo largo de 16 años de existencia, es su objeto general.

1. EL MARCO LEGAL DE LA AUTONOMÍA JURÍDICA EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

El marco legal general que establece el reconocimiento de los

indígenas colombianos como sus nacionales, parte del preámbulo y está expresamente contemplado en el artículo 13 como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho, atendiendo específicamente al derecho a la igualdad como diferenciación. El artículo 13 apoyado en el artículo 7° (sobre el reconocimiento a la diversidad cultural y étnica) contempla el tratamiento diverso a situaciones diferentes y pasa a denominarse “diferenciación positiva”.

El reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural de los indígenas colombianos se halla contemplado constitucionalmente en los artículos 7; 10 y 68 en el inciso 5 (sobre el bilingüismo y la etnoeducación); 8 y 19 (libertad de cultos); 246 (autonomía jurisdiccional); 72 (defensa del patrimonio cultural); 70 (igualdad y dignidad de sus culturas como fundamento de la nacionalidad); 63 y 286 (sobre derechos territoriales); 79 y 80 (relativos al medio ambiente y la explotación de recursos naturales); 171 y 96, literal c (derechos políticos y sociales); y 357 (derechos económicos).

El artículo 246 constitucional consagra el derecho a la autonomía jurídica, gubernativa y administrativa de los territorios indígenas, enfatizando que su marco es la Constitución Nacional; igualmente es contenida en la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, que establece, en principio, los niveles de dependencia al sistema jurídico nacional.

En razón al carácter nacional de la administración de justicia la Ley

270, en su artículo 1º, establece que “la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargado por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional”; por lo tanto, el Art. 2º garantiza el “acceso de todos los asociados a la administración de justicia”, con miras a favorecer a la población más vulnerable y desfavorecida. “La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia”, según el artículo 5º, es decir que, es libre para determinar las decisiones y criterios que le convengan a los sujetos de su acción.

La Rama Judicial del Poder Público en Colombia está descrita en el Art. 11 de la ley 270, a partir de los órganos que componen cada una de las jurisdicciones:

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

el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción. [...] Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.

La autonomía jurisdiccional indígena en materia de administración de justicia, está descrita en la Sentencia T-048 de 2002 de la Corte Constitucional, dejando muy en claro que las autoridades indígenas solo pueden aplicar justicia dentro de sus territorios, de acuerdo a sus normas, usos y costumbres. La existencia de 90 grupos indígenas nacionales¹ indica que si la administración de justicia se hace teniendo en cuenta estos tres elementos, cada

¹ Según datos presentados por el Defensor del Pueblo Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas, Dr. Gabriel Muyuy, en una conferencia presentada en la “Semana por los Derechos Humanos” en la Universidad Militar Nueva Granada, octubre 25 de 2006, son 90 los pueblos indígenas que existen en Colombia, ubicados en 30 departamentos y en 460 municipios, con una población superior al millón de habitantes, según censos indígenas.

Jacqueline
Blanco Blanco

grupo tendría una forma específica de ejercer control y autoridad correspondiente a sus propias características, lo cual dificulta una propuesta de coordinación eminentemente técnica por parte de la justicia especial indígena.

El decreto 2164 de diciembre 7 de 1995 reconoce la figura de la Autoridad tradicional y la de los Cabildos indígenas. A la primera, la define como “los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social”; a la segunda la define como “una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamentos internos de cada comunidad”².

Los Cabildos suelen ser la idea más generalizada que se tiene de administración indígena en Colombia, como entidades de carácter público fueron reconocidos desde 1890 por la Ley 89. Sus miembros son personas nombradas para representar la autoridad, los cargos que lo componen son el de Gobernador Principal, Gobernador Suplente, Alcalde Mayor o Capitán,

Secretario, Tesorero y Alguaciles; bien se podrá encontrar algunas variaciones al interior de algunos grupos pero su estructura general es la indicada³.

El Art. 246 de la C. P. contiene cuatro elementos centrales de la Jurisdicción Indígena en el ordenamiento constitucional: “1. la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; 2. la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios; 3. la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley; 3. 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 -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional”⁴.

El marco legal que ampara el desarrollo de la jurisdicción indígena deja sin posibilidades de intervención en ella a cualquier tercero que pretenda interferir en la esfera de este gobierno especializado, es decir que ni el gobierno nacional ni

² Decreto 2164 de diciembre 7 de 1995, artículo 2.

³ ASOCIACION DE CABILDOS DEL NORTE DEL CAUCA ACIN. En: www.nasaacin.net

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139/96 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

las autoridades eclesiásticas, que tuvieron autoridad sobre las comunidades según les fue otorgada por la ley 89 de 1890, están autorizadas para involucrarse en este nuevo espacio de autonomía.

Si bien es cierto, el Congreso de la República no ha cumplido con la tarea constitucional de establecer la Ley de Coordinación de Justicia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial, le ha correspondido a la Corte Constitucional, al Consejo Superior de la Judicatura y a los altos Tribunales, determinar los límites y las fronteras de la justicia especial indígena a partir de hechos particulares que se han venido presentando de manera expedita, clara, y con una visión interdisciplinaria, que intenta acercarse con respeto a la solución del problema. El Congreso, muy confiado en la anotación constitucional acerca de que no se necesita una ley de coordinación para que rija la justicia especial, ha venido entregando su responsabilidad a las Cortes para que sean ellas quienes precisen de manera paulatina los elementos fundamentales que la ley no ha podido determinar:

No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de

tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo⁵.

Igualmente le ha correspondido a la Corte, establecer los parámetros de autonomía de las autoridades indígenas y ratificar o corregir sus fallos, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales y principios constitucionales, porque tampoco hay coordinación entre la autonomía que sus normas, usos y costumbres les permiten, y las normas internacionales sobre Derechos Humanos.

El pluralismo jurídico en Colombia estriba en la autonomía concedida a las jurisdicciones indígenas en materia de administración judicial, pero, el derecho propio que al interior de las diferentes comunidades se practica debe estar en directa correspondencia con el precepto constitucional, de manera que si no se halla identificada la frontera de la autonomía indígena, la Corte Constitucional va a tener que seguir precisando una y otra vez los elementos particulares que surjan de estos conflictos, y las autoridades indígenas no van a poder desarrollar su autonomía con arreglo a unos fines comunes sino a unas características que, por propias, en cualquier momento son objeto de revisión de la justicia ordinaria y

⁵ IBID.

Jacqueline
Blanco Blanco

por ende, los fallos de ésta sujetos a su derogación o confirmación.

El reconocimiento a la pluralidad jurídica presenta otro elemento de discusión, distinto a todos los que plantea la falta de una Ley de Coordinación de Administración de Justicia entre las jurisdicciones ordinaria e indígena; y es el que tiene que ver con la independencia entre una jurisdicción (ordinaria y especial) y otra, sin desconocer la sujeción a que llama el 246 constitucional.

Si se pregunta si pueden haber varios sistemas jurídicos en el país, mi respuesta es que no. Puede haber varias, muchas prácticas jurídicas, tantas cuantas culturas haya, cuantos pueblos existan, incluso cuantas diferenciaciones regionales puedan darse. Pero si por sistema jurídico se entiende el conjunto de normas establecidas en la Constitución y en las leyes fundamentales del país, que nos implican a todos los ciudadanos, entonces solo hay un sistema Jurídico en el Ecuador y no puede haber sino uno solo. Ese sistema jurídico tiene que reconocer las diversidades, pero no por eso deja de ser único, ni por eso deja de ser aplicable a todos los ecuatorianos. Porque si no hubiera un solo sistema jurídico en el país o un solo orden jurídico, para ser más exactos, entonces no seríamos iguales ante la ley⁶.

Las palabras del autor, llevadas al caso colombiano, son precisas en cuanto a que la limitación que establece el 246 en materia de autonomía de la jurisdicción especial indígena apunta a enmarcar el desarrollo de ésta dentro de los lineamientos constitucionales generales. La pertenencia de las dos prácticas judiciales a un mismo sistema de ordenamiento nacional tiene como consecuencia la necesidad de establecer, más que los límites, los puntos de coordinación dado que, y visto de manera general, las determinaciones que el Congreso toma también afectan a las comunidades indígenas, esto es, que si bien algunas de sus prácticas corresponden a su autonomía, sus derechos y deberes se encuentran enmarcados dentro de los lineamientos nacionales constitucionales que no pueden desconocerse, es decir que no se trata de un sistema paralelo sino de un sistema especializado del sistema de justicia nacional.

Sin embargo, la Corte ha dicho en la sentencia T-523/97 que “al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias [...]. El conflicto de competencias es planteado por el mismo actor indígena, quien niega la autoridad del cabildo y reclama los derechos que se otorgan a cualquier ciudadano dentro de la justicia ordinaria, en especial el

⁶ AYALA MORA, Enrique. El derecho ecuatoriano y el aporte indígena. En: SALGADO, Judith. *Comp. Justicia Indígena. Aportes para un debate*. Universidad Andina Simón Bolívar. Embajada Real de los Países Bajos. Quito, Ecuador: Ediciones ABYA – YALA, 2002, p. 107.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523/97. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

de ser asistido por un abogado”⁷. Se ratifica la autora en este punto, teniendo como soporte el artículo 246 que enmarca la jurisdicción Especial Indígena dentro de los parámetros constitucionales, de tal manera que es evidente la existencia de un sistema jurídico único con atención especial a los grupos indígenas nacionales en el sentido de preservar su cultura y su etnia; sin embargo, este reconocimiento va en contra del concepto de “pluralismo jurídico” que indica la “coexistencia de varios sistemas jurídicos” dentro de un mismo Estado; por ahora podría hablarse más de un sistema especializado de la justicia nacional.

2. ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA JURÍDICA

2.1 Las Cortes Nacionales a favor de los Derechos Fundamentales de los Indígenas, incluso, so- bre los derechos colec- tivos y su cosmovisión

La C. P. de Colombia consagra en el artículo 7 el reconocimiento, promoción y defensa del carácter pluriétnico y multicultural de su nación; al igual que establece una serie de derechos específicos de carácter colectivo que contribuyen al cumplimiento de lo allí establecido: obligación del Estado y de los particulares a proteger las riquezas naturales y culturales; el reconocimiento a la existencia y práctica de un idioma diferente

al español; igualdad y dignidad para las diferentes culturas que habitan el territorio y el derecho a conformar la circunscripción especial para la elección nacional de senadores y representantes; ejercer funciones administrativas autónomas dentro de su ámbito geográfico, siempre enmarcadas en la Constitución de 1991; propiedad colectiva sobre sus resguardos; derecho a la educación, salud, recreación, vivienda, etc.

El artículo 246 constitucional establece la Jurisdicción Especial Indígena que otorga facultades autónomas de administración a los miembros de los grupos étnicos en su respectivo territorio, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento nacional. Dicha autonomía, ha dicho la Corte, se refiere a la “posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción con el sistema judicial nacional”⁸. Se trata de una autonomía relativa frente a un sistema nacional jurídico al cual debe corresponder en uso de su nacionalidad.

La coordinación judicial que estableció la C.P. para la Jurisdicciones Especial y Ordinaria, incluye el reconocimiento que la primera debe hacer a los tratados internacionales que sobre Derechos

⁸ CORTE CONSITTUCIONAL. Sentencia C 139 DE 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 349/1996 Y T 523/1997.

Jacqueline
Blanco Blanco

Humanos haya firmado Colombia; además de unos mínimos éticos⁹ a que deben sujetarse las autoridades indígenas, referidos al derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas, de acuerdo con las características de cada comunidad. Desde una óptica liberal de los derechos de las minorías étnicas en Colombia y, en palabras de Kymlicka, la coordinación de la justicia especial indígena y la justicia ordinaria debe formularse a partir de una serie de elementos internos tendientes a la preservación, unidad y estabilidad del grupo (restricciones internas), y a partir de elementos externos que protejan a estas minorías de las decisiones políticas, económicas y culturales adoptadas por las mayorías y que al no corresponder a sus particularidades se convierten en una amenaza¹⁰.

Frente al concepto de restricciones internas la Corte determinó la regla de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, y una regla de minimización de las restricciones¹¹, con el objeto de limitar la autonomía de las autoridades cuando se trate de salvaguardar un interés superior al cultural, esto es, el derecho a la vida, las prohibiciones de esclavitud y tortura, y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; de tal manera que el derecho a la singularidad cultural se ve limitado cuando exista afectación a un principio fundamental de

carácter constitucional de uno o algunos de los miembros de la comunidad indígena. Por otra parte, corresponde al juez constitucional argumentar con suficiencia el enunciado de preferencia adoptado frente al carácter no absoluto con que deben ser asumidos los valores materiales, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que se consagran en la C.P.

La autonomía jurídica que ha conferido el 246 a las comunidades indígenas hace también referencia a los casos en que un miembro de la comunidad comete un delito al interior de su espacio natural en persona de uno de sus asociados, fuera de él, o en persona no indígena. Para el primer caso, la autonomía refiere el tratamiento por parte de las autoridades especiales conforme a sus leyes y a su cultura; para el segundo, si bien es cierto que corresponde al ámbito de la justicia ordinaria, el juez penal deberá tener en cuenta si la conducta fue cometida en conocimiento del acto por parte del sindicado, de lo contrario, éste deberá ser devuelto a su comunidad para ser juzgado conforme a su propio medio y su propio mundo; también deberá tener en cuenta el juez penal que la conducta que se busca sancionar no esté sancionada en ambos ordenamientos, para el caso contarán las culturas involucradas y el grado de aislamiento o integración que el sindicado posea frente a la cultura

¹⁰ KYMLICKA, Will. La Política Vernácula. Ob. Cit.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T – 349/99. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

en la que cometió el ilícito. Sin embargo, los indígenas juzgados y sancionados por dictamen de la justicia ordinaria pueden recurrir a acciones de tutela en caso de no cumplirse el debido proceso, o en caso de conflictos de competencia, con el fin de determinar si el indígena se encontraba o no protegido por el fuero. Los conflictos de competencia que se presenten entre la Justicia Especial Indígena y la Justicia Ordinaria deben ser resueltos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura¹².

Algunas sentencias y providencias han sido proferidas por la Corte Constitucional, obrando sobre las decisiones internas de la Justicia Especial Indígena, por lo que anteriormente se denominó reglas de maximización y minimización de la autonomía de las autoridades por la afectación a un principio fundamental constitucional, en esta medida la Corte ha entrado en defensa de los derechos fundamentales, indistintamente su pertenencia o no a una comunidad indígena. El siguiente caso constituye un ejemplo al respecto:

El 11 de febrero de 1999, en el hospital de Sarare de Saravena, nacieron los gemelos Keila Cristina y Juan Felipe Aguablanca Correa, hijos de Arturo Aguablanca y Marciana Correa, miembros de la comunidad U'wa.

Dos días después, esto es el 13 de febrero de 1999, los menores fueron trasladados del mencionado hospital al Centro de Salud de Curbará, en donde el padre manifestó que deseaba dejarlos allí, pues le era imposible llevarlos al seno de su comunidad, dado que la misma repudiaba los nacimientos múltiples por considerar que éstos la contaminaban, siendo la tradición que una vez se presente el parto, los niños sean dejados en el lugar de nacimiento para que la “madre naturaleza se encargue de ellos¹³”.

Tal situación conllevó a que los menores fueran entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., y a solicitarle al padre la firma para la autorización de la adopción de sus hijos. El 16 de febrero de 1999, los menores fueron entregados por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena, en colocación familiar provisional, a Ulmery Janeth Peñaranda Novoa.

Ante la presión de los medios, y con el fin de continuar con la medida de protección provisional adoptada, el 25 de febrero la Defensora de Familia del Centro Zonal de Saravena, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 del Código del Menor, le solicitó al asesor jurídico de la Asociación de Autoridades Tradicionales U'wa que conceptuara sobre la situación de los menores:

¹² Ley 270 de 1996, artículo 112.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T – 030 DE 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

La Dirección General de Asuntos Indígenas, con fecha 5 de mayo de 1999, emitió el concepto No. 1513, en el cual, previo un breve análisis sobre las características culturales y las condiciones sociales del pueblo de los U'wa, reitera que dicha comunidad considera que los niños nacidos con graves defectos físicos o en partos múltiples, no son hijos del dios Sira (creador del mundo U'wa), y por lo tanto son de una raza diferente que los hace improductivos y portadores de enfermedades, por lo que su presencia los "contamina", motivo por el cual la tradición ordena que éstos se dejen en el lugar de nacimiento para que la naturaleza se encargue de recogerlos.

En el mismo documento advierte la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que no le es posible emitir concepto de fondo sobre la situación de los menores, como lo ordena la ley, dado que la comunidad U'wa, representada por el Presidente del Cabildo Mayor y su asesor jurídico, le comunicó a dicha dependencia, que con base en las normas de la Constitución, del Código del Menor y de los tratados internacionales suscritos por Colombia, ellos habían tomado la decisión de que transitoriamente (al menos por siete meses), los gemelos permanecieran bajo el cuidado del I.C.B.F., tiempo durante el

cual adelantarían las consultas pertinentes al interior de la comunidad, con base en las cuales adoptarían una decisión definitiva.

Concluye el Director de Asuntos Indígenas, señalando que el concepto que emita debe estar muy bien sustentado, pues debe garantizársele a los niños que de darse el proceso de adopción, éste no implique el desarraigo de su comunidad de origen ni de su cultura; anota, que la cultura U'wa tiene autoridades propias, sistemas de control social y mecanismos para la resolución de sus propios conflictos, que les permiten decidir sobre las situaciones que afecten a los miembros de su comunidad, las cuales deben ser tenidas en cuenta, de conformidad con lo ordenado por la Constitución y la ley¹⁴.

La Defensora delegada para Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas, respaldó la solicitud presentada por las autoridades tradicionales del pueblo U'wa al I.C.B.F., para que este último se abstuviera de entregar en adopción a los menores hasta tanto no se lograra una determinación definitiva en consulta interna que se realizaría al interior de la comunidad. Por su parte, la Defensora de Familia encargada del asunto en Bogotá advirtió que en siete meses que se había solicitado para la consulta

¹⁴ IBID.

interna se estaba incurriendo en la negación a los menores de gozar de una familia y de los cuidados que ésta les prodigara, que si bien se había abstenido de iniciar los trámites tendientes a la declaratoria de abandono, lo que se buscaba era establecer medidas de protección efectivas a los niños.

La directora y representante legal de la Casa de la Madre y el Niño, a donde habían sido llevados los gemelos el día 4 de marzo, interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, la que fue radicada el 8 de junio, y en la cual solicitaba protección inmediata de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a tener una familia, igualmente:

solicitó al Juez Constitucional de primera instancia, que impidiera el regreso de los menores a la comunidad U'wa, pues el mismo, según ella, implicaría exponerlos a graves amenazas contra su vida, a torturas y a tratos crueles e inhumanos o degradantes. Así mismo, que se ordenara a Bienestar Familiar declarar el abandono de los menores, con el fin de iniciar el proceso de adopción, y como medida provisional, que se negara la petición de traslado a Saravena, dado el delicado estado de salud de los menores, para lo cual adjuntó varias certificaciones médicas que se refieren a su estado de salud¹⁵.

Mediante sentencia proferida el 23 de junio de 1999 la Sala Civil – familia del Tribunal Superior del Distrito Superior de Cúcuta tuteló los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la salud y a tener una familia; igualmente tuteló los derechos de los gemelos y le ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar continuar con la definición legal de los menores.

El presidente del Cabildo Mayor U'wa, Roberto Pérez Gutiérrez, impugnó la decisión con los siguientes argumentos:

Manifiesta el impugnante, que si bien en principio su tradición les indicaba que este tipo de nacimientos múltiples era contrario a las leyes de la naturaleza, en la actualidad y específicamente frente al caso de los gemelos Aguablanca, sus padres, las autoridades tradicionales de la comunidad y ésta en general, en ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos, reconocido expresamente por nuestra Constitución y nuestra leyes, decidieron “analizar profundamente el hecho a fin de no violar los preceptos normativos vigentes, razón que obligó a esta asociación a solicitar al ICBF Saravena, tener en protección a los menores por el término de siete meses... sin que a la fecha se tenga respuesta alguna.

¹⁵ IBID.

Jacqueline
Blanco Blanco

Que a través de posteriores escritos, uno fechado el 19 de mayo y otro el 31(sic) de junio de 1999, las autoridades tradicionales de la comunidad U'wa informaron al ICBF, y al mismo despacho del *a-quo*, del desarrollo de la situación, propendiendo “por proteger los derechos de los menores, de los padres y... el derecho a la integridad familiar, el cual es fundamento de la sociedad colombiana”.

Las decisiones de las autoridades tradicionales, de los Cabildos indígenas y de los entes que conforme a las leyes son los representantes legales de los pueblos indígenas, señala el impugnante, “deben tenerse en cuenta al momento de tomar decisiones administrativas y/o judiciales”. En virtud de lo expuesto y en su calidad de Presidente del Cabildo Mayor de la Asociación U'wa, el impugnante solicita que se acoja la petición¹⁶.

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, conoció de la impugnación contra el fallo del *a-quo* y decidió confirmar la decisión apelada.

Por revisión la Corte Constitucional conoció el caso y resolvió confirmar la sentencia de la Sala de decisión Civil-familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, la que a su vez, había sido

confirmada por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, aduciendo como afectación de la cultura indígena con la decisión de la Corte la imposibilidad absoluta de hacer cumplir la tradición U'wa.

2.2. Administración de justicia en casos en que un indígena delinque fuera de su jurisdicción; alcances y límites del fuero indígena

Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede 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. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígene en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso¹⁷.

La C.P. concede autonomía jurídica para que las autoridades indígenas puedan juzgar y sancionar, de acuerdo con sus normas y costumbres, a un miembro de su propia comunidad que haya

¹⁶ IBID.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496/96. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

cometido un acto negativo socialmente al interior de su propia comunidad, pero, de presentarse la misma actuación negativa en contra de un no indígena o en contra de un miembro de otra comunidad, que para cualquiera de los dos casos se haya dado fuera del ámbito geográfico del resguardo, la situación de juzgamiento corresponde de primer conocimiento a la justicia ordinaria, que deberá tener en cuenta un elemento del fuero que prevalece, incluso, fuera de su territorio, y es el relacionado con las características personales del sindicado, que para el caso deberá ser un indígena “no contactado” o que culturalmente demuestre su grado de desconocimiento con relación al hecho cometido:

No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que “hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial”. No sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, sino que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable¹⁸.

Es indispensable, entonces, que quien juzga tenga en cuenta la consideración cultural del juzgado y a partir de esto, reconozca e interprete las características del suceso con relación al entorno cultural al cual corresponde, porque la validez del fuero no está circunscrita a un medio geográfico, también depende de la noción de cultura y los grados de contacto que el involucrado tenga con el mundo exterior.

La diversidad socio cultural, que es motivo de análisis por parte de las autoridades nacionales cuando un indígena delinque fuera de su jurisdicción, no se puede asimilar a factor de inimputabilidad sino como un error de prohibición culturalmente condicionado¹⁹.

El papel del juez nacional debe orientarse, primeramente, hacia la comprobación del grado de conocimiento que tuvo el indígena acerca del ilícito cometido, y de ser comprobado el desconocimiento del hecho por razones socio culturales, se deberá ordenar su reintegro a la comunidad a la cual pertenece para que sea juzgado según sus propias normas y costumbres: “el Procurador General manifiesta que la reintegración del indígena infractor a su medio cultural propio (no puede tener una finalidad de rehabilitación o cura sino únicamente su juzgamiento por parte de la autoridad competente y con la

¹⁸ IBID.

¹⁹ BENÍTEZ NARANJO, Hernán Darío. Tratamiento jurídico penal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad? Bogotá: Temis, 1998.

Jacqueline
Blanco Blanco

finalidad de preservar su identidad cultural)”²⁰; el reintegro del indígena a su comunidad no es un castigo sino una medida para que sea juzgado dentro de su propia cultura. Esta norma de reconocimiento a la particularidad social y cultural es aplicada a todos los grupos nacionales a quienes corresponde la diversidad cultural. La diversidad cultural indígena no es motivo de insuficiencia intelectual que impida el propio manejo de su vida:

En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen “naturales” en el grupo que las predica. No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba

cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades²¹.

Un caso en el cual se puede apreciar el cumplimiento y defensa del fuero indígena por las autoridades nacionales se encuentra en la sentencia T-496/96, a partir del homicidio cometido por el indígena Paéz Libardo Guainas Finscue, el 26 de septiembre de 1996, a un miembro de su comunidad, en la Vereda de Bajo Cañada, Huila, territorio no perteneciente a ninguna comunidad indígena, y quien solicitaba ser reintegrado a su espacio y juzgado por las autoridades del resguardo al que pertenecía. En el reconocimiento del inculpado se encontró que éste había salido de su resguardo voluntariamente “a trabajar “para conseguir plata”.

Para la conclusión a la que llegó la Corte, se tuvo en cuenta que el haber salido de su entorno a trabajar lo calificaba como un sujeto aculturado que tenía previo conocimiento de la cultura mayoritaria, por tanto, el fallo no fue concedido a favor del indígena y se ratificó la decisión de ser

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496/96. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²¹ IBID.

juzgado de acuerdo a la justicia nacional.

2.3 El concepto de Inimputable Cultural

Durante muchos años, los indígenas, su cultura y su mundo, fueron considerados como diferentes al resto de la nación colombiana, así mismo lo establecían las leyes que los denominaba “miserables”, Ley 11 de 1821; “bárbaros”, Ley 153 de 1887; o “salvajes”, Ley 89 de 1890. Cada una de estas “condiciones” hablaba de su “inferioridad” para convivir con los demás y de su “minusvalía” mental, razones que fueron válidas para “reducirlos” a ciertos espacios a donde solo la iglesia católica lograra traerlos a la “civilización” y alejarlos del “pecado”; así lo consagró la Ley 72 de 1892 que delegó a los misioneros las facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal o judicial frente a los indígenas que fueran alcanzando la “civilización”. El artículo 5° de la Ley 89 autorizó a las autoridades indígenas a practicar sus propios juzgamientos en los casos que los actos cometidos atentaran contra la moral, por lo demás los indígenas debían responder ante los jueces nacionales, contraviniendo lo establecido acerca de que las Leyes de la República no regían para ellos.

Un conflicto de competencias fue lo que se presentó a finales del siglo XIX y comienzos del XX, cuando las Leyes (89 de 1890 y 72 de 1892) hablaron de que las conductas de los indígenas debían ser tratadas por los misioneros religiosos, pero a la vez, se les

exponía al tratamiento de ciertos casos por la justicia ordinaria. La inexistencia de una política clara que juzgara a los miembros de las comunidades indígenas nacionales que cometieran hechos delictivos fue materia de análisis, incluso, hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando la situación socio cultural de estos nacionales era tratada bajo la consideración de inimputabilidad, sin que quedara claro el tipo de inimputabilidad que podía presentarse, si era provocada por la falta de “contacto” con la cultura mayoritaria, o se trataba de incapacidad mental.

El Código Penal del año 2000 en el artículo 33 señaló como inimputable a “quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”. En el artículo 69 estableció como medida de seguridad, cuando la inimputabilidad fuera por diversidad socio cultural la reintegración al medio cultural propio; y en el artículo 73 amplía la medida: “Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca”.

En la Sentencia C-370 DE 2002 se exponen las razones de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000

Jacqueline
Blanco Blanco

o Código Penal, por considerar que los contenidos señalados contravienen los principios de pluralismo y multiculturalidad adoptados por la C. P. de 1991, al considerar las diferencias y particularidades de los grupos indígenas como un tipo de inimputabilidad, que a primera vista traduce un estado de “incapacidad mental”, como lo es en sentido estricto el inimputable, además, porque señala la reintegración al medio original del indígena como una forma de sanción²².

En el proceso de elaboración de la sentencia, la Corte consultó a varios expertos en la temática acerca de si los artículos 33, 69 y 73 del Código Penal afectaban el reconocimiento de la diversidad cultural. Para algunos la calificación de inimputables “vulnera el pluralismo pues no sólo implica un juicio de disvalor en contra de la cultura indígena, ya que prácticamente sus miembros son calificados de inmaduros psicológicos, sino que además posibilita la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad en contra de aquellos individuos que no comparten los valores culturales dominantes”. Para otros, se trata, sencillamente, de una forma de proteger la diversidad cultural y al indígena mismo, y que al tratarse de pluralismo se hace extensiva a los demás grupos étnicos minoritarios que habitan en el territorio nacional, no solamente a los indígenas.

En consideración del Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón,

[...] el artículo 33 del Código Penal, que define al indígena como inimputable, es constitucional, si se entiende que el legislador no está presumiendo que el indígena debe ser tratado como enfermo mental o inmaduro psicológico, sino únicamente reconociendo “que por existir diversidad sociocultural, éste no puede recibir el mismo tratamiento que debe darse a quien hace parte del mismo sistema de valores y principios”. Por el contrario, según su parecer, la obligación de imponerle una medida de seguridad desconoce el pluralismo “pues no puede admitirse que la reintegración al medio cultural propio, pueda tratarse como una sanción para el indígena”. La solución, concluye el Procurador, es entonces que el Estado se abstenga de hacer un juicio de responsabilidad al indígena pero que, para proteger tanto a la comunidad en general como al propio indígena, “proceda a devolverlo a la comunidad de donde proviene, previa coordinación con la respectiva autoridad de ésta, para que tanto éstos como el infractor de la preceptiva nacional, entiendan que tal conducta es reprochable y no permitida en la cultura mayoritaria”. De esa manera se buscaría que los indígenas comprendan que la conducta desarrollada es reprochable y no permitida en la cultura mayoritaria para que en ese

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 370/02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

orden, “fuera de su territorio no la desplieguen, si ésta es permitida en ella o lo juzguen de acuerdo a sus normas y procedimientos si dicha conducta es también objeto de reproche en su comunidad²³.

En cuanto a la denominación de inimputabilidad la Corte consideró que se trataba de un juicio de disvalor, y que frente a un error cultural aplicaba una connotación despectiva en contra de la cultura:

De acuerdo con estas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, sino que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado

a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse²⁴.

Igualmente, la Corte concluyó que el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal son inexecutable porque se traducen en una penalización de la diversidad cultural; que el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal presenta el mismo vicio de inconstitucionalidad pues, al regular las medidas de protección para los inimputables, establece que “cuando se tratare de indígenas inimputables por diversidad sociocultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social”. Por consiguiente, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal²⁵.

2.4 Justicia Especial Indígena

Si bien existe constitucionalmente la autonomía en la administración judicial indígena, el encuadre constitucional que no puede ni debe transgredir, no solo limita el concepto de autonomía, como se trató en los capítulos anteriores y que incluso descartó la idea del

²³ IBID.

²⁴ BENITEZ, Hernán Darío. Tratamiento Jurídico penal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad? Op. Cit., p. 119.

²⁵ IBID.

Jacqueline
Blanco Blanco

derecho a la autodeterminación, sino que además, lleva a revisar el concepto de sistemas jurídicos paralelos (indígena y nacional u ordinario). Ciertamente se reconocen los avances en materia de pluralismo jurídico en Colombia, la existencia de una jurisdicción interna que administre justicia y que respeta las particularidades de las comunidades indígenas nacionales, pero no se trata de un sistema paralelo de administración judicial sino de un sistema especializado y en cierta medida autónomo, de administración judicial, coordinado con el sistema nacional u ordinario de justicia, pese a que la Ley de Coordinación no se haya elaborado, pero sí, teniendo en cuenta los ingentes esfuerzos de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, por reconocer su autonomía y sus límites. El tipo de derecho que se aplica al interior de las comunidades indígenas es el consuetudinario o de la costumbre, que en algunos casos empieza a tomar forma escrita y a ser producto de consensos más generales, como es el caso de la Constitución Embera, del resguardo indígena Embera-Chamí, del resguardo Cristianía de Jardín en Antioquia, pero este es un caso particular y no corresponde a la organización común de los grupos indígenas nacionales.

La inexistencia de normas unificadas escritas hace que los concep-

tos generales de uso del derecho sean propios de cada comunidad, según su cosmovisión:

“Yo entiendo que justicia es pues un comité de personas que se nombran para solucionar cualquier tipo de problema”²⁶.

“La parte del concepto de justicia pues yo diría aquí uno no trabaja en contra de la gente ni quisiera llevar a la cárcel a nadie sino solo a la gente que cometa sus delitos y lo que consideráramos aquí justamente aplicar la justicia, sea grave o... puede ser grave o leve lo que es la parte de la gravedad”²⁷.

Igual situación conceptual se da al definir el delito y la pena. Los casos más nombrados de autonomía indígena en Colombia, corresponden al derecho penal por la particularidad de sus prácticas, bien en materia de hechos o acontecimientos, o bien en materia de sanción a dichos hechos.

Para la justicia ordinaria, el delito es un acto o una omisión que se encuentra sancionada por la ley, y un crimen, es un acto que daña los derechos naturales (vida, libertad, honor, etc.), mientras una contravención es una violación de una disposición determinada²⁸.

²⁶ Entrevista con miembro de la comunidad indígena del Resguardo Cristianía de Jardín. Comunidad Embera Chamí. Antioquia, julio 6 de 2005. En: SERRATO MORENO, Mónica Lily, RINCON REYES, Cielo Carolina, BAHAMÓN VÉLEZ, Jorge Yesid. Delito y Pena en Sistemas Jurídicos Indígenas. Universidad Libre, Facultad de Derecho. Trabajo de Grado, Inédito.

²⁷ Entrevista con miembro de la comunidad indígena del Resguardo Cristianía de Jardín. Comunidad Embera Chamí. Antioquia, julio 6 de 2005. IBID.

²⁸ www.unifr.ch/derechopenal.

En lengua castellana se emplean los términos delito, equivalente a culpa o quebrantamiento de ley, y crimen, cuyo alcance se asemeja a delito grave, acción indebida o reprehensible, para denominar las violaciones a la ley penal del Estado²⁹.

En la justicia especial indígena los conceptos de delito y pena son diferentes, por lo tanto, el tratamiento es distinto. Lo que para ellos corresponde a un hecho normal y propio de su cultura, para nosotros podría ser inhumano, atentatorio de la dignidad humana, degradante, cruel o falsa. Un claro ejemplo fue transcrito páginas atrás en el caso referido a los mellizos nacidos al interior de la comunidad Embera. Otro caso que supera los límites internos de las culturas indígenas por estar en directa relación con los derechos humanos, fue presentado a la comunidad en el mes de marzo del año 2007, por el Defensor del Pueblo de Puerto Rico (Risarcaldá) Luis Carlos Leal, cuando denunció el frecuente ingreso de niñas de la etnia Embera Chamí al hospital San Rafael, por presentar infección en sus genitales al haber sido víctimas, por parte de sus padres, de la extirpación de su clítoris bajo procedimientos rudimentarios y poco higiénicos,

“esto ocurre porque a las mujeres les crece de manera desproporcionada [...] y a los hombres no les gusta”³⁰.

Entre los colombianos étnicamente mayoritarios los delitos más graves se refieren al homicidio, secuestro, narcotráfico, acceso carnal violento, entre muchos otros. En casos específicos como el del Resguardo YaguarA ubicado en el municipio de Ortega (Tolima), los “delitos” o más bien conductas impropias de los miembros de la comunidad, más frecuentes son: el chisme y las agresiones; otras menos frecuentes son el homicidio, las violaciones y los secuestro, estos últimos se comparten en su conocimiento y tratamiento con la justicia ordinaria. Un miembro de esta comunidad afirma que “los castigos hoy son más ajustados a la realidad social en que viven las comunidades”³¹.

Entre los Embera, el delito está más considerado como un problema que como delito, a excepción de los que atentan contra la vida y la integridad personal y que revisten toda gravedad. A la pregunta, qué es un delito para los miembros de la comunidad Embera?, algunos respondieron: “el delito es ese que una persona

²⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2000, p. 206.

³⁰ Testimonio del presidente del Consejo Regional Indígena, Rubén Darío Guasaraba. En: Periódico Hoy. Viernes 23 de marzo de 2007, p. 5.

³¹ ENTREVISTA con miembro del Cabildo Yaguara. Cahaparral (Tolima), septiembre 9 de 2005. Realizada por Carleli Carreño Infante y Karen Pachón Mahecha. En: ALBA NARANJO, Deyi Pauline, ARÉVALO TORRES, Jimmy, CARREÑO INFANTE, Carleli, PACHO MAHECHA, Adriana. Jurisdicción Especial indígena en Colombia y su problemática actual. Universidad Libre, Facultad de Derecho. Monografía de Grado. Bogotá, 2006. Inédita.

Jacqueline
Blanco Blanco

que comete falla contra una integridad de persona o familias, eso es lo que nosotros consideramos un delito”³².

Nosotros siempre consideramos lo que está mal como una falta, lo que hemos visto a nivel de la jurisdicción ordinaria, es que hay varias definiciones, hay faltas, hay delitos y nosotros si solamente definiéramos una falta o igual un delito aquello se cometa en contra de alguien o del derecho de alguno, pero la más grave la consideramos que es el homicidio y las lesiones personales³³.

Para mí considero un delito un acto en el cual se halle metida una persona, no sé definirlo como lo defina así fuera una lesión, homicidio o simplemente como pasa aquí un robo, cualquier cosa, para mí eso es un delito que afecte, sí, que haga daño, porque por ejemplo ahorita estábamos hablando de un caso, así sea lo más simple, se roba un palo de yuca, el señor que sembró el palo de yuca lo hizo para sostenerse en un futuro, y el que se lo quita, pues lo deja sin con qué mantener a su familia y eso es causarle un daño³⁴.

Para mí un delito es, pues, cuando una persona maltrate

a una persona pero depende del delito, porque problema interno entre familias pues son problemas que se transmiten como familia pero lo que es el problema grave de pronto un hombre con otro hombre; otra persona con otra persona en donde haya machete, o grave cuando insultó con una palabra, pues como que yo considero que es un delito porque va generando para más problemas³⁵.

Frente a la sanción de estos delitos existen restricciones a la autonomía en lo que hace a las determinaciones jurídicas y sus formas de juzgamiento, dichas restricciones están referidas al cumplimiento de los derechos humanos que deben respetarse por encima de la cosmovisión, la cultura y la propia autonomía:

[...] resulta intolerable atentar contra los bienes más preciosos del hombre, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena,

³² Entrevista a un miembro de la comunidad indígena del Resguardo Cristianía de Jardín. Comunidad Embera Chamí. SERRATO, Mónica Lilly y Otros. Ob. Cit.

³³ Entrevista a un miembro de la comunidad indígena del Resguardo Cristianía de Jardín. Comunidad Embera Chamí. SERRATO, Mónica Lilly y Otros. Ob. Cit.

³⁴ IBID.

³⁵ IBID.

atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico)³⁶.

En cuanto a la imposición de castigos por las autoridades indígenas también existen algunas restricciones, oficialmente la Corte Constitucional ha dicho que no se pueden reproducir las prácticas y procedimientos de los antepasados, dado el carácter dinámico del derecho, o lo que se ha denominado atrás como “derecho vivo”³⁷. Esta mirada es fundamental siempre y cuando, en materia de prácticas y procedimientos judiciales, las comunidades indígenas si bien se deben acercar a las prácticas tradicionales como una de sus manifestaciones culturales, no están sujetas a revivir las tradiciones de sus ancestros, en consideración a las nuevas tendencias de solución de conflictos, y a los derechos humanos mismos.

Por ejemplo, entre los paeces los castigos más usuales son el fueite, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. La Corte Constitucional, en la sentencia T-523/97 argumentó por qué el fueite y el destierro entre los paeces, no constituyen tortura ni pena degradante:

- El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523/97. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 349/96. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Jacqueline
Blanco Blanco

- El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer la pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana sobre Derechos Humanos el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 39 de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo en esta determinación”.
- En sentencia T-349 de 1996, [...], se aceptó la práctica del cepo en la comunidad Embera – Chamí, estableciendo que, lejos de tratarse de un comportamiento cruel e inhumano, se trataba de una pena que hacía parte de su tradición y que la misma comunidad consideraba como valiosa por su alto grado intimidatorio y por su corta duración, consideraciones que

bien pueden extenderse a la práctica de fueite dentro de la comunidad Paéz³⁸.

La efectividad de los castigos impuestos por las autoridades indígenas a quienes cometan delito o infracción a la norma, desde su parecer, contienen mayor efectividad que la cárcel como institución reformadora de conducta. Los castigos conservan un carácter correctivo y están acompañados de acciones que tienden a corresponder a las afectaciones ocasionadas, una especie de justicia restaurativa que compromete al individuo a la reposición material del bien o al sometimiento a algún tipo de trabajo o tarea que debe cumplir para con las personas afectadas o con la comunidad, de ser el caso.

Dentro de la comunidad (Embera–Chamí) el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. De este modo, se castiga con tres años el homicidio que comete un padre en la persona de un jaibaná (hechicero) cuando éste sospecha que su hijo murió por causa del último; con cinco años el homicidio que se comete en estado de embriaguez; con seis años el homicidio del esposo de una mujer del que se está enamorado (a

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 523/97 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

la mujer se le castiga con 3 años de cepo y trabajo forzado por provocadora); y con ocho años el homicidio que comete un jaibaná haciendo uso de sus poderes sobre las fuerzas de la naturaleza (el castigo es particularmente grave por el estado de indefensión de la víctima)³⁹.

En lo que tiene que ver con el “derecho de defensa”, no se requiere de iguales prácticas entre las dos jurisdicciones, para que el derecho se cumpla, éste es válido si se plantea y opera desde el sistema normativo propio de las comunidades. Por lo tanto, el trabajo de un abogado defensor constituye una práctica extraña a la cultura, a la cosmovisión y a las instituciones internas indígenas; para ello bien pueden contar con “un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra”⁴⁰.

Sumado a lo anterior se encuentra la inoperancia de la norma en cuanto a la exigencia del pluralismo jurídico que trae consigo la imperiosa necesidad de crear sitios especiales para los miembros de estas comunidades que delincan y que requieran de la reclusión. El 7 de octubre de 2005, el periódico Actualidad Étnica publicó un artículo escrito por

Alejandro Santamaría, del área de Derechos Humanos de la Fundación Hemera, en el cual llamaba la atención acerca de una declaración que realizaron 38 kankuamos en el mes de septiembre, quienes se hallaban reclusos en la cárcel de Valledupar (Cesar), acusados de rebelión, y en estado bastante deprimente. Lo que riñe aquí con los lineamientos constitucionales que enmarcan la Jurisdicción Especial Indígena es el derecho a la preservación de la cultura, la que se ve altamente amenazada al momento de tener que compartir un indígena con individuos de otra cultura, vinculados a procesos judiciales por delitos graves, en este caso, antes de reformar cualquier conducta, no solo se está rompiendo la cultura original sino que se está contaminando con una mala versión de la cultura mayoritaria. El caso de los indígenas reclusos en este tipo de establecimientos, produjo, incluso, la muerte del indígena kankuamo Gabriel Alvarado Turbay, de quien se dice murió al no poder resistir el despojo de su cultura y el mundo a que tuvo que enfrentarse.

En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, bazuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vi-

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 349/96. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 523/97. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Jacqueline
Blanco Blanco

cioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. [...] En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto -12 o 24 horas-, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo -nocturno- que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro⁴¹.

Otro de los problemas que se ha presentado a la administración de justicia indígena y que guarda relación con la justicia ordinaria, tiene que ver con la vigencia del debido proceso, que implica cumplir el orden establecido por la norma en el proceso seguido al sindicado. La falta de unas medidas claras y precisas, de la misma Ley de Coordinación, ha hecho que procesos seguidos al interior de

la jurisdicción especial se vean imprecisos a la percepción de los mismos sindicados que acuden a otras instancias para reclamar sobre los fallos emitidos por las justicias indígenas.

A continuación se traen apartes de un juicio realizado a tres indígenas del Pueblo Awá, sindicados de la muerte de dos indígenas lugareños, que permite apreciar el cumplimiento al debido proceso y al derecho a la defensa. Esta “Decisión de Ahora”, constituye el primer documento emitido por juzgamiento por muerte violenta entre indígenas del Pueblo Awá:

Las Autoridades Tradicionales, Cabildos, Mayores Katsa Migua y líderes del Pueblo Awá, nos reunimos en el Resguardo de Hojal la Turbia para decidir sobre la muerte violenta de los indígenas Victoriano García Pascal y Victorino Pascal, en ejercicio de la facultad de administrar justicia reconocida a favor de los pueblos indígenas colombianos en el artículo 246 de la Constitución Nacional, entre los días 17 y 20 de agosto de 1997; participamos en el análisis, consejo y juzgamiento sobre el caso ciento treinta personas (130), trabajamos en la casa de la comunidad del Resguardo, con el fin de continuar la investigación, oír los consejos de los mayores y de las autoridades y proceder tomar por consenso Awá la Decisión de Ahora sobre

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349/96. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

los indígenas Awá Antonio García, Jorge García y Francisco Guanga, quienes dieron muerte violenta a los indígenas Awá Victoriano García Pascal y Victorino Pascal.

Para tomar la Decisión de Ahora, realizamos el Primer Consejo de Jurisdicción Especial Indígena del Pueblo Awá, durante tres días, con el fin de escuchar la palabra de los mayores, recordar entre todos las historias Awá de raíz o de antiguo, compartir las experiencias de las Autoridades Tradicionales y Cabildos, Mayores y Líderes en cuanto a la aplicación autónoma de justicia en el pueblo Awá vivida durante los últimos diez años, pensar juntos sobre los fundamentos del sistema de derecho propio, nuestras normas, instituciones, procedimientos, sanciones y castigos; y finalmente entre todos aconsejando tomar la Decisión de Ahora sobre el caso⁴².

Una vez instalada la sesión se dio la intervención, una a una, de los diecisiete gobernadores y sabios de la comunidad, quienes aconsejaron acerca de los sucesos violentos protagonizados entre miembros de su Pueblo, no solo con una mirada ética de los hechos sino también con sugerencias de castigo a los culpables,

con la idea de evitar situaciones venideras dentro de la misma familia. Entre las intervenciones se anotaron algunas de profundo sentido ético, como la que se expone a continuación: “Está muy bonito los consejos que estamos aprendiéndolo, se está mirando de los fracasos, atiendan los consejos para vivir con la familia Awá como gente no como animales. No somos animales somos humanos, somos irrecuperable, somos gente”⁴³, correspondiendo al consejo del Gobernador del Cabildo de la comunidad del Gran Rosario señor Bolívar Canticus.

La decisión de los gobernadores, Autoridades Tradicionales, Mayores y Líderes, definió que:

El castigo es de diez (10) años mínimo, según como vayan portándose, deben capacitarse y cada año en reunión de las Autoridades se irá mirando cómo se puede seguir, se los podrá tener presos en diferentes comunidades, deben trabajar en terrenos comunitarios para producir su comida y ayudar a sus familias, según su cumplimiento y participación se podrá modificar esta decisión. Ninguna autoridad los tiene que estar cuidando permanentemente, ellos tienen que cumplir, si no cumplen, las autoridades tomarán otra decisión.

⁴² CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA ONIC. Compilación y selección de fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena, 1980 – 2006. Bogotá: LEGIS, 2006, pp. 6 - 14.

⁴³ IBID.

Jacqueline
Blanco Blanco

Su responsabilidad es cumplir sin permanente vigilancia de las Autoridades. En cumplimiento de lo decidido el 30 de abril de 1997, los sancionados deben cumplir con el trabajo de refrescamiento espiritual con los médicos tradicionales que decidan las Autoridades mayores”⁴⁴.

Del proceso se destaca el contenido ético de los consejos, y la misión de las Autoridades, Gobernadores, Mayores y Líderes, la tendencia reformadora del castigo que en ningún momento los desvincula de su responsabilidad con el seno familiar ni tampoco se suma a las responsabilidades del Cabildo; por otra parte, es bien interesante que para el cumplimiento de la sanción no se destinen autoridades a su cuidado permanente, lo cual no genera un desgaste dentro de los miembros de la comunidad, tampoco un desgaste de tipo económico, ni genera una situación de separación definitiva de la sociedad para la realización de su proceso conductual de reforma. Finalmente, la actitud conciliadora y pedagógica de las autoridades reunidas para la determinación en quienes se deposita el orden y la justicia de toda la comunidad.

La conciliación es uno de los mecanismos más importantes dentro de la administración de justicia indígena, la palabra como medio pedagógico es conducida por los sabios de la comunidad para aconsejar, en primera instancia y como pudo

apreciarse en el caso anterior; la palabra para dirimir conflictos; la palabra para restablecer a la familia y a la comunidad. Entre los Wayúu, corresponde a los Mayores el control de las familias, pero en la comunidad es el “palabrero” quien tiene la fuerza de la palabra y la autoridad para arreglar los problemas mediante la conciliación; la fuerza de la palabra está en un “sabio consejo” o en un “regaño”, bien para solucionar un problema, bien para evitarlo o bien para corregirlo. El palabrero utiliza el “warawara” o bastón, y con él señala en la arena el arreglo del problema, con el tiempo, la huella en la arena es borrada por el viento, pero, la huella de la palabra prevalece como debe prevalecer el compromiso de los involucrados⁴⁵.

CONCLUSIONES

Una situación evidente dentro del cumplimiento del 246, que autoriza constitucionalmente la autonomía administrativa y judicial al interior de los territorios indígenas, tiene que ver con los alcances de la misma. La inexistencia de una Ley de Coordinación, ha llevado a que sea la Corte Constitucional la que emprenda este camino a partir de sus fallos, pero, constituye una falencia para el proceso interno de desarrollo de la autonomía descrita, dado que no existe regulación entre las formas, usos y costumbres de los cerca de 90 pueblos indígenas que hay en

⁴⁴ IBID.

⁴⁵ Telecaribe. Especial del 1º de enero de 2007. 1:00 p.m.

Colombia, y las normas nacionales a las cuales las circunscribe la misma Constitución, y lo que es peor, a las normas internacionales, especialmente las relacionadas con Derechos Humanos.

Los Cabildos han venido trabajando en pro de su autonomía pero no se puede hablar de unos logros generales debido a las dificultades que atraviesan los grupos, unos más que otros, y debido también a que no se han podido constituir elementos materiales que orienten los procesos de administración de justicia, sometiendo los fallos y sentencias de la justicia indígena a constantes situaciones de apelación ante la justicia nacional, que asiste como instancia superior, sobre todo en materia de derechos humanos.

En este sentido, el concepto de pluralismo jurídico está aún en vilo, si se tiene en cuenta que su definición indica la existencia de dos sistemas jurídicos paralelos dentro de un mismo Estado, es decir, por un lado la justicia nacional u ordinaria y por otro la justicia indígena. No ocurre tal situación cuando esta última está sujeta a unos marcos constitucionales y puede llegar a ser objeto de revisión de la primera en cuanto a sus decisiones, para sujetarla a los marcos legales nacionales o internacionales (especialmente en lo tocante a derechos humanos), es decir, que los alcances de la autonomía se convierten en una especialización de la justicia nacional que atiende y orienta los procesos de los indígenas en Colombia, como un grupo humano con características específicas.

Ciertamente, y de ser preciso que al interior de estas comunidades se establezcan unos *códices* que los protejan de las “amenazas internas”, estableciendo un control social sobre la población, es mucho más urgente que dichos códigos establezcan medidas para que sean protegidos de las “amenazas externas”, es decir, identificar parámetros que impidan el acceso del ejército, paramilitares, guerrilla, y colonos, para que no interrumpen su cultura y su convivencia pacífica; ni les sea desconocida la vinculación y el goce de los derechos fundamentales y especiales que consagra la C. P. a su favor. La operatividad del 246 constitucional no corresponde únicamente a la administración interna de las comunidades, es una responsabilidad que debe provenir del Estado al asegurarles su medido de desarrollo personal, familiar y social, y su crecimiento económico y político, pero, por el contrario, el terrorismo que proviene del Estado no permite el cumplimiento de estas normas favorables a la población indígena colombiana, hay que referirse a realidades evidentes como es la desintegración de la Jurisdicción Especial Indígena por efectos de la guerra y la indiferencia del gobierno que los ha obligado a salir de sus resguardos a las ciudades en calidad de indigentes, presionados por el conflicto armado, perdiendo progresivamente su cultura y sus derechos especiales, entre ellos su fuero, porque a la fuerza han sido llevados al contacto con la cultura mayoritaria.

Es urgente que los Estados Liberales hagan realidad el viraje

Jacqueline
Blanco Blanco

constitucional que dieron en las últimas dos décadas, con relación al reconocimiento de los derechos individuales y colectivos que favorecen las expresiones culturales particulares y tienden a una política de mayor tolerancia. En el caso colombiano, no puede hablarse de una verdadera política de multiculturalidad o pluralidad, mucho menos de interculturalidad, cuando, recurriendo a Kymlicka, los problemas externos son superiores a este tipo de tendencias de orden social, y el Estado mismo aparece como un propiciador de estos elementos que impiden su desarrollo, con factores como el conflicto armado interno, la corrupción y la indiferencia social hacia los conacionales; y de manera interna, cuando se argumenta aún que la originalidad de la cultura indígena radica en su estado natural, que para el caso, no es otro que el de la miseria, el analfabetismo, las enfermedades, es decir, una actitud

equivocada donde se niegan las bondades de la ciencia y la tecnología para sumir a estos grupos en situaciones de olvido. No equivale a nada que un Estado liberal se comprometa constitucionalmente con una serie de principios de autonomía y respeto hacia las diferencias, cuando estos no concuerdan con la agenda política de los gobernantes, para quienes el negocio de la guerra constituye el principal punto de atención sobre todos los proyectos de un Estado Social de Derecho, Colombia, como Estado y como Nación está lejos de presentar un verdadero programa de desarrollo social en el cual involucre con sentido de operatividad estos principios: la indiferencia y la corrupción, son superiores a cualquier propuesta que propenda por la consolidación de la Nación y por la construcción y ejecución de un verdadero Estado Liberal.

FUENTES

Primarias

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias:

T-380/93

T-254/94

T-234/94

C-139/96

T-496/96

T-349/96

T-523/97

SU 039/97

C-358/97

T-030/00

T-048/02

C-370/02

T-025/04

Entrevista al Defensor del Pueblo Delegado para Indígenas y Minorías Étnicas, doctor Gabriel Muyuy. Bogotá, noviembre 25 de 2005.

Entrevista a un líder indígena. Caquetá, julio de 2005.

Entrevista a tres miembros del Cabildo del Resguardo Cristianía de Jardín. Comunidad Embera Chamí. Antioquia, julio 7 de 2005.

Secundarias

Constitución Política de Colombia, 1991.

Convenio 169 de la O.I.T.

El decreto 2164 de diciembre 7 de 1995.

Ley 270 de 1996.

BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. Defensoría el Pueblo y Red de Solidaridad Social. Bogotá, 15 de diciembre de 2004.

ALBA NARANJO, Deyi Pauline, AREVALO TORRES, Jimmy, CARREÑO INFANTE, Carleli, PACHO MAHECHA, Adriana. Jurisdicción Especial indígena en Colombia y su problemática actual. Universidad Libre, Facultad de Derecho. Monografía de Grado. Bogotá, 2006. Inédita.

ARANGO OCHOA, Raúl. Los Pueblos indígenas de Colombia en el Umbral del Nuevo Milenio. Ediciones Departamento Nacional de Planeación, 2004.

BENITEZ NARANJO, Hernán Darío. Tratamiento Jurídico del Indígena Colombiano ¿Inimputabilidad o Inculpabilidad? Bogotá: Temis, 1988.

BLANCO BLANCO, Jacqueline, CASTRO BLANCO, Elías. Colombia Multicultural. Historia del Derecho a la Inclusión. Universidad Libre, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Bogotá: Panamericana, 2005

BRAVO, Carlos Ramiro. El pensamiento económico de Jeremy Bentham. En: Revista Ciencias Humanas No. 20. UTP, Pereira, 2000.

CODHES. Sistema de Información sobre Desplazamiento de la Consultaría de los Derechos Humanos y el Desplazamiento. Abril de 2004.

COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS. Colombia, derechos humanos y derecho humanitario: 1997 – 2001. Tomo I. Violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho humanitario en Colombia. Bogotá, diciembre de 2005.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA ONIC. Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006. Bogotá: LEGIS, 2006.

Declaración en la 24 sesión del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas Ginebra, Suiza, 31 de julio al 4 de agosto de 2006.

Defensoría del Pueblo. Comunicado de Prensa, noviembre 11 de 2005.

Jacqueline
Blanco Blanco

El Tiempo, 16 de diciembre de 2003.

EL TIEMPO, domingo 21 de mayo de 2006.

GAVIRIA VÉLEZ, José Obdulio. Sofisma del terrorismo en Colombia. Planeta, 2005.

HABERMAS, Jurgen. La Inclusión del Otro. Barcelona: Paidós, 1999.

———. El filósofo en el Siglo XXI. Buenos Aires: Lozada y Oviedo, 2004.

HERNÁNDEZ DELGADO, Esperanza. La Resistencia Civil de los Indígenas del Cauca. Papel Político Vol. 11. Universidad Javeriana: Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Bogotá, enero – junio de 2006.

Informe Nacional de Desarrollo Humano en Colombia. 2003.

INSTITUTO COLOMBIANO DE MEDICINA TROPICAL. Levantamiento epidemiológico en la comunidad. Tierralta, Córdoba, Mimeo, 2001.

KIMLYCKA, Will. Ciudadanía Multicultural. Buenos Aires: Paidós, 1996.

———. La Política Vernácula. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 2003

LETE DEL RIO, José Manuel, La nueva regulación de la nacionalidad. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1984.

Memorias del Taller Suramericano de mujeres Indígenas. Santandercito, Cundinamarca, 1995.

Notas del CRIC, de los Cabildos Indígenas de la Zona norte del Cauca, y de la Alianza Social Indígena, 20 de agosto de 1996 y 10 de septiembre de 1996. Organización de los Estados Americanos OEA. Capítulo X: Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cap. X: Los derechos de los indígenas. G. El impacto de la violencia política sobre los indígenas.

Periódico Hoy. Viernes 23 de marzo de 2007.

PIÑACUE ACHICUE, Jesús Enrique, Proyecto de ley Estatutaria presentado al Congreso de la Republica, 2002.

Revista Semana, febrero 9 de 2005.

SALGADO, Judith. Comp. La Justicia Indígena. Aportes para un debate. Universidad Andina Simón Bolívar. Embajada real de los Países Bajos. Ediciones ABYA YALA. Ecuador, Julio de 2002.

SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina. La Jurisdicción Especial Indígena. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2000.

SÁNCHEZ BOTERO. Derechos Propios. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2000.

SERRATO MORENO, Mónica Lily, RINCÓN REYES, Cielo Carolina, BAHAMÓN VÉLEZ, Jorge Yesid. Delito y Pena en Sistemas Jurídicos Indígenas. Universidad Libre, Facultad de Derecho. Trabajo de Grado, Inédito.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la sociología jurídica desde una perspectiva interdisciplinaria. En: Revista Diálogos de Saberes No. 17. Octubre a Diciembre de 2002.

TALLER SURAMERICANO DE MUEJERES INDIAS. Santandercito, julio 10 a 14 de 2005.

TAYLOR, Charles, el multiculturalismo y la política del reconocimiento. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

Telecaribe. Especial, enero 1º de 2007. 1:00 p.m.

Tribunal Internacional de Justicia, Decisión del 6 de abril de 1955 (asunto notte-bohm).

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2000.

ZUÑIGA, Madeleine y ASION, Juan. Interculturalidad y educación en el Perú. Foro Educativo, Lima, 1997.

TÉCNICAS

www.presidencia.gov.co
reiniciar@etb.net.co

www.un.org/spanish/terrorismo

www.cajpe.org.pe/conflic.HTM
Voltaire.net.org
es.wikipedia.org/wiki/Guerra

www.swissinfo.org
www.etniasdecolombia.org
www.onic.org

www.unilibrebaq.co/html/libroindigena.htm

www.cidob.org

www.nasaacin.net

www.unifr.ch/derechopenal