

**EL ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO COMO CRITERIO ARTICULADOR DE LA
JUSTICIA ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN
COLOMBIA**

Harol Ismare Guatico



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Bogotá – Colombia

2022

**EL ENFOQUE DIFERENCIAL ÉTNICO COMO CRITERIO ARTICULADOR DE LA
JUSTICIA ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN
COLOMBIA**

Harol Ismare Guatico

**Trabajo de investigación monográfica presentada para optar al título de
Magister en Derecho**

ALEXANDER DÍAZ PEDROZO

Director de Tesis

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

Bogotá – Colombia

2022

Contenido

RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	7
Objetivo general	11
Objetivos específicos	11
CAPÍTULO I	14
La dualidad de modelos de justicia en el territorio nacional: la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción especial indígena.	14
1.1. Sistema Penal del Pueblo Wounaan de Colombia.	16
1.1.1. Concepción de la Justicia.	17
1.1.2. Autoridades y competencia del sistema Penal Wounaan.....	18
1.1.3. Prácticas investigativas	20
1.2. Generalidades de otros Sistemas Penales Indígenas	24
1.2.1. La Concepción Indígena en razón de: Competencia y Cumplimiento de Penas.	26
1.3. Naturaleza del Sistema Penal Ordinario colombiano.	27
1.3.1. Concepto de jurisdicción.	29
1.3.2. La competencia	30
1.3.3. La Ejecución de Penas	31
CAPÍTULO II	33

Las tensiones entre el Sistema Judicial Ordinario y Sistemas Penales Indígenas	33
2.1. Criterios que determinan la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena	36
2.2. En cuanto a la realización de la pena	41
CAPÍTULO III.....	49
El enfoque diferencial étnico como eje de articulación de los modelos de justicia ordinaria e indígena en una futura ley de coordinación de jurisdicciones.....	49
3.1. De caras a resolver los conflictos de competencia y ejecución de penas	49
3.2. Definición conceptual y antecedentes de la JEI.....	50
3.3. La posición aborígen en la asamblea nacional constituyente de 1991.....	53
3.4. La Jurisdicción Especial Indígena en la Constitución de 1991.....	56
3.5. Ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.....	58
3.6. Sistema de Justicia Nacional con enfoque diferencial étnico	68
CONCLUSIÓN.....	76
BIBLIOGRAFÍA	79

Lista de tablas

Tabla 1. Criterios en el sistema de justicia ordinario para determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena	¡Error! Marcador no definido.
Tabla 2. Problemas jurídicos respecto del elemento personal del fuero penal indígena	¡Error! Marcador no definido.

RESUMEN

El reconocimiento de la diversidad cultural como tendencia en América Latina, junto con la constitucionalización de los derechos como prerrogativa estatal, establece la necesidad de analizar las tensiones que generan las cosmovisiones de los pueblos indígenas. En este caso, el enfoque se da hacia la valoración generalizada del sistema judicial nacional hegemónico que tiende a homogeneizar y eliminar los sistemas de jurisdicción especial. Esto se evidencia particularmente en fundamentos a principios como el pluralismo jurídico y cultural, proponiendo el reconocimiento de criterios de consenso intercultural. Lo anterior con el objetivo de que en un mismo territorio sea posible la convivencia de dos sistemas normativos diferentes, evitando vulnerar el derecho fundamental de los pueblos indígenas en materia de su autonomía jurisdiccional.

Por ello, el presente estudio de investigación indaga sobre las tensiones que se presentan en los dos sistemas de regulación, el nacional y el indígena, desde un enfoque interpretativo hermenéutico. El propósito es la identificación de los aspectos más relevantes a tener en cuenta al momento de implementar una estrategia legislativa que permita el establecimiento de la sinergia entre las dos jurisdicciones.

En el caso de Colombia, las reivindicaciones étnicas han obtenido el reconocimiento y materialización del derecho a la libre determinación de los pueblos a través de la consolidación de una jurisdicción especial indígena, consecuencia de las luchas históricas de más de dos siglos.

Palabras claves. Cosmovisión, fuero indígena, sistema judicial, ley, coordinación, tensiones.

ABSTRACT

The acknowledgment of the cultural diversity as a trend in Latin America, along with the constitutionalizing of rights as a state prerogative, sets the need to analyze the tensions generated by the indigenous people worldview. In this case, the generalized assessment of the hegemonical national system that tends to homogenize and eliminate special jurisdiction systems is the focus. This is evident in principles such as legal and cultural pluralism, proposing the recognition of intercultural consensus criteria. The previous with the goal of coexistence between two different regulatory systems being possible in the same territory, avoiding the violation of indigenous people's fundamental rights in terms of their jurisdictional autonomy.

Therefore, this research study investigates the tensions that arise between the two regulatory systems, the national and the indigenous, from a hermeneutic interpretive approach. The purpose is to identify the most relevant aspects to consider when implementing a legislative strategy that allows the establishment of synergy between the two jurisdictions.

In Colombia's case, the ethnic claims have achieved the recognition and materialization of the right of people's self-determination through the consolidation of a special indigenous jurisdiction, as a result of the historical struggles of more than two centuries.

Keywords. Worldview, indigenous jurisdiction, judicial system, law, coordination, tensions.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata sobre las tensiones existente entre la Jurisdicción penal indígena y ordinaria, en el marco de la Constitución Política de 1991. Sin embargo, por ser una temática extensa, el tema se limitó a los conflictos jurisdiccionales en materia de competencia y ejecución de las penas. Durante lo que lleva vigente la actual Carta Constitucional, las mayores discusiones que han sido resueltas se han realizado sobre estos temas.

La elección de esta problemática obedece a razones académicas, pues representa conflictos prácticos que deben resolverse mediante la teorización jurídica, a partir de los problemas que se van encontrando con cada caso. De igual manera, la decisión tiene su origen en razones personales como miembro de la comunidad Wounaan, lo que me ha permitido observar cómo los pueblos originarios de Colombia luchan por preservar cierta impermeabilidad en sus costumbres, idioma, religión, etc., ante el embate del Estado-Nación que pretendía absorberlos o “civilizarlos”, desconociendo su autonomía territorial.

Esta resistencia trascendental por parte de las comunidades aborígenes en el ámbito estatal se ha trasladado al campo jurídico porque la Constitución Política de Colombia en su texto normativo, además de reconocer la autonomía de la jurisdicción especial indígena (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 246), sino que, incluso, dentro de la organización territorial del Estado (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 286) ubicó los territorios indígenas, a los cuales les otorgó las mismas facultades que a las demás entidades territoriales (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 287); esto es, las de libertad para la administración de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; y, en tal virtud tendrán los siguientes

derechos: “1. Gobernarse por autoridades propias; 2. Ejercer las competencias que les correspondan.; 3. Administrar los recursos y establecer los tributos para el cumplimiento de sus funciones; y, 4. Participar en las rentas nacionales” (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 287).

Además, en la parte dogmática de la Constitución, el constituyente del 1991 incorporó importantes valores, principios y derechos fundamentales, mediante los cuales resaltó, con fines de protección “A la diversidad cultural como eje articulador a través del cual se integran la cultura occidental mayoritaria y la cultura originaria que forma parte de las minorías étnicas del país, pese a su ancestralidad” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Es así, como dentro del *marco jurídico, democrático, económico y social justo que se pregonan* en el preámbulo de la Constitución podemos encontrar los valores de la convivencia, la justicia, la igualdad (Constitución Política de Colombia, 1991, Preámbulo). Además, el pluralismo es un componente del Estado social de derecho (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 1), y la intervención de todos en las determinaciones que los aflija y en la vida política, económica, cultural y administrativa de la Nación, es un pilar de la democracia participativa.

Por lo que, las instituciones consagradas están orientadas para amparar a los habitantes en Colombia, en su convicción y demás derechos y libertades (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 2). Muchas más normas protectoras de la pluralidad étnica y cultural, encontrando, a lo largo de la Constitución como en el artículo 8 del amparo de las opulencias culturales; y, el artículo 10, que reconoce el dialecto de los grupos raciales como lenguas oficiales en sus territorios. De igual forma, dentro del artículo 13, se consagra la igualdad material y priva la discriminación

por razones de origen nacional, lengua, etc. (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 2, 8, 10 y 13).

Todo este programa del constitucionalismo colombiano reciente, enmarcado en el resguardo de los derechos fundamentales de todos los colombianos, tanto de las mayorías como de las minorías étnicas, en lo que tiene que ver con los conflictos que se presentan entre el ejercicio de las competencias jurisdiccionales ordinarias y especial indígena, encuentra muchísimos obstáculos, por la fórmula empleada por el Constituyente, en el sentido de limitarla a la Constitución y la ley, en este caso el legislador, pese a la rica normatividad constitucional, ha incumplido con el mandato normativo del artículo 246, que le ordenó perentoriamente a instaurar la jurisdicción especial indígena con el procedimiento judicial gubernamental. (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 246).

Esta omisión legislativa ha debilitado a la jurisdicción especial indígena, ya que, ha quedado en manos de la jurisprudencia, la cual es muy importante para las poblaciones aborígenes y ha representado muchos avances en materia de colisión de jurisdicciones, sin embargo, no cuenta con toda la riqueza, en términos deliberativos, que podría tener una ley del Congreso de la República, donde los movimientos indigenistas, académicos y demás interesados; podrían tener una incidencia mayor para promover el diseño de la “ley de coordinación de jurisdicciones” que permita liberar a las poblaciones aborígenes de la supremacía de la cultura occidental al momento de resolver sus conflictos con arreglo a su autonomía cultural cimentada ancestralmente.

Ante este panorama constitucional inmerso en las realidades descritas, hemos formulado el siguiente problema de investigación,

¿Cuáles son las tensiones más relevantes que se presentan, en materia de competencia y ejecución de penas, entre las jurisdicciones penal ordinaria y especial indígena y con qué criterios se deben resolver tales tensiones, mientras se elabora la ley de coordinación de jurisdicciones?

En esta investigación la *hipótesis* a probar consiste en que las tensiones más importantes que se presentan entre la jurisdicción ordinaria penal y especial indígena se dan en el campo de las competencias y la ejecución de penas, por cuanto es ahí donde se presentan las mayores contradicciones entre las filosofías jurisdiccionales ordinaria e indígena, específicamente en temas, como *¿qué comportamientos merecen castigo?, ¿qué tipo de castigos se deben utilizar, de acuerdo con la función que éste cumple en cada contexto social? y, ¿cómo se ha de ejecutar el castigo?*, para que los fines de la resocialización se cumplan o en su defecto se restaure la disposición en la población.

Siendo en esos elementos, donde se presentan las mayores tensiones jurídicas y al no existir una ley de conjunción del poder que regule la materia, se requiere diseñar una propuesta que permita superar y resolver esas tensiones dentro del marco de la Constitución Política, para lo cual resulta necesario diseñar unos criterios con enfoque diferencial étnico, que respeten las diferencias entre un u otra jurisdicción.

Por eso, los *objetivos* planteados son los siguientes:

Objetivo general

Analizar las tensiones existentes entre la Jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción especial indígena, precisamente en los criterios de determinación de la contienda de la jurisdicción indígena y criterios del espacio de la realización de la pena de los indígenas.

Objetivos específicos

- Describir los Sistemas Penales Indígenas y Penal Ordinario en punto de competencia y ejecución de penas.
- Identificar las tensiones relevantes de los sistemas Penal Indígena y Penal Ordinario
- Proponer el principio del enfoque diferencial étnico como eje de articulación de los modelos de justicia ordinaria e indígena.

Las variables que se sustentaran se refieren a la competencia y a la ejecución de penas en el contexto que se ha descrito.

La *metodología* adecuada para llevar a cabo esta investigación, en la cual se presenta una dualidad de jurisdicciones, cada una con una visión del mundo distinta, que interactúa sobre el mismo factor territorial nacional y dentro del mismo orden jurídico constitucional; es el método cualitativo y dogmático constitucional, cuando se refiere a los conceptos de jurisdicción, competencia y ejecución de la sanción, se utiliza como instrumentos la doctrina y la jurisprudencia elaborada por las cortes, para ello, y con el fin de lograr un equilibrio entre ambas jurisdicciones, se utiliza la visión desde la comunidad indígena Wounaan del Departamento del Chocó,

especialmente, con la finalidad de precisar las principales tensiones, de acuerdo con las realidades de cada parte que se disputa el conocimiento de un caso.

El *primer capítulo* se ocupa de identificar las características, la filosofía y las formas jurídicas (en términos normativos) utilizadas por la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena en materia de competencia y ejecución de la pena. Elementos importantes para observar las diferencias existentes entre una jurisdicción y otra, produciéndose un fenómeno que hemos denominado una dualidad de jurisdicciones.

El *segundo capítulo*, constituye una evolución en el desarrollo de la tesis, en el sentido de la identificación de las principales tensiones que existen entre la jurisdicción ordinaria y especial indígena en términos de competencias y ejecución de las penas. Estas tensiones han sido identificadas a partir de las principales discusiones que se presentan en el campo jurisdiccional, especialmente, emanado del Consejo Superior de la Judicatura -Sala Administrativa- que primeramente conocía de la colisión de jurisdicciones y ahora de la Corte Constitucional, que actualmente conoce de estas.

Para el *capítulo tres*, el principio del enfoque diferencial étnico como eje de articulación de los modelos de justicia ordinaria e indígena en una futura ley de coordinación de jurisdicciones, procurando generar un escenario de sinergia, armonía y compatibilización de las dos jurisdicciones, que conduzca a una coexistencia legal pacífica.

Además, se evidencia la descripción de posibles criterios de definición en materia de competencias y ejecución de penas hacia una redefinición conceptual.

Por último, se indica que la distribución de los capítulos va encaminados a hacer posible una propuesta en la cual los problemas jurisdiccionales entre la justicia ordinaria y especial indígena se resuelvan dentro del techo ideológico de la Constitución, que no solo reconoció dentro del Estado nacional los territorios indígenas como entes territoriales autónomos, sino también se propone jurisdicción, para solventar sus disconformidades dentro de su propia organización social. Además, en la parte dogmática de la Constitución instituyó unos valores, principios y derechos fundamentales que permite articular a las comunidades ancestrales originarias con el resto de la nación, presentándose una dualidad que proponemos resolver a través del enfoque étnico en materia jurisdiccional.

CAPÍTULO I

La dualidad de modelos de justicia en el territorio nacional: la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción especial indígena.

En este primer momento se pretende hacer un análisis de la jurisdicción indígena y el Sistema Penal Ordinario, partiendo del Sistema Penal del Pueblo Wounaan del Chocó y se recogen elementos de sistemas normativos de otros pueblos indígenas de Colombia que interesan al objeto en estudio

En Colombia, la norma superior reconoce tres pueblos étnicos: los pueblos indígenas, que se estiman en 115, las Negritudes, Afrocolombiana, Raizales y Palenqueras (NARP) y el pueblo Rrom o Gitano (DANE, 2018).

El ejercicio del autogobierno jurisdiccional de las comunidades aborígenes colombianos es ancestral. Este permaneció en el olvido, invisibilizadas y desconocidas para la mayoría de la sociedad (Achito Lubiasa & Jumi, 2007). Esta jurisdicción empieza a conocerse a partir de la Constitución de 1991 en su artículo 246, con el nuevo encuadramiento normativo y jurisprudencial que se desprende de ella, materializándose estas reivindicaciones, por lo menos en lo formal. Lo anterior es un avance importante porque estos pueblos desde su cosmovisión ancestral han sentado las bases de sus sistemas jurídicos donde se relaciona el sujeto, la comunidad y la naturaleza, que no solo enfrentan diversos conflictos como pueblos ancestrales, sino que ejercen control social en sus comunidades y territorios (Sanchez & Jaramillo, 2000).

Los indígenas han exigido el carácter potestativo del ejercicio de sus derechos a lo largo de la historia por medio de sus propias autoridades facultadas para administrar justicia en el campo penal, formalizado en la Constitución de 1991. Este reconocimiento resalta dos componentes claves de la jurisdicción indígena desde la autonomía de estas comunidades: la verosimilitud de la existencia de influencias judiciales particulares en las comunidades aborígenes y la autoridad de estos para decretar preceptos y métodos propios teniendo en cuenta sus usos y costumbres.

Desde las diferentes culturas indígenas “las costumbres son la base de todas las actuaciones, definen las clases y formas de castigos o sanciones” (Sanchez & Jaramillo, 2000, pág. 52). Lo anterior se usa para determinar qué hacer en cuanto a resolución de conflictos y la sanción de faltas graves, con fundamento en sus normas. Es preciso decir que no siempre están textualizados por los diferentes pueblos aborígenes que han desarrollado un sistema de derecho propio de tradición oral y que se mantiene viva en su memoria colectiva.

En efecto, la aplicación de determinadas sanciones es modificada en función de las diferencias culturales y del grado de fortalecimiento del gobierno propio de cada pueblo, valga decir que cada uno de ellos tiene su propio sistema de justicia para mantener la convivencia y el equilibrio entre naturaleza, hombre y espiritualidad. Según Rueda (2008), “las autoridades son elegidas por ser imparciales, ecuanímes y libres de conductas indebidas como la corrupción o algún tipo de perjuicio” (pág. 67), criterios determinados por la comunidad en sus normas y procedimientos culturales, conocidos hoy como mandatos internos.

En el transcurso de los años, las comunidades aborígenes han ejercido la justicia fundada en su derecho propio, estructurado desde la construcción cultural particular de cada pueblo originario (Achito Lubiasa & Jumi, 2007, pág. 1). La gestión de justicia hace parte de este derecho

a partir de sus valores, concepción y lógica de vida, teniendo sus mandamientos propios, objetivos, soportes, características y principios.

Por ello, se hace la descripción cualitativa de elementos sustanciales de buenas prácticas del sistema penal del Pueblo Wounaan y otros, en aspectos que interesan para este estudio: concepción de justicia, competencia y ejecución de pena. Estos dan cuenta de los elementos diferenciales del sistema penal ordinario colombiano con la jurisdicción indígena, desde los que se infieren y evidencian las diversas tensiones que se presentan en la coexistencia práctica entre ambas.

1.1. Sistema Penal del Pueblo Wounaan de Colombia.

El pueblo Wounaan en Colombia se encuentra en el departamento del Chocó y Valle del Cauca, y está organizado bajo sus propias reglas de gobierno y sistemas de control social, conservando sus características culturales y procesos de identidad que hacen de él una cultura indígena todavía viva (Ministerio de Cultura, 2015). Los fuertes impactos negativos sufridos por la violencia con ocasión al conflicto armado en sus territorios y la falta de atención institucional a sus prioridades han diezmando la capacidad de las comunidades para enfrentar y superar los obstáculos y adversidades, que amenazan y ponen en riesgo la pervivencia física y cultural del pueblo Wounaan (Corte Constitucional, 2009).

El pueblo Wounaan está estructurado en cabildos, asociaciones de cabildos y una organización regional, instancias de representación y de gobierno que tienen unas competencias definidas y cumplen unas funciones precisas en aras de mantener el control social y la

governabilidad dentro de los territorios (Estatutos de la Asociación de Cabildos Indígenas del Medio San Juan - AIMSJA). Estas instituciones están fundadas en unos instrumentos de planeación que constituyen las políticas propias para la gestión y gobernanza de sus territorios, como son proyectos integrales de vida y planes de salvaguarda, y mandatos internos de regulación de su convivencia. (Asociación de Cabildos Indígenas del Medio San Juan, 2005).

1.1.1. Concepción de la Justicia.

Dentro de la concepción Wounaan, la justicia tiene relación con el equilibrio y armonía que debe existir y permanecer entre la madre naturaleza, hombre y espiritualidad, y debe permitir un escenario de tranquilidad, respeto, tolerancia, libertad e igualdad dentro de la comunidad y territorio (Ministerio de Cultura, 2015). Si bien se reconoce la existencia de conflictos o comportamientos diferentes a las reglas y valores de la colectividad, se destaca la importancia del diálogo y sabiduría para resolver esas conflictividades siempre, pensando en defensa de la vida comunitaria.

La comunidad Wounaan asocia la justicia con significados positivos y deseables para la armonía de la comunidad. Al referirse a la libertad, igualdad y el respeto como palabras cercanas a la justicia, se establece una relación entre valores humanos que para ellos y ellas son fundamentales en la vida y convivencia social de su comunidad y territorio. Con ello, se hace alusión a principios transmitidos por sus mayores que rigen la vida social generalmente tranquila y pacífica del resguardo (Asociación de Cabildos Indígenas del Medio San Juan, 2005).

Del mismo modo, el derecho propio es la derivación de aquel procedimiento en las costumbres de las comunidades, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de la población (Presidencia de la República de Colombia, 1995). Las sanciones y los procedimientos se aplican conforme a los valores que dicta la cosmovisión Wounaan, ya que la convivencia en comunidad es de importancia para la evolución de sus vidas, motivo por el cual las medidas para indemnizar los perjuicios se toman en asamblea comunal, no por una sola potestad.

1.1.2. Autoridades y competencia del sistema Penal Wounaan

En la memoria colectiva del pueblo Wounaan se tiene presente que en el pasado la comunidad estaba conformada solo por clanes familiares, por ejemplo: Los Ismare, los Peña, los Carpio, etc., y la comunidad estaba estructurada de esa forma. Por ello, sus mecanismos de resolución de conflictos eran de igual manera a nivel familiar, en el que los mayores tenían un rol muy importante, en especial el abuelo y la abuela que se consideraban los jefes del gran grupo familiar, y lo que determinara el abuelo o el padre de dicha familia se acataba como ley (Ministerio de Cultura, 2015). Es decir, todo el orden y la convivencia de la familia giraban alrededor del jefe familiar, por lo que los mayores siempre han merecido mucho respeto. Posteriormente, con el nuevo concepto de comunidad se acoge otro tipo de autoridad, esto es la institucionalidad colonial que ofrece la legislación colombiana, como es el cabildo.

El Consejo Mayor de la Asociación de Cabildos Wounaan, que es la máxima instancia del gobierno en el territorio, y ASOREWA ha expresado que las comunidades se han adecuando al nuevo

contexto de las políticas indígenas y la nueva legislación que protege sus derechos, pero que a veces se pierde la esencia de su saber y conocimiento ya que muchas normas no reflejan su pensamiento (Asociación OREWA, 2022).

Conforme a las adecuaciones constitucionales y a las discusiones que el pueblo Wounaan ha venido desarrollando en el marco del Plan de Salvaguarda (Corte Constitucional Colombiana, 2009, Auto 004), se ha definido la necesidad de hacer uso de la denominada jurisdicción especial indígena. En ese orden se han constituidos los consejos de justicias locales y zonales instituciones que deben conocer y resolver los conflictos de mayor gravedad que se presenten en las comunidades, por ejemplo, homicidio (Ministerio del Interior, 2012).

En la actualidad en el caso de las comunidades Wounaan, al decir de sus autoridades, cuentan con dos instituciones propias dentro del derecho Wounaan que tienen facultades para resolver conflictos internos o al interior del territorio, subordinación de la naturaleza del caso, que lo asume uno u otra entidad, esto es el cabildo o el consejo de justicia (Ministerio del Interior, 2012). En el ejercicio de la autonomía jurisdiccional en este pueblo no existe reparto de elementos, se trata de la adaptación integral de medidas consuetudinarias para la disolución de contraposición de diferente naturaleza (Cabildo Indígena de Unión Wounaan, Municipio del Medio San Juan, s.f.).

En la comunidad existen instrumentos particulares para la resolución de conflictos y un sistema normativo oral que permite la aplicación de justicia, aunque tiene muchas debilidades en el sistema propio, ya que el conflicto armado ha impactado negativamente este derecho fundamental (Achito Lubiasa & Jumi, 2007). Existe un mandato interno, que no es un código propiamente dicho, es un documento que estipula ciertos parámetros y que las autoridades van actualizando, cuando las situaciones y el contexto de las comunidades lo ameritan. En dicho

documento se encuentran elementos sobre la institucionalidad del Gobierno propio y algunas normas de control social muy amplias, pero, existen otras que no están allí y se asumen por costumbre o por decisión de las autoridades, como se dijo el derecho Wounaan básicamente es oral.

Las autoridades tradicionales que ejercen justicia son asociadas de los pueblos y están facultadas y legitimadas para actuar en la aplicación de justicia, estas son: la guardia, el Consejo de Justicia local, Consejo de Justicia Zonal, conformadas por 3 y 5 personas y son seleccionadas por dos años. Estas instituciones se apoyan en las autoridades espirituales y (Cabildo Indígena de Unión Wounaan, Municipio del Medio San Juan, s.f.).

1.1.3. Prácticas investigativas

Una vez la autoridad indígena que tenga funciones judiciales conozca o reciba denuncia de un hecho reprochable y sancionable conforme a los mandatos internos, la autoridad delega al alguacil mayor para que inicie las actuaciones investigativas y este posteriormente debe rendirle informe de la información recaudada. (Unidad de Investigación y Acusación UIA de la Jurisdicción Especial para la Paz [JEP], 2021).

Los alguaciles tienen la potestad de adelantar entrevistas con familiares, testigos o personas cercanas con la finalidad de aclarar los sucesos. Tanto con la familia de víctimas como del victimario.

En líneas generales se considera que las entrevistas deben desarrollarse en primera instancia con las partes involucradas; tanto la víctima, como el agresor. Para conocer las diferentes

perspectivas sobre las cuales se desarrolló la acción. El tiempo de desarrollo de las investigaciones se determinará en función de las particularidades del caso y consonancia entre el equipo de alguaciles y las autoridades indígenas que conocen de caso. (Unidad de Investigación y Acusación UIA de la Jurisdicción Especial para la Paz [JEP], 2021).

Es importante destacar el papel de los “tongueros”, a quienes se les atribuye la capacidad de clarividencia, siendo esa persona que se ha formado con sus antepasados en el conocimiento de la medicina tradicional y, por lo tanto, tiene la calidad de autoridad espiritual; a través de la cual pueden visualizar o soñar con los hechos y dar pistas o indicios al equipo de investigación. Se le considera una figura de consulta para aquellos casos sobre los que no se tengan hipótesis claras sobre lo sucedido. Sus visiones cuentan con un amplio reconocimiento, sin embargo, no son determinantes para las acusaciones, se las considera un elemento importante dentro del proceso de investigación.

En cuanto a lo procesal se puede resumir de la siguiente manera:

- a. Se presentan los hechos y se pone en conocimiento de algún alguacil o personas responsable del Consejo Local de su comunidad, su función será recabar información inicial del caso y solicitar a la autoridad indígena que se inicien las investigaciones.
- b. El Gobernador o la persona encargada de ejercer la autoridad en el territorio autorizará el inicio de las investigaciones.
- c. En equipo de alguaciles inician el proceso de investigación y se recogen evidencias que por lo general se hace de modo oral, ya en los últimos tiempos se ha venido haciendo uso y apoyándose de ciertas tecnologías. (fotografías, videos, etc.).

- d. Se consultan antecedentes del agresor ante el cabildo, las referencias sobre sus conductas previas serán relevantes en el marco de la investigación.
- e. En los casos que no se cuente con una evidencia clara, se recurre a “jaibanás” o “tongueros”, particularmente aquellos con la habilidad de clarividencia para arrojar información de los hechos que permita concretar una hipótesis de lo sucedido (Son consultivos, no decisivos).
- f. Se informa a las autoridades sobre los hallazgos y potenciales sospechosos para tomar decisiones e imponer sanciones.

En cuanto a los medios de conocimiento. La tradición Wounaan está centrada en la oralidad, por tanto, gran parte de las pruebas que se recogen son a través de conversaciones y diálogos con víctimas, victimarios, testigos y familiares. Empero, todos los elementos (fotografías, escritos, objetos, etc.) que surtan efectos probatorios para los hechos son recibidos por los alguaciles. En los casos que no se disponga de información del caso, el papel de los jaibanás es importante para arrojar potenciales hipótesis de lo sucedido.

Con relación a los juicios. La sesión para la resolución de conflictos se desarrolla de manera oral, reuniendo a las partes y dirigido por las autoridades, las decisiones se pronuncian oralmente, y en los últimos tiempos ya se hacen actas que contemplen los puntos principales de la resolución del conflicto. Luego se guarda en el archivo del cabildo.

En términos de coordinación interjurisdiccional. En casos muy puntuales, por mediación de abogados de las comunidades se ha logrado que personas de la comunidad que hayan cometido delitos fuera del resguardo puedan pagar sus delitos bajo lógicas restaurativas en el territorio

indígena. No obstante, la solicitud ha emergido de las mismas comunidades, no por parte de la institucionalidad.

En situaciones de conductas punibles como el homicidio se traslada a los condenados a una comunidad diferente a la suya, aun del mismo pueblo. Se les condena a trabajos comunitarios. El ayuntamiento y el consejo de justicia tienen la obligación de orientar a la persona sancionada de acuerdo con sus cosmovisiones, en una perspectiva restaurativa.

Papel de las autoridades espirituales. Como parte de los procesos de investigación las autoridades espirituales, tanto los Tongueros (videntes), como los Benkuur (médicos tradicionales) participan a petición de los involucrados para apoyar la solución de los casos. Se utilizan, además de las entrevistas, contextos y fotografías, la información se custodia en actas por los secretarios.

Tipos de delitos más comunes en los Wounaan. En principio se puede decir que estas comunidades y sus miembros son muy pacíficas y poco violentas, a pesar de ello, consideran que poco a poco se ha ido incrementando algunos comportamientos reprochables al interior de las comunidades, que según las autoridades tienen que ver con la permanente salida de los jóvenes a las ciudades donde aprenden conductas que culturalmente no son aceptables, ejemplo adicción a las drogas. (Plan de salvaguarda del Pueblo Wounaan, 2010).

Otros por la presencia y participación en actividades del narcotráfico y grupos armados, que al volver a la comunidad desobedecen las normas de la comunidad y quieren imponerse sobre las autoridades tradicionales. Se identifican los siguientes aspectos que generan mayor preocupación para la justicia Wounaan: los chismes, alcoholismo, violencia intrafamiliar, maleficio, brujería, amenazas, hurtos, violación, presentando casos de corrupción en cuanto a los manejos de los recursos económicos de las comunidades.

Tipos de penas y formas de ejecución de las penas. Los comportamientos sancionables en la comunidad consisten en realizar trabajos durante un determinado tiempo, esto es trabajar en la limpieza de la comunidad, apoyar trabajos comunitarios, trabajar con las víctimas para resarcir eventuales daños, contribuir de los desarrollos de enseñanza de la comunidad, pagos en dinero o especie, no hay calabozo en el territorio ni imposición de medidas de castigo corporal. No se concibe en el pensamiento Wounaan la cárcel. Pocas veces se ha hecho traslado de personas de la comunidad a cárceles del Estado, no se aplican penas de destierro o similares. (Unidad de Investigación y Acusación UIA de la Jurisdicción Especial para la Paz [JEP], 2021). En general no es común en el territorio Wounaan delitos graves.

El proceso de imposición de las penas y la resocialización debe precisar los elementos culturales y de cosmovisión del pueblo Wounaan. La reparación cuando proceda debe igualmente precisar las características culturales, territoriales, comunitarias, en tanto, que para el Wounaan interesa mucho la reparación de las víctimas. (Unidad de Investigación y Acusación UIA de la Jurisdicción Especial para la Paz [JEP], 2021).

1.2. Generalidades de otros Sistemas Penales Indígenas

Según el pueblo Kogui las faltas más graves a considerar en su cultura son: profanación de sitios sagrados, la violación, el homicidio, desconocimiento del saber tradicional, entre otras. Las sanciones frente a estas faltas son: Confesión ante el Mamo, reintegrando en los lugares sagrados

predispuesto por el Mamo, efectuando labores colectivas, pagar encierro en los sitios de gobierno y finalmente pagar una multa en especie o dinero. (falta referencia)

En la comunidad Arhuaca son consideradas faltas graves la profanación de Sewá (reliquias sagradas), agredir a los Mamos verbal, la violación y el homicidio (Gómez, 2015). El método en la asiduidad de la honradez se simplifica a partir de: delatar ante el poder, convocatoria a las partes pertinentes y adelanto de la audiencia, junto a los familiares, audiencia decisoria, levantamiento de acta y finalmente la absolución donde el Mamo y la limpieza tradicional. Por su parte, las sanciones esenciales son las que anteriormente se expusieron en el pueblo Kogui, aunque, los componentes usuales de sanción para faltas graves son los azotes de tiras de cuero y las cadenas de hierro (cepos); por ello, toda punición cuenta con el ejercicio preventivo, protector y reintegración de las personas. (Gómez, 2015).

Para los pueblos Nasa, por ejemplo, la violación representa años de trabajo forzado, fuezada (5 por alguacil) y compensación a la familia de la niña. Esto se estima como uno de los crímenes más circunspecto. La transgresión a señoras no se consideran un acto de importancia en cuanto es «persona ya formada» y se sanciona con fuezada y 2 años laboral e indemnización, el delito: simple o agravado, se considera de mayor gravedad social y se penaliza con trabajos forzados de 5 a 8 años para las familias afligidas y con fuezada por el consejo. (falta referencia)

Las familias afectadas tienen la responsabilidad de firmar un acta donde se acuerde el compromiso a no importunar con esta falta ni desquitarse después del hecho cometido. En este orden, el criminal es victimario y víctima a la vez, así como el victimario tiene una penalidad social que pretende vincularlo más en ella a través de prácticas sociales ancestrales como el trabajo, base de la colaboración y reciprocidad. (falta referencia)

Por otra parte, desde el pueblo Kanguamo frente a los delitos penales como: los sucesos de asesinatos, crímenes de lesa humanidad y acceso carnal violento, no son resueltos internamente y por lo tanto son enviados a la jurisdicción ordinaria ya que no tiene una base que permita cumplir las anomalías ni tampoco los recursos presupuestales para el sostenimiento de los condenados (Gómez, 2015).

1.2.1. La Concepción Indígena en razón de: Competencia y Cumplimiento de Penas.

A partir de la descripción realizada de los ejercicios de justicias del pueblo Wounaan y de las generalidades de los otros sistemas penales indígenas, podemos inferir que desde la epistemología de los pueblos indígenas o sus saberes ancestrales hay elementos diferenciales sustanciales en asuntos de la concepción de justicia, competencia y en propósitos de ejecución de las penas, tal como de sus fines mismos.

En cuanto a la concepción de justicia en el pensamiento Wounaan es el equilibrio que debe mantenerse entre la madre naturaleza, la espiritualidad y el hombre, siempre teniendo como centro la defensa de la vida, no solamente del hombre (Ministerio de Cultura, 2015). Esto es con el propósito de que haya armonía familiar, social y comunitaria al interior del territorio.

De esta forma, el fin de la pena en el sistema penal Wounaan es la armonización, recuperación y reintegración a la comunidad para que no vuelva a recaer en la conducta desviada y reprochable socialmente en la comunidad, en consecuencia, pueda ser útil a los procesos sociales, productivos comunitarios y vuelva armonizarse a la vida comunitaria. Por tanto, la ejecución de la pena se hace al interior de la comunidad para que ese proceso sea restaurativo, no se le puede aislar

o enviar a centros de reclusión estatal por cuanto allí se desarmoniza, aprende otras conductas desviadas y pierde la identidad cultural propia (Gómez, 2015).

En cuanto a la competencia, previamente se mencionó que el pensamiento indígena es integral, por tanto, las autoridades indígenas son conscientes de toda naturaleza de conflictividad que se susciten al interior de su comunidad, en cuanto que a diferencia de las autoridades del Sistema Judicial Ordinario aquí el poder judicial está concentrado.

Para los distintos pueblos aborígenes, los estatutos se someten del hecho y la pauta aceptada por la persona que cometió la falta, por lo que el sistema jurídico y cultural que funciona entre los indígenas se esfuerza por rehabilitar al sujeto infractor al sistema cultural del que se ha retirado para finalmente lograr rehabilitar al sujeto de la falta cometida (Achito Lubiasa & Jumi, 2007).

En otras palabras, la justicia indígena como sistema de organización social, cultural y político explica Gómez (2015) tiene una ventaja porque esta posee un conocimiento del terreno, y de las personas que integran una determinada comunidad, su proceder y, finalmente, el entendimiento de la ejecución de cada una de ellas. Por ello, ese conocimiento es el fundamento más importante para tomar decisiones ante las faltas que comete un indígena.

1.3. Naturaleza del Sistema Penal Ordinario colombiano.

En Colombia desde 1991 se inició la construcción de un nuevo derecho, ya que la nueva Constitución Política establece lo siguiente:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática,

participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 1 y 2).

En consecuencia, a partir del año 2005, gradualmente se ha dado inicio a la aplicación del Sistema Procesal Mixto con tendencia acusatoria y de adversarios, mediante la Ley 906 del año 2004, y posterior a ello, el 1° de enero de 2008 se cobijó el territorio nacional. El doctor Nelson Saray Botero (2017) expresa que:

Con el Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo la más importante modificación que haya realizado al diseño constitucional del régimen de procedimiento penal en Colombia, El mismo, se acoge a un sistema procesal de tendencia acusatoria que abandonó el tradicional sistema inquisitivo o mixto que había regido en el país (pág. 9).

El estándar aceptado es un sistema de partes en sucesión adversarial modulado con tendencia acusatoria y claramente adjudicativo (Corte Constitucional , 2011). Esta reforma se basó en la idea de que los principios políticos del delito del sistema de acusación están más acordes con el modelo de sociedad y los estados democráticos de derecho, como la necesidad de mejorar la eficacia de los procesos penales.

1.3.1. Concepto de jurisdicción.

Generalmente en la teoría jurídica se entiende por jurisdicción, a la función del Estado para regir la justicia a través del órgano judicial, es la potestad punitiva del mismo, tiene su origen en el latín **“jus” (derecho)** **“dicere”** (declarar) y **“jurisdictio”** (dictar derecho).

Según Figuera Vargas (2015), “la jurisdicción como función genérica radica en resolver de forma decisiva los conflictos con la aplicación del derecho” (pág. 95). Adicionalmente, expresa que se compone de dos fases primordiales: La autoridad jurisdiccional que sería el elemento constitucional o estático y la función jurisdiccional que hace referencia al elemento procesal o dinámico (Figuera Vargas S. , 2015).

Así mismo, el profesor Eduardo Couture (2010) explica que la jurisdicción se define como el puesto público realizado por los entes competentes del Estado, con las formas necesarias por la ley. Asimismo, dentro de sus capacidades se decretan los derechos de las partes buscando resolver los conflictos de importancia jurídica y que eventualmente sean objeto de ejecución (Couture, 2010).

De otro lado, Escobar Vélez (2010) trae una definición que nos ilustra el concepto de jurisdicción:

Desde el punto de vista funcional y general, en sentido estricto, podemos definir la jurisdicción como la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo de la libertad y la dignidad humana, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar o sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias (pág. 13).

1.3.2. La competencia

Mattiolo (1930) indica que la competencia es la jurisdicción que “se distribuye entre las distintas autoridades judiciales” (pág. 57). Según Rocco (2002), la competencia se puede definir como “aquella parte de la jurisdicción que ciertas normas procesales se distribuye entre los distintos órganos ordinarios” (p. 246). Couture (2010) explica que “todos los Jueces tienen jurisdicción, y no todos tienen competencia para conocer de determinado asunto” (pág. 28).

El juez ideal debe tener jurisdicción, pero “un juez incapaz es un Juez con jurisdicción y sin competencia” (Consejo de Estado, 2007). Por lo tanto, es responsabilidad de todos los jueces la jurisdicción, más cada juez tiene conferida la facultad de la competencia (Consejo de Estado, 4 de octubre de 2007).

1.3.3. La Ejecución de Penas

La Corte Constitucional colombiana establece que el concepto de la pena es definido por la como la declaración del poder represivo del Estado (). Es una pena legal delimitada por una acción considerada delito tipificado (Corte Constitucional, Sentencia C-328, 2016).

Con relación a los fines de la pena, el artículo 3 del Código Penal define que la pena deberá dar respuesta a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (). Por lo que, la Corte Constitucional ha sostenido que:

La resocialización tiene una relación directa con los principios de dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, y ha señalado que la pena no busca la exclusión del infractor penal, sino su recuperación y reincorporación a la vida en sociedad. Por esto, la Corte ha concluido que la resocialización es un fin constitucionalmente válido en Colombia. (Código Penal, 2016).

Adicionalmente, “en numerosos pronunciamientos, ha reconocido las dificultades que enfrentan las políticas públicas de resocialización y reinserción de los presos. Por esto, ha declarado un estado de cosas inconstitucional en las cárceles” (Corte Constitucional, Sentencia C-328, 2016).

Tras la evaluación de la situación del sistema Carcelario en Colombia durante las últimas dos décadas, se identificó el incumplimiento del Estado de garantizar adecuadamente que las personas privadas de la libertad gocen de sus derechos, demostrando que este sistema violenta derechos fundamentales. A partir de allí, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas

inconstitucional en materia carcelaria mediante la expedición de las Sentencias T-153 de 1998, T-338 de 2013 y T-762 de 2015.

Los grandes problemas señalados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-153 de 1998 para declarar el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario colombiano se resume en los siguientes aspectos:

- a. Los reclusos por lo general presentan violaciones masivas y generalizadas en cuanto a los derechos constitucionales.
- b. Los deberes de respeto, protección y garantía han sido garantizados durante mucho tiempo.
- c. El sistema ha formalizado prácticas claramente institucionales dentro de sus delegaciones cotidianas.
- d. Es notable la ausencia de medidas legislativas, administrativas y presupuestales.
- e. Las dificultades estructurales que exponen la participación de entidades requieren una solución con acciones complejas y coordinadas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153, 1998).

CAPÍTULO II

Las tensiones entre el Sistema Judicial Ordinario y Sistemas Penales Indígenas

Una vez revisadas ambas jurisdicciones, procederemos a analizar y recoger los criterios que han adoptado al respecto las altas Cortes colombianas, especialmente del Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional. En ausencia de una norma de coordinación interjurisdiccional, las altas cortes han venido dirimiendo las diversas tensiones entre las jurisdicciones ordinaria y la especial indígena. Nos centraremos en las controversias que se generan a partir de dos elementos: los criterios que decretan la disputa de la Jurisdicción Especial Indígena y la ejecución de la pena para sujetos pertenecientes a pueblos indígenas, y ciudadanos no indígenas que hayan cometido conductas desviadas dentro de territorio perteneciente a alguna comunidad.

En principio, se aclara que aun existiendo el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en la norma superior de 1991 y haberse emitido una orden del constituyente al Congreso de la República de Colombia, en el sentido de expedir una ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, después de poco más de 30 años esta ley no existe pues el Congreso de la República ha omitido este mandato constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-463, 2014).

Para lo anterior, el artículo 246 superior prescribe que “la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el Sistema Judicial Nacional”, por lo que pretende ser el punto de encuentro y equilibrio entre la jurisdicción ordinaria y los sistemas penales indígenas. Esto ante la inexistencia de tan punto en el ejercicio práctico de la coexistencia de estas jurisdicciones donde se encuentran colisiones o tensiones en diversos aspectos (Const., 1991, art., 246).

Se pretende analizar las posturas más relevantes que han sostenido las altas Cortes colombianas frente a las variables objeto de estudio, esto es en cuanto a la competencia: Los criterios que diagnostica la rivalidad de la Jurisdicción Especial Indígena y la ejecución de la pena para sujetos pertenecientes a pueblos indígenas. En cuanto a la competencia, el propósito es señalar los puntos de vista que determinan esta categoría dentro de la Jurisdicción Especial Indígena.

Haciendo un recorrido de las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, Corte Constitucional y la Corte Suprema de justicia, se destacan elementos sustanciales que a partir de las casuísticas que se han ido presentando en las comunidades indígenas y que, por vía de revisión de tutela y presentación de conflictos de competencia, llegan al conocimiento de estas altas cortes y les ha correspondido generar las soluciones que consideran pertinentes en su momento.

Dentro de las diversas providencias que se someten al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se distinguen la autonomía de los pueblos aborígenes a desempeñar su jurisdicción, y se recogen los principios y criterios para determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena (Organización Internacional del Trabajo [OIT], Convenio 169, 1989).

En cuanto a los principios para definir la competencia de la jurisdicción indígena, se han establecido los siguientes:

- a. Maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, y la solución de conflictos internos. Según este principio, si ambas partes en un conflicto son indígenas, la autonomía de la comunidad será mayor. Si una de las dos partes no lo es, se debe buscar la manera de que haya compatibilidad entre los intereses.
- b. El nivel de conservación de la identidad cultural es proporcional a su autonomía (Organización Internacional del Trabajo-OIT, Convenio 169, 1989).

La autonomía también depende de la vigencia y efectividad de los reglamentos y la jurisdicción propia. Este principio no implica que la pérdida de algunos aspectos de la vida aborígen replique la misma condición en cuanto a la capacidad de administrar justicia. Tampoco da lugar a que los jueces puedan definir una mayor o menor autonomía que dependa del aislamiento de la comunidad.

De los principios referenciados se observan diferentes situaciones que son objeto de controversia para los indígenas. Estas fórmulas no son tan progresistas como aparentan ser en un primer momento, la malicia les dice que es traída de instituciones muy retrogradadas de la colonia,

es una fórmula del multiculturalismo liberal que según Figuera (2015) “reconoce la coexistencia de diferentes culturas, reafirmando la idea de que dichas culturas deben subordinarse a una cultura dominante, con sus códigos, sus normas y sus sistemas de valores” (pág. 19).

Lo anterior, en confrontación de las luchas indígenas que procuran por una tesis del pluralismo cultural, busca que se abandone la idea de que los pueblos indígenas tienen un menor valor frente al resto de la sociedad y que efectivamente se acepten las diferencias religiosas, culturales, lingüísticas, étnicas y su valoración positiva, de modo que resulte en que se consideren desde una mirada horizontal.

2.1. Criterios que determinan la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena

Con base en los artículos 1, 2, 7, 70 y 246 de la Constitución Política de Colombia (1991), la Corte Constitucional ante los fundamentos que se ejercen en pro del mantenimiento a la jurisdicción indígena ha delimitado:

1. Un componente humano que señala la diferencia de realidad que puede tener un grupo basado en su origen étnico y la persistencia diferenciada de su identidad cultural.
2. Un elemento somático que se refiere a la validez de las autoridades tradicionales quienes tienen una función de comprobación social en colectividad.
3. Un elemento normativo con el cual el grupo se guía por un sistema jurídico autóctono construido de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

4. Un ámbito geográfico que establece la jurisdicción indígena a propósito del territorio. Según el artículo 329 de la Constitución Política (1991), se debe conformar de acuerdo con la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las congregaciones.
5. Un agente de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar opuesto a la Constitución ni a la ley (Corte Constitucional, Sentencias T-364, 2011).

En cuanto al elemento personal, se exige instaurar “si el procesado pertenece a la comunidad indígena que reclama la jurisdicción” y manera de ejemplo, se pueden indicar algunos medios para demostrar tal pertenencia, como la “carnetización del individuo, la declaración del Gobernador del Cabildo indígena y el censo de la comunidad” (Corte Constitucional, Sentencia T-496, 1996).

El punto de discordia es cuando una persona no indígena realiza una conducta punible en territorio indígena, que agrede o ponga en riesgo un bien jurídico que es de utilidad tanto de la sociedad predominante como la de los pueblos indígenas. Hay dos casos que ilustran esta situación y ambos ocurrieron en el departamento del Cauca. El caso de Feliciano Valencia, indígena del pueblo Nasa, quien en una minga indígena coordinó el juicio y castigo de un miembro de las fuerzas militares que se había infiltrado a la comunidad para hacer inteligencia. Feliciano fue procesado por secuestro simple, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia asignó la competencia a la jurisdicción indígena (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP-9243, 2017). Otro caso relevante es el de un grupo de personas no indígenas que fueron capturadas por las autoridades indígenas en su territorio por hurtar unas motos (Fiscalía General de la Nación, 2017). Sobre este último caso,

la Corte constitucional dijo que la competencia era de la jurisdicción ordinaria, argumentando que dichos sujetos no podían ser procesados bajo una jurisdicción que contraríe sus valores culturales. Estas dos decisiones permiten ver tensiones o conflictos jurisdiccionales frente a los cuales se debe determinar la prevalencia para resolverlos.

2.1.1. ***Criterio territorial.*** La jurisprudencia de la Corte Constitucional lo definió como “parte de un concepto de territorio que comprende no solo las zonas físicas de la comunidad, sino, aquellos espacios donde se despliegan sus actividades culturales” (Corte Constitucional Colombiano, Sentencia T- 496, 1996).

El concepto de territorio al que se circunscribe este trabajo se refiere solo a territorios debidamente reconocido, como los resguardos indígenas, y a los cuales se les da un alcance espacial que se extiende hasta donde se despliegan las actividades culturales de sus habitantes. Esta delimitación territorial genera un problema que debe resolverse es si los indígenas que se encuentren por fuera del espacio territorial donde se desarrollan culturalmente mantienen su condición de indígena, para los efectos de la aplicación de la jurisdicción especial indígena, y si esto representa una pérdida de su identidad cultural. El espacio territorial indica la condición de indígena, por lo que la respuesta sería negativa teniendo en cuenta que la identidad étnica se reconoce en todo el territorio nacional. Uno de los objetivos de la jurisdicción indígena es proteger esa diversidad de los pueblos indígenas (Congreso de Colombia, Ley 21, 1991).

2.1.2. ***Criterio objetivo***

Según este criterio se debe analizar si el bien jurídico protegido, como la vida o el patrimonio, y el titular pertenecen o no a la cultura mayoritaria. La competencia no se define definitivamente por la gravedad de la conducta. No obstante, la desaparición forzada es la

excepción y en la ejecución de la jurisprudencia de la Corte se aclara esto. Por lo demás, se deben tener en cuenta los siguientes elementos determinados por la Corte Constitucional (2003), a saber:

- a. Si el bien jurídico o su titular concierne únicamente a la comunidad indígena la competencia debe inclinarse hacia la jurisdicción indígena;
- b. Cuando el bien jurídico o su titular pertenezcan exclusivamente a la sociedad mayoritaria la competencia se orientaría hacia la jurisdicción ordinaria;
- c. Cuando el bien jurídico concierne tanto a la comunidad indígena como a la mayoritaria, debe examinarse con detenimiento el elemento institucional (Sentencia T-552 de 2003).

2.1.3. Criterio Institucional

Para que este criterio pueda ser aplicado a casos concretos relacionados con conflictos jurisdiccionales, se requiere tener en cuenta las normas jurídicas, las autoridades y los procedimientos existentes en una comunidad concreta para la sanción de la conducta desviada. Es decir, las diferencias determinantes de la jurisdicción que debe resolver el caso concreto se resuelven en el campo de las instituciones propias de una comunidad indígena. Si el caso concreto no tiene relación con esas instituciones, la jurisdicción que debe resolver es la ordinaria.

Siguiendo la sentencia T-552 de 2003 de la Corte Constitucional, este criterio se determina de acuerdo con las siguientes reglas:

- a. Existencia de autoridades tradicionales al interior de la comunidad indígena, que ejerzan control social en un territorio establecido.
- b. Existencia de procedimientos judiciales autóctonos bien definidos y conocidos y aceptados por la comunidad.
- c. Existencia de un concepto genérico de nocividad social y de las penas aplicables para los hechos procesados, conforme a sus concepciones culturales.

Las anteriores pautas tienen unas consecuencias prácticas en el proceso penal, en tanto que en cada caso se debe determinar con suficiencia la existencia de las instituciones aplicables. Una vez que estas se encuentren plenamente demostradas, la jurisdicción ordinaria debe asumir el caso o remitirlo a la jurisdicción indígena para que aplique sus normas y lo resuelva.

2.2.Elementos conflictivos para determinar la jurisdicción aplicable

En términos generales, se pueden señalar algunos elementos que suscitan conflictos al momento de la aplicación de las justicias étnicas en Colombia:

- a. La JEI se califica desde los valores de la sociedad mayoritaria y, por tanto, se le valora como una jurisdicción subordinada a la jurisdicción ordinaria. En la práctica no se acepta que debe existir una relación horizontal entre las dos jurisdicciones ya que se sobrepone el prejuicio por parte de operadores de la justicia ordinaria frente a la JEI.
- b. No existe una ley de conjunción interjurisdiccional. La ausencia de esta norma es el génesis de la mayor parte de las tensiones que se presentan hoy en materia de conflictos de jurisdicciones.

- c. Mientras la justicia indígena es de tipo restaurativa, la justicia ordinaria es mucho más de corte distributiva. El indígena que tenga conductas desviadas es remediado, para recuperarlo y reincorporarlo a la vida comunitaria de modo que no reincida en ese comportamiento.
- d. El derecho indígena es oral y no escrito. Los principios y concepción de daño de una conducta punible por la comunidad se conservan en la memoria colectiva y en la praxis conforme a su cosmovisión de cada pueblo indígena. Existen ahora algunos documentos que denotan elementos básicos y establecen ciertos delitos y sus consecuencias, en pocos pueblos.
- e. El pensamiento indígena es integral. No existe división de materia, la lógica del pensamiento indígena es que todo está relacionado: espiritualidad, naturaleza y hombre, toda desarmonización de este equilibrio, debe remediarse.
- f. En la jurisdicción especial indígena existen tantos sistemas jurídicos penales como tantos pueblos existen; la sociedad mayoritaria tiene un solo sistema penal. Por tanto, intentar imponer reglas únicas y de modo unilateral desde la justicia ordinaria genera muchas controversias.

2.3. En cuanto a la aplicación de la pena o sanción

La ley 65 o Código Penitenciario y Carcelario (1993) en su artículo primero establece como su objeto a regular el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de a libertad personal y de las medidas de seguridad. Estas medidas restrictivas de la libertad deben ser ejecutadas en virtud del principio de legalidad y sujetos al principio de igualdad.

Desde esta perspectiva, se hizo necesario adicional el artículo 3A a dicho código bajo la ley 1709 de 2014, artículo segundo, que introdujo el enfoque diferencial en los siguientes términos:

El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional (Código Penitenciario y Carcelario de Colombia [CPYC]. 2014).

Para la aplicación del enfoque diferencial, se le confirió facultades extraordinarias al presidente de la República para que dentro de los seis meses posteriores a la expedición y la previa consulta con las comunidades estableciera un decreto con fuerza de ley que tratara este tema con enfoque diferencial (Código Penitenciario y Carcelario [CPYC]. Ley 1709, 2014. art. 96. 20 de enero de 2014). No obstante, vencido el término dado por la norma referida, ese decreto no fue expedido

La falta de desarrollo reglamentario del enfoque diferencial para el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la pena privativa de la libertad y las medidas de seguridad, producen un incumplimiento del Estado que afecta los derechos fundamentales de los pueblos indígenas a

que sus miembros reciban un trato acorde con el Estado social de derecho. Lo anterior, en tanto que desde la constitución de 1991 se ordenó al legislador a crear una ley de coordinación de jurisdicciones, con el fin de hacer efectivo el reconocimiento que se hace a los pueblos aborígenes en sus territorios. En esas condiciones, la falta de regulación sobre el cumplimiento de las medidas restrictivas de la libertad constituye un trato discriminatorio negativo que desconoce la cultura de dichas comunidades y los obliga aceptar la cultura occidental mayoritaria.

Esa omisión ha sido suplida por la Corte Constitucional, la cual ha desarrollado unas pautas que se pueden resumir de la siguiente manera.

- La **primera consideración** es que, el sujeto nativo es investigado, sentenciado y condenado por la jurisdicción indígena, entonces la ejecución de su pena debe ser en su propio medio bajo sus procedimientos y autoridades propias.
- La **segunda** situación es que si el procesado indígena en caso de ser condenado en la jurisdicción indígena y por razones de seguridad u otra razón, no se puede tener o estar en su territorio, entonces de manera excepcional puede ser trasladado a un establecimiento carcelario del sistema ordinario, mediante acuerdos que la autoridad indígena realice con el INPEC.
- **Tercera** situación, si el sujeto indígena por competencia de la justicia ordinaria es procesado por esta cuerda, la detención preventiva o condena, según sea el caso, debe ser cumplido, en el establecimiento carcelario del Estado, para ello, debe existir un patio especial que garantice su derecho primordial a la igualdad cultural.

- En *cuarto* lugar, en virtud del principio de la participación armónica que debe existir entre las dos jurisdicciones se permite que el sujeto indígena procesado por la vía ordinaria pueda cumplir bajo la justicia indígena una eventual detención preventiva de la libertad y en caso de ser condenado igualmente.

Es decir, la regla general es que el indígena en temas de realización de la pena debería cumplir la pena en su territorio por cuanto los indígenas no conciben la cárcel como institución:

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del artículo 41 literal b de la Convención de San José de Costa Rica, recomienda a los gobiernos del Estado parte que implementen el principio III de las recomendaciones relativas a la libertad de las personas “sobre la protección de las personas privadas de su libertad”, que establece que “en la imposición de las sanciones penales previstas en la legislación general contra los miembros de los pueblos indígenas de conformidad con la justicia consuetudinaria, se dará prioridad a la legislación vigente (CIDH, art., 41 literal b).

Adicionalmente, el Convenio 169 de la OIT, establece que en cuanto a los indígenas se debe imponer sanción diferente a la cárcel:

Respetar, en la medida de lo posible, los métodos utilizados por las personas interesadas, en el marco de su ordenamiento jurídico nacional y de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El recurso tradicional es para reprimir los delitos cometidos por sus integrantes, además, las autoridades y tribunales competentes en materia penal “deberán tener en cuenta los hábitos de las referidas personas en esta

materia”. Prescribe el artículo 10: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (OIT, Convenio 169).

De acuerdo con el mandato internacional anteriormente citado, resulta imperiosa promulgar una ley de coordinación de jurisdicciones entre las jurisdicciones indígenas y ordinarias, con el fin que se establezcan reglas procedimentales que permitan con claridad resolver los conflictos que se presenten entre estas jurisdicciones en temas relacionados con la aplicación de medidas restrictivas de la libertad.

Hasta aquí el tema no ofrece mayor conflicto. Sin embargo, al investigar en el terreno práctico se evidencian aspectos con ciertas tensiones que se señalan posteriormente, a partir de lo que establece la jurisprudencia sobre la materia.

La Corte Constitucional en la sentencia T-685 de 2015 ha señalado que para autorizar el cumplimiento de medidas restrictivas de la libertad en territorios indígenas “el juez tendrá la responsabilidad de comprobar si la comunidad cuenta con instalaciones aptas para brindar garantía a la penuria de la libertad en condiciones integrales y con vigilancia de su garantía” (párr. 15). A primera vista, se puede observar un procedimiento sencillo de cumplir, pero en la práctica no suele ser así. Esto ocurre porque se lee, se comprende o se entiende este aparte desde una concepción del derecho positivo, el cual es diferente de la perspectiva ancestral indígena. Bajo el derecho indígena, estos conceptos no son precisamente iguales y compatibles (Corte Constitucional, Sentencia T-685, 2015).

Así mismo, dice que el INPEC debe verificar si el indígena está “*en efecto privado de la libertad*” sigue el aforismo indicando que “En caso de que la persona nativa no esté en el lugar asignado se debe revocarse de forma inmediata el actual beneficio” (párr. 19), y finaliza diciendo que “A ausencia de infraestructura en el amparo para ejecutar la prevención se deberá dar halago estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993” (Corte Constitucional, Sentencia T-685, 2015).

Cuando se plantea que el juez o el INPEC debe verificar, se entiende que la diligencia consiste en constatar si la colectividad tiene un establecimiento idóneo y demás condiciones para que, en efecto, la jurisdicción indígena pueda asumir la detención preventiva o la ejecución de la pena según sea el caso. En razón de este postulado indicamos a manera de pregunta los siguientes puntos conflictivos:

1. ¿Qué considera la autoridad judicial como instalaciones idóneas para la justicia ordinaria y la autoridad indígena desde su perspectiva?
2. ¿En la justicia indígena se tiene el concepto de privación de la libertad?
3. ¿Qué se entiende por lugar asignado?
4. ¿Se tiene la misma conceptualización sobre dignidad, vigilancia y seguridad en la concepción de justicia indígena?
5. ¿En qué consiste dar estricta culminación al artículo 29 de la ley 65 de 1993, y en la práctica se cumple o es posible que se garantice?
6. ¿Hay algún protocolo o procedimiento para la realización de estas diligencias en los territorios indígenas?

Los conceptos que se establecen contrarían la visión de justicia indígena, en tanto que se lo hace desde la concepción de la jurisdicción ordinaria, desde lo que los indígenas llaman pensamiento occidental, encontrando, que en la praxis que una interpretación tiene la autoridad de los pueblos indígenas y otra muy distinta la autoridad del Sistema Judicial Ordinario, quienes consideran que la interpretación válida y adecuado es la de ellos, por tanto, según ellos debe prevalecer ante el pensamiento indígena.

Por lo que, tanto fiscales como jueces consideran que los pueblos indígenas deben acreditar, por ejemplo, códigos escritos, cuando se dijo que sus sistemas son orales; igual sucede con la noción de daño se exige que dicha regla debe estar estipulado en una norma escrita, cuando el sistema indígena es oral y sus principios de vida y reglas están interiorizada en la memoria colectiva del pueblo, que se transfiere de generación en generación, por medio de espacios propios de socialización comunitaria.

En cuanto a la adecuada infraestructura que debe demostrar el cabildo para asumir la competencia de una detención preventiva o un condenado indígena en su territorio, esperan los fiscales, jueces y los funcionarios del INPEC que al interior de la comunidad deben encontrar unas instalaciones abarrotadas y con rejas de hierro o algo parecido a la cárcel ordinaria, cuando en el pensamiento indígena no se concibe la cárcel, este tipo de interpretación hace que en la práctica se generen muchos conflictos. (Corte Constitucional de Colombia, 2019).

Adicionalmente en términos más generales, podemos indicar otros puntos problemáticos en cuanto a la ejecución de pena,

1. En primer lugar, en los procesos de investigación los fiscales ignoran y desconocen totalmente la regla jurisprudencial de llamar o poner en consideración de la autoridad

indígena, que un integrante de su comunidad enfrenta una investigación en la justicia ordinaria.

2. No existe una norma regulatoria en el sistema carcelario y penitenciario que desarrolle el principio de enfoque diferencial étnico.
3. Los fiscales no conocen la justicia indígena y, por tanto, no conocen ni saben la forma de coordinar con las autoridades indígenas. Los servidores públicos desconocen los derechos especiales indígenas – fuero indígena, entre otros.
4. No hay conciencia de reconocimiento ni respeto de los operadores de la jurisdicción ordinaria a la JEL.
5. No existe mínimamente un protocolo de conjunción y articulación con las autoridades indígenas.
6. En los procesos de investigación no hay un protocolo para determinar si el individuo que se va a procesar hace parte a un pueblo indígena o no.
7. En el sistema penal acusatorio colombiano no se tiene claridad en qué etapa procesal deben intervenir las autoridades indígenas para solicitar el cambio del sitio de reclusión del comunero o integrante, en caso de que proceda. (Corte Constitucional de Colombia, 2019).

Adicionalmente, se observa que los cuatro elementos y subreglas usados para su determinación pueden entrar en conflicto con otros derechos, como los de menores víctimas de abuso sexual, que resultan controversiales porque su tratamiento en la jurisdicción indígena es muy condescendiente.

CAPÍTULO III

El enfoque diferencial étnico como eje de articulación de los modelos de justicia ordinaria e indígena en una futura ley de coordinación de jurisdicciones.

3.1. Lineamientos de resolución de conflictos de competencia y ejecución de penas

A continuación, se plantean algunos lineamientos que conducen un verdadero dialogo entre jurisdicciones ordinaria e indígena. Este ejercicio se hace a partir de los principios que prescribe la Constitución de 1991. Esta Constitución está fundamentada en tres dimensiones: *Estado Social,*

que busca de la dignidad humana, en este caso, de los pueblos aborígenes; *Estado de Derecho*, que hace referencia a la regulación legal y constitucional para resolver los conflictos jurisdiccionales; y un *Estado Democrático*, donde prevalecen principios de participación, pluralismo y diversidad étnica que orientan las políticas del Estado.

Por lo anterior, se hace referencia a unos antecedentes y definición conceptual de la jurisdicción indígena, posición de los territorios aborígenes en la Asamblea Nacional Constituyente, breve recuento de lo que ha sido la ley de coordinación, que entre otras cosas es un mandato del constituyente y finalmente planteamos una política pública de justicia con enfoque étnico diferencial.

3.2. Definición conceptual y antecedentes de la JEI.

Para iniciar el tejido conceptual y conectar la temática sustancial, se precisan algunas nociones básicas: Jurisdicción y jurisdicción indígena, que nos permitan aproximarnos y empalmar de modo coherente con el cuerpo teórico de esta investigación.

En cuanto al primer concepto, la doctrina ha entendido que “La jurisdicción es una manifestación de la soberanía nacional mediante la cual se faculta a determinados funcionarios para administrar justicia en nombre del Estado” (Martínez Rave, 1996, pág. 161). A su la competencia es una manifestación de la jurisdicción y se activa “cuando un funcionario tiene facultades para resolver un caso concreto (...)” (Martínez Rave, 1996, pág. 164) . Los anteriores conceptos nos muestran con claridad la relación directa existente entre jurisdicción y competencia, en cuanto que la una es un concepto genérico que emana de la soberanía nacional, en virtud de la

cual el Estado debe resolver los conflictos que se producen en la sociedad, mientras que la otra es la aplicación concreta, a través de la autoridad investida por el estado de derecho para resolver casos concretos.

En el caso colombiano, la Constitución de 1991 en su normativa diferenció a los territorios ancestrales del resto de territorio nacional, asignándoles autonomía jurisdiccional en sus territorios (Constitución Política de Colombia, art. 246, 1991). En esas condiciones, resulta necesario aproximar el concepto de jurisdicción a esta realidad constitucional. En ese sentido, Escobar Vélez (2010) define la jurisdicción indígena como “la facultad de las comunidades indígenas, para dirigir justicia conforme a sus propias normas y procedimientos” (pág. 31). Por tratarse de un colectivo humano, al que la constitución le reconoce autonomía en el marco cultural que permite la convivencia pacífica dentro de la comunidad, existen unas formas ancestrales para resolver los conflictos que implica autoridades y normas reconocidas y aceptadas por la comunidad (Figueroa & Sarmiento, 2016).

Finalmente, podemos afirmar en palabras de Giraud (2008), que la “jurisdicción indígena se refiere entonces a la autonomía de los pueblos indígenas para darse sus propias reglas, procedimientos y autoridades judiciales y para desempeñar funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial” (pág. 166).

El anterior concepto resulta muy importante, porque constituye un reconocimiento a la racionalidad de la cultura indígena y su operatividad en el territorio. No siempre fue así. Recordemos que la ley 89 de 1890 en su artículo 11 se refería a los indígenas como salvajes, reducidos a la vida civilizada. Es decir, eran tratados como seres irracionales, inferiores al resto de

la población. Al revisar esta norma, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-463 de 2014 declaró lo siguiente:

La Constitución Política de 1991 reconoce a los pueblos indígenas la titularidad de derechos fundamentales, destinados a asegurar su supervivencia como grupo social, y la permanencia de su cultura. Estos derechos giran en torno a los principios de auto determinación de los pueblos, propiedad colectiva de los territorios ancestrales, autonomía para la definición de sus “formas de vida buena” y participación en los asuntos públicos que les conciernen (Corte Constitucional, sentencia C-463, 2014)

De esta manera, desarrolla el concepto de autonomía en el territorio en el cual debe resolver sus conflictos teniendo como límite los derechos individuales de los miembros de la comunidad, como el derecho a la vida, el debido proceso, entre otros.

Siguiendo esa línea jurisprudencial, surgen dos conceptos: jurisdicción especial indígena y fuero indígena, los cuales son complementarios, aunque tienen significados distintos. El fuero indígena es un derecho que tiene todo miembro de la comunidad y su objetivo es la preservación de la cultura ancestral. Sus conductas son objeto de injerencia jurisdiccional en su territorio. Mientras que la jurisdicción es un derecho de la comunidad a preservar su propia organización y regirse por esta.

La anterior distinción ha sido objeto de diseño e implementación de criterios jurisprudenciales tendientes a generar reglas que permitan resolver conflictos jurisdiccionales, tales como “los principios de maximización de la autonomía de las autoridades aborígenes, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural” (Corte Suprema de Justicia, 1999, Rad., 12043).

Este nivel de construcción teórica no ha sido pacífico, pues se ha presentado una constante y permanente confrontación histórica en cuanto hace parte del abanico de derechos fundamentales que los pueblos indígenas han exigido durante su persistente lucha por que sus aspiraciones sean reconocidas en el concierto nacional e internacional. Entonces, para mencionar algunos elementos históricos, como se demuestra en el siguiente párrafo:

En Latinoamérica durante la Colonia se asignó políticas de segregación mediante la separación de regímenes jurídicos que pretendían mantener un límite diferencial cultural y racial de indios y españoles. Se instauraron de una parte las villas de españoles y de otra los pueblos de indios, cada cual con su sistema de autoridades y normas. Bajo el supuesto de la inferioridad natural de los indios, se reconoció “sus usos y costumbres” y autoridades indígenas, en tanto no afectasen “la ley humana y divina”, el orden económico-político colonial ni la religión católica. Los alcaldes de indios podían administrar justicia dentro de sus pueblos y sólo para casos menores, debiéndose pasar los casos mayores a conocimiento del corregidor español (Yrigoyen, 2000, p. 2).

La situación descrita se ve reflejada en la constitución de 1886 y la ley 89 de 1890 en las cuales se refleja un Estado autoritario y homogéneo, desconocedor de la diversidad cultural representada en los pueblos ancestrales.

3.3. La autonomía territorial indígena y su jurisdicción especial en los debates constituyentes de 1991

La Constitución de 1991 forma parte de una tendencia regional hacia el reconocimiento de derechos. De esa manera, se convocó a una Asamblea Constituyente en la que participaron varios constituyentes indígenas: Francisco Rojas Birry, Lorenzo Muelas y Alfonso Piñacué. Estos

contribuyeron a la consagración de derechos favorables a los pueblos ancestrales. De esta manera, podemos encontrar en nuestra Carta fundamental varias normas que hacen referencia a derechos indígenas. Específicamente, en lo que atañe al tema jurisdiccional en los territorios ancestrales destaca el artículo 246, según el cual “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (Constitución Política de Colombia, 1991).

La anterior norma fue producto de una discusión formulada por los delegatarios indígenas, especialmente Rojas Birry, de cual extraemos el siguiente aparte de una de sus ponencias:

Tener estructuras propias de organización social, diferentes a las de la sociedad nacional, que regulen las acciones de los integrantes del grupo, y la relación de ellos entre sí, la organización del trabajo social y la distribución de oportunidades de acceso a los beneficios generados en la comunidad (sistema de parentesco, sistema de trabajo y régimen de propiedad comunitaria, etc.) Contar con formas de control social propias que aseguren la cohesión social del grupo, mediante la aplicación de sanciones por parte de autoridades propias (normatividad propia, sanciones, etc. (Gaceta Constitucional, 1991, párr., 6-7).

En la misma dirección propositiva, los delegatarios indígenas, según lo consignado en la Gaceta Constitucional N° 84, defendieron la creación de mecanismos que permitieran la resolución de conflictos dentro de los territorios indígenas, proponiendo el siguiente enunciado:

Se reconoce la jurisdicción de las autoridades propias de los grupos étnicos nacionales, indígenas negros y raizales dentro de su ámbito territorial. La ley establecerá la forma de

articulación con el sistema judicial de la nación. Sin menoscabo de sus tradiciones y cultura, con la única restricción del respeto a los derechos humanos. Cuando se haga necesaria la comparecencia de personas de los grupos étnicos ante las autoridades diferentes a las suyas, deberán ser escuchados en su propia lengua y asistidas por un intérprete (Gaceta Constitucional, 1991, p. 4-5).

Posteriormente, en la sesión plenaria del 19 de junio de 1991 se aprobó el siguiente artículo:

Se reconoce la jurisdicción de las autoridades propias de las comunidades aborígenes “dentro de su ámbito territorial y la vigencia de las normas y procedimientos de justicia propias que no atenten contra la Constitución y las Leyes. La Ley establecerá la forma de articularla con el sistema judicial nacional” (Gaceta Constitucional, 1991, pág. 21)

En la división Plenaria del 1 de julio de 1991 se conoció la versión del artículo 255 de la Constitución:

Las autoridades de las comunidades aborígenes podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su entorno territorial y de correlación con sus propias reglas y métodos, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República (Gaceta Constitucional, 1991, p. 8).

Como aspecto relevante dentro de la discusión, se visibilizó la necesidad de reglamentar la autonomía e interdependencia jurisdiccional, tal como se evidencia a continuación:

La ley implantará las formas de combinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional texto que, fue aprobado a partir de una votación con 54 votos a favor, y finalmente quedó incluido en el artículo 246 de la actual Constitución Política con dos pequeñas variaciones de estilo: se suprimió la “y” que aparecía después de “territorial”, para cambiarla por una coma y se adecuó el complemento “contrarias” al género del sujeto “procedimientos”, para dejarlo como “contrarios” (Gaceta Constitucional, 1991, p. 8).

De la breve reseña histórica del proceso constitucional y de la norma que reconoció la autonomía territorial indígena, se puede establecer con claridad que con la Constitución de 1991 surgió un nuevo ordenamiento jurídico incluyente para todos aquellos sectores que durante mucho tiempo fueron marginados de su participación en el Estado colombiano.

3.4. La Jurisdicción Indígena en la Constitución Política

En las postrimerías del agitado siglo XX, la Asamblea Constituyente de 1991, supuso una reacción institucional que parecería reconocer la singularidad cultural, que, mantiene la unidad política como eje del poder nacional. Ese eje articulador está representado por el artículo 246 constitucional que facultó a las autoridades indígenas para que ejerzan funciones jurisdiccionales en su territorio, según sus propias normas, autoridades y costumbres, siempre que estas no fueran contrarias a la Constitución y leyes de la República (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 246)

Al culminar la expedición de la Constitución Política el 7 de julio del año 1991, se rompió el pacto de 1886, gracias a ciertas condiciones que habían sido creadas primero, por el movimiento

de la “séptima papeleta” que impulsó en las elecciones del 11 de marzo de 1990 que la ciudadanía expresara su acuerdo o desacuerdo con la convocatoria a una Asamblea Constitucional. Posteriormente, el decreto 927 de 1990 ordenó al organismo electoral que contabilizara los votos y finalmente, la Corte Suprema de Justicia declaró constitucional dicho decreto el 24 de mayo de 1990.

Con estos insumos jurídicos, el gobierno nacional expidió el decreto 1926 de 1990 por medio del cual se convocó a elecciones para seleccionar a los delegatarios que se encargarían de escribir la nueva constitución, resultando una conformación pluralista elegidos desde diferentes grupos políticos, tal como se reseña a continuación:

La diversidad existente en las fuerzas sociales, integran aquellas que se encuentran marginadas o que desarrollan actividades en contradicción como protestas en ocasiones por fuera de la ley, estas tienen al momento de convocar la asamblea constitucional en el proceso de reforma la adopción de nuevos derechos y mecanismos eficaces para asegurar su protección, o una oportunidad de incluirse a la vida democrática institucional, lo cual es de vital importancia para lograr una convivencia pacífica en los colombianos. (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1926, 1990).

De esta forma, se redactó una constitución rica en derechos, especialmente para los grupos aborígenes, pues la Carta Política de 1991 reconoció seis principios o derechos fundamentales colectivos de las comunidades indígenas a saber: Etno-educación (art. 68), Jurisdicción Especial Indígena (art., 246), propiedad colectiva (art. 63), participación política en corporaciones públicas en medio de circunscripciones especiales (art. 171), autogobierno (art. 329) y consultas cuando se afecten sus recursos naturales y culturales (art. 330). A pesar del rico reconocimiento de derechos

constitucionales, la legislación ha hecho caso omiso en lo que se refiere al desarrollo constitucional de los derechos de autonomía de las minorías étnicas, al final de cuentas, se impone la tradición liberal y vertical de poder, como otros conceptos que riñen con la autodeterminación reforzada por la Corte constitucional (Sentencia C-463, 2014).

Sobre este tema, Figueroa y Sarmiento (2016) expresan “Esto parece ser el resultado de un deficitario acceso a la representación legislativa y por supuesto a su condición de minoría política que le resulta connatural a su existencia como alteridad étnica, diferencia racial, subordinación histórica y privación económica” (pág. 15).

De este modo a pesar de la diversidad institucional desarrolladas por la Constitución de 1991, que reaccionaron al excesivo centralismo de la constitución que le precedió, el principal cuerpo legislativo que desarrolla los derechos de las minorías étnicas, aun hoy en día se gobierna por la ley 89 de 1890 del antiguo régimen constitucional.

Quizás, la omisión legislativa frente al desarrollo constitucional de la autonomía indígena obedece al compromiso estatal de consultar previamente a las comunidades cuando de afectar sus derechos se refiere, pues, en tales condiciones se requeriría ampliar la democracia participativa y esto resultaría un obstáculo a las políticas desarrollistas del Estado mayoritario.

3.5. La ley de coordinación entre las jurisdicciones indígena y ordinaria

El contenido constitucional del artículo 246 establece la necesidad de una legislación que armonice las diferentes jurisdicciones, de tal manera que estas puedan coexistir sin dificultades. Sin embargo, la promulgación de esta ley ha sido imposible hasta este momento. La dificultad se presenta en la complejidad que representa el diálogo jurídico por la diversidad cultural (pluralismo

jurídico). En ese sentido, "las comunidades indígenas tienen interpretaciones muy diferentes de la ley y su contacto con los no ciudadanos, la ley es más o menos integral, además de los efectos de los ordenamientos jurídicos entre sí" (Corte Constitucional, Sentencia 661, 2015 y T-522, 2016).

Hasta ahora, el mayor desarrollo legislativo sobre el diálogo jurisdiccional se encuentra contemplado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) que en su artículo 12 establece:

Que las autoridades de los territorios indígenas ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente en el marco de sus territorios y se sujetan a sus normas y procedimientos, en forma que no contravenga la Constitución y las leyes. Este último creará órganos para ejercer la supervisión de la constitucionalidad y legalidad de las leyes promulgadas por las autoridades territoriales indígenas (Congreso de Colombia, Ley 270, 1996, art., 12).

La administración de justicia por los pueblos indígenas también encuentra regulación en la ley 89 de 1890, la cual en su artículo 5 dice: "El gobernador del Cabildo castigará los pecados de los ciudadanos, que sean inmorales, en proporción a penas de rehabilitación que no excedan de uno o dos días de internamiento" (Congreso de Colombia, Ley 89, 1890, art. 5).

Este Código, si bien se refiere al reconocimiento de los departamentos judiciales indígenas, que son los encargados de regular las asociaciones indígenas, está sujeto a las siguientes restricciones: (Ley 89, 1890).

- Solo reconoce este derecho a Cabildos, desconociendo a otras autoridades
- Solo se imponen sanciones por violaciones éticas

- Las comunidades no pueden imponer por sí mismas sanciones ni formas de reparación.

Esa misma ley establece que se regirá la forma en que los bárbaros son reducidos a la vida civilizada y esta es la base legal para tomar en cuenta el censo por parte del cabildo, aunque algunos organismos oficiales apenas reconocen la concesión de crédito para ellos. Cabe señalar que esta normativa, en su redacción, contradice los presupuestos constitucionales, que se funda en el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación, permitiendo específicamente avances tangibles. Colombia dio un salto con la constitución de 1991. Por otro lado, véase el Decreto Ejecutivo 2164 de 1995 que definió las agrupaciones en el artículo 2, así:

Una entidad público-privada, cuyos integrantes sean miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos, como una organización sociopolítica tradicional actuando como representante legal de la comunidad, ejerciendo derechos y realizando actividades bien de acuerdo con sus leyes, usos, costumbres y reglamento interno de cada comunidad (Decreto 2164, 1995, art. 2).

Además del decreto antes citado, que trata sobre los resguardos indígenas, existen otros más que regulan algunas formas de consultas previas, tema que tiene relación directa con el ejercicio de la autonomía territorial dado que se refiere al respeto por la cultura, las instituciones y las autoridades propias de los pueblos ancestrales. Esta realidad ha sido objeto de decisiones de la Corte Constitucional como se demuestra con la Sentencia No. T-652 de 1998, la que resolvió un conflicto formulado por la comunidad del Alto Sinú Embira Katillo, en la que se encontró con el levantamiento y la intervención de una represa hidroeléctrica en su territorio, por considerar que su aplicación era manifiestamente inconstitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-652, 1998). Por otro lado, en distintos contextos se delega el rol como autoridad a las comunidades aborígenes,

hasta contraponiéndose a los órganos tradicionales de gobierno. Contrariamente a esta visión, se ve cómo la función que cumple el gobierno como una sociedad cohesionada y dirigida. Según el profesor Vasco (1988), la restauración del poder no significa necesariamente el retorno a las cifras de años anteriores, “sino la restauración de la autonomía, la autodeterminación, la resolución de los propios asuntos, la gestión del propio destino, según el propio criterio” (p. 17).

En el desarrollo legislativo hacia el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas, resulta ineludible mencionar el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que se aplica en Colombia como bloque de constitucionalidad, en virtud del cual se deben hacer consultas previas a las comunidades ancestrales cuando se afecten sus territorios, sus usos y cultura en general. Por lo que se puede inferir que en Colombia existe un extenso progreso Constitucional y legal, con relación a las autoridades de los aborígenes, sin poder comunicar que la presente información engloba la normativa en su totalidad ante la temática, por lo que se pretendía contextualizar el punto a tratar

Las comunidades aborígenes han presentado desde sus inicios sistemas propios de control social, por lo que, de otra manera, cabe la posibilidad de asegurar la pervivencia de estos. Sin embargo, toda la evolución de la cultura no aborígen entre la variedad de instituciones, como, por ejemplo, la región, la cual ha beneficiado que los sistemas sean transformados y en la variedad de los actos, sean endebles, en este mismo sentido ocurrió con los derechos humanos individuales, pues, muchos de estos resultan vulnerados con algunas prácticas de las comunidades aborígenes.

Es por esto por lo que se han presentado propuestas de proyectos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena con la cooperación del Consejo Superior de la Judicatura y algunas

organizaciones indígenas como la ONIC (Arbelaez, 2004), las cuales se reunieron periódicamente según el siguiente organigrama:

- En abril de 2003, se firmó la agencia de colaboración entre la Agencia Internacional de Cooperación (ACC) y Lien My Development; Para lanzar la base para la creación de un sistema coordinado que permite la pronunciación entre la jurisdicción judicial nacional y la autoridad original, esto puede aumentar la calidad de los servicios de justicia en la región y apoyar un apoyo muy mejorado. Los siguientes son los componentes del programa:
- Coordinación y organización con organizaciones representativas de la población indígena, como lo estableció cada ciudad. Asegurar el auto -tratamiento de la capacitación e investigaciones que cada persona tiene en su sistema legal para efectuar lo que se describe en la constitución política relacionada con la aplicación de las funciones de la jurisdicción. Una de las agencias tradicionales en el marco de su territorio de acuerdo con sus estándares y tramitación, al momento de contradecir la constitución y las leyes de la República.
- Promover la divulgación, indagación y el empoderamiento de las actuaciones y resoluciones de las jurisdicciones indígenas radicadas en el país, con respecto a los derechos que competen a cada individuo y su autonomía de decisiones para que sean reconocidos. La conformación de un sistema de referencia geográfica propio de las jurisdicciones de origen de manera coordinada y mediante consultas nacionales, que permitan la claridad de las jurisdicciones conservadoras en el territorio nacional, tal como su idoneidad y eficacia en la administración de justicia.
- Fortalecer los procedimientos de combinación entre las autoridades judiciales indígenas y los sistemas judiciales nacionales, reconocer las necesidades de cada comunidad en la

ejecución de la jurisdicción aborígen y crear herramientas para promover el respeto y la vigencia efectiva de ese derecho.

- Cumplir el plan sectorial de la Rama Judicial 2003-2006 con políticas locales, homogeneizar principios, estándares y objetivos de cumplimiento, y específicamente fortalecer y establecer jueces indígenas en su jurisdicción.

Bajo esta realidad, resulta incuestionable indicar el interés que el Estado colombiano desde sus instituciones tradicionales, por la cuestión indígena, especialmente por el tema jurisdiccional reconocido desde la Constitución Política.

En este mismo sentido, se da el inicio a la solución de situaciones, tales como los casos en lo que las entidades encargadas ya sean aborígenes o no, tienen en cuenta, que las altas cortes son las que tienen la competencia, por lo que se han definido reglas obligatorias para dar respuesta a lo que el derecho no aborígen es conocido como conflicto compensatorio

Asimismo, se presentan tensiones que generan encuentros institucionales en temas como el cumplimiento de penas privativas de la libertad en establecimientos carcelarios o en situaciones que la comunidad nacional denomina narcotráfico o destierros que no lo son en territorios indígenas.

Esos ejes problemáticos ameritan una ley de coordinación que permita armonizar las jurisdicciones ordinaria e indígena con lo que se superarían las tensiones que ahora se presentan. Con base a lo anterior, las comunidades nativas pretenden definir la necesidad, teniendo en cuenta algunos estudios del tema:

Yrigoyen (2000), propone que:

La ley de exposición constitucional debe atender por lo menos a dos objetivos: a) Establecer mecanismos de coordinación o compatibilización entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, o entre las funciones de justicia indígenas y los poderes del Estado, tal como lo señalan las Constituciones reformadas. b) Establecer procedimientos para solucionar las incompatibilidades que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos, como lo indica el Convenio 169 de la OIT (art. 8,2).

(Yrigoyen, 2000, p. 2, pág. 8)

Por su parte, Sanchez y Jaramillo (2000) sugieren reiterar el principio reconocimiento de la variedad étnica y racial a partir de una revisión de los conceptos legales preexistentes haciendo énfasis específicamente, en el derecho al autogobierno y la autodeterminación que ostentan las comunidades aborígenes.

En virtud del artículo 93 de la Constitución “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno”. Este dispositivo constitucional ha sido interpretado por la jurisprudencia como parte del llamado bloque de constitucionalidad, por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT y la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las comunidades indígenas son parte de nuestro orden jurídico interno y son aplicables para resolver conflictos en los cuales se encuentren involucradas las comunidades indígenas. Esta normativa internacional ha sido objeto de aplicación directa por la Corte Constitucional en caso de conflictos

de competencia jurisdiccional como se puede ver en las sentencias SU-510 de 1998, T-606 de 2001 y T-617 de 2010 (Corte Constitucional).

A manera de ilustración, se mostrarán algunas normas relevantes sobre el tema que se está tratando:

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989 y entrada en vigor para Colombia el 6 de agosto de 1992, en virtud de la ley 21 de 1991, indica en su artículo noveno y décimo:

ARTICULO 9°

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

ARTICULO 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001).

A su vez, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de las Comunidades Indígenas proclama el derecho a la libre determinación de los pueblos aborígenes en virtud del cual “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” y además “tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (Naciones Unidas, art. 3, art. 4 y art. 5, 2007). En su artículo 34 aplicable al tema jurisdiccional establece “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas, y, cuando existan costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (Naciones Unidas, 2007).

Como se puede observar, estas normas internacionales avalan la creación de una ley de coordinación jurisdiccional en la que se respeten las instituciones de los grupos ancestrales, que han sido también objeto de reconocimiento en el Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno colombiano y las FARC-EP y que hoy hacen parte de la justicia transicional, como se demuestra a continuación:

El Gobierno Nacional y las FARC-EP firmaron el 24 de noviembre de 2016 el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Este acuerdo contiene un Capítulo Étnico que demanda la incorporación de la perspectiva

étnica y cultural, para la interpretación e implementación del Acuerdo Final (Gobierno Nacional de Colombia, 2016).

Este Acuerdo dictamina el amparo característico de los derechos reconocidos a las comunidades aborígenes, en lo que se pretende destacar lo siguiente:

(i) intervención eficiente de los actores representantes de las autoridades étnicas y sus organizaciones representativas en las distintas instancias que se creen en el ámbito de la implementación del Acuerdo Final; (ii) en lo que respecta las funciones jurisdiccionales se presente que ante el ejercicio de estas se maneje el respeto dentro del marco territorial; (iii) se crean técnicas para la pronunciación y concertación en la Jurisdicción Especial Indígena según lo estipulado en los artículos 7 y 246 de la Constitución Política de 1991 (Acuerdo Final de Paz, 2016).

De los antecedentes previamente reseñados, queda plenamente establecida:

a) La existencia de un mandato constitucional al legislador para que promulgue una ley de coordinación jurisdiccional en la que se respete los derechos indígenas asentados milenariamente.

b) La omisión legislativa para proferir la ley que manda la Constitución

c) La existencia de un acumulado normativo y jurisprudencial mediante el cual se ha colmado la laguna dejada por el legislador contenida en instrumentos internacionales y jurisprudencia constitucional que hacen imperiosa la regulación legal sobre la materia.

d) Además, existe un cuerpo teórico representado por el pluralismo jurídico mediante el cual se hace visible la ineficacia de un sistema jurídico único y descubre la necesidad de reconocer otros tipos de modelos jurídicos para la resolución de conflictos.

e) Finalmente, se deben crear criterios con enfoque diferencial que permitan diseñar una ley de coordinación de jurisdicciones, como se propone a continuación.

3.6. Sistema de Justicia Nacional con enfoque diferencial étnico

A partir de la Carta Superior de 1991, se presentó una variación elemental de la noción en la doctrina jurídica, sobre las comunidades aborígenes en Colombia, lo cual tiene implicaciones que superan la materia jurídica, por lo que, la diversidad cultural es cimiento de la procedencia colombiana, por ello, la verificación realizada por el Estado de la uniformidad y el pundonor de todas las culturas que cohabitan en el territorio, es un interés de alto valor en el Estado constitucional contemporáneo, como quiera que es un derecho fundamental, convirtiéndose en un método para mejorar la coherencia de la justicia en el sistema jurídico.

Es importante continuar persistiendo por el reconocimiento, respeto y garantías de la existencia de toda forma cultural de las comunidades indígenas, por cuanto son la mayor riqueza con la que contamos en cuanto contienen conocimientos, formas de vida, relación y visión del mundo, asunto que hoy se encuentran seriamente amenazados.

En esas condiciones, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que cuando se presentan conflictos que involucran a los territorios ancestrales y territorios de otras colectividades “el interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida

en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia T-428, 1992). Para que esos derechos fundamentales puedan ser aplicados sin vulnerar otros derechos, se plantean soluciones acordadas o consensuadas entre las comunidades inmersas en conflictos.

Siendo coherente con este planteamiento jurisprudencial, es menester precisar que la epistemología o teoría del conocimiento no se forma igual en todos los hombres y culturas, en cada uno y en cada cultura el conocimiento de las cosas es diferente, en materia de cosmovisión no es igual el pensamiento europeo occidental individual que el prehispánico colectivo (Morales-Rey, 2015).

El filósofo y sociólogo francés Edgar Morín, llamado padre del pensamiento complejo y del entendimiento transdisciplinar, plantea que:

[...] la cultura está conformada por el conjunto de saberes, saber-hacer, reglas, normas, interdicciones, estrategias, creencias, ideas, valores, mitos que se transmiten a lo largo de la historia y, se reproducen en cada persona, controlan la existencia de la sociedad y mantienen la complejidad sociológica y social. No hay sociedad humana, arcaica o moderna que no tenga cultura, siendo cada cultura singular (pág. 22).

Es por lo anterior que, “entender el indio sin su cosmovisión, mitos y religiones es tanto como tratar de comprender un islámico o un musulmán con el solo foco o razón occidental” (de Sousa Santos, Descolonizar el saber, reinventar el poder, 2010).

Por tanto, cuando se propone un sistema judicial nacional con enfoque diferencial étnico en Colombia, tiene asidero y fundamento en el espíritu constitucional, esto es: En el pluralismo jurídico, entendido como una medida diferencial y especial, para con los individuos y comunidades de especial protección constitucional como son aquellos que pertenecen a pueblos étnicos, que valore su dignidad y reconocimiento de sus derechos, incorpore elementos de los procedimientos de justicia propias, propendiendo por la coexistencia entre dos jurisdicciones en un mismo espacio territorial. En especial, teniendo en cuenta la coherencia entre los diferentes abordajes a las comunidades indígenas, quienes han sido perjudicadas por los distintos enfrentamientos ante los conflictos armados.

Este enfoque se encuentra comprendido dentro del pluralismo jurídico que reconoce la Constitución Política, como elemento diferenciador entre varias culturas que conviven en un mismo territorio, como se puede observar en la siguiente cita:

El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además materializar el pluralismo jurídico en el marco de la Constitución y la Ley para ratificar: i) la existencia de un poder jurisdiccional autónomo de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica; ii) normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento propios y; iii) autoridades propias de administración y juzgamiento. Con todo ello se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos como manera de afirmación de su identidad (Corte Constitucional, Sentencia T-642, 2014).

Dentro del estudio y aplicación de un enfoque diferencial aplicado a los conflictos jurisdiccionales que se presentan en el territorio colombiano, se destaca el concepto de lo etnográfico, como ciencia que estudia y describe a los pueblos y su cultura y, por ende, de las especificidades que caracterizan a determinadas etnias y al pluralismo cultural.

El resultado esperado es una interculturalidad que permite que cada pueblo se desenvuelva de manera coherente y acorde con sus usos y costumbres, haciendo énfasis en sus propios intereses y cosmovisiones.

Ahora bien, el concepto de pluralismo ha sido tratado ya en tiempo atrás por muchos teóricos, entre ellos tenemos:

Eugene Ehrlich es conocido por ser el primero en hacer referencia a la ley de la vida y la verosimilitud de múltiples sistemas legales. Enfatizó que el eje focal del derecho no se encuentra en la legislación, las ciencias jurídicas o los precedentes judiciales. Está dentro de la sociedad misma, porque el derecho es el sistema esencial de las relaciones sociales, como la familia, la empresa, etc (Carvajal Duarte, 2019).

Santi Romano quien ha tenido un papel innegable en la discusión de la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos. Recuerda que la diversidad de sistemas jurídicos fue consecuencia de la crisis de la dominación estatal moderna (García Miranda, 1998).

El Estado moderno se formó a partir del rechazo y la asimilación de sistemas jurídicos cada vez más elevados y del monopolio de la producción jurídica. Dijo que estas son regulaciones precisamente porque no están reconocidas por el estado y no pueden garantizar una efectividad

casi total. Sin embargo, la ley estatal, en la medida en que ignora e ignora estas regulaciones, en última instancia, será ineficaz hasta cierto punto.

Boaventura y el pluralismo cultural, señalan que cuando hablamos del concepto de pluralismo cultural jurídico, estamos tratando con la idea de que la proclamación jurídica es el fruto de la cultura particular, como es el caso de la cultura occidental, por ejemplo, quien tiene un discurso jurídico el cual es la respuesta a la cultura. No hay palabras clave para discursos legales y testimonio. Podemos disfrutarlo desde Turquía hasta las comunidades indígenas de América Latina.

En palabras de Boaventura (2009):

La aspiración del multiculturalismo y autodeterminación asume con frecuencia la forma de una lucha por la justicia y la ciudadanía. Implica el reclamo de formas alternativas de justicia y derecho, de nuevos regímenes de ciudadanía. La pluralidad de órdenes legales, que se han hecho visibles con la crisis del Estado-nación, conlleva, explícita o implícitamente, la idea de ciudadanía múltiple que conviven en el mismo campo geopolítico y, por lo tanto, la idea de la existencia de ciudadanos de primera, segunda o tercera clase. No obstante, los órdenes legales no estatales pueden ser el embrión de esferas públicas no estatales y la base institucional de la autodeterminación, como es el caso de la justicia entre los indígenas (...) (pág. 261).

Claramente, cuando el constitucionalismo patrio incorpora en el discurso jurídico el pluralismo jurídico, reconoce una realidad que permite el encuentro cultural entre distintos grupos que conviven en el territorio y al mismo tiempo, resuelve conflictos políticos, económicos, sociales, jurídicos, etc., que se presentarían sin dicho reconocimiento.

A nivel metodológico, el enfoque mencionado varias veces presenta un doble sentido: es analítico y guía para la acción. Como método analítico, revela las identidades y expresiones culturales de los titulares de derechos colectivos, para leer sus propios hechos y determinar las formas de postergación que se han cometido en su contra. Además de permitir el reconocimiento de patrones de exclusión, afectaciones y resistencias, sanación y relaciones entre diferentes comunidades.

Como guía para la actuación, se tiene en cuenta el diagnóstico de la existencia para dar paso a los hechos positivos que aporten un amparo y atención pertinente, permitiendo la modificación de las restricciones sociales, culturales y estructurales de discriminación.

Por otro lado, y finalmente, es necesario aceptar y reconocer los valores de la diversidad cultural, reconociendo que, dentro de una comunidad inclusiva y tolerante, tal como lo anuncia la Carta Política, donde por ningún motivo la percepción única puede prevalecer o prevalecer sobre otras. Al admitir la variedad de erudición y los distintos procedimientos organizativos existentes en el país, por lo que se reconoce la inclusión y la tolerancia jurídica en el marco del orden que se articule de manera que promueva el consenso entre los actores culturales.

3.7. Los criterios de definición de competencias y ejecución de penas: hacia una redefinición conceptual.

Después de haberse analizado la dualidad de las dos jurisdicciones, identificadas las tensiones y planteada la parte teórica, se entra a esgrimir la consistencia de la alternativa de solución a las confrontaciones cotidianas que se han relatado en este trabajo de investigación. Así las cosas,

se propone que a partir de la teoría del pluralismo cultural y jurídico; y, sobre todo, aplicando el enfoque diferencial étnico como método y guía de acción al sistema judicial nacional, es posible un camino adecuado para hacer compatibles las dos autoridades: La ordinaria y la indígena, de modo que exista una sinergia y una convivencia pacífica entre estas.

Entonces, en una estrategia legislativa para expedir la ley de coordinación de los sistemas normativos que nos ocupa, debe tenerse en cuenta como teorías fundantes y orientadoras en la elaboración de dicho instrumento jurídico los principios ya referidos, de suerte que se pueda generar una armonización de las dos jurisdicciones, las cuales necesariamente deben adecuarse, esto es, la justicia ordinaria debe incorporar formal y materialmente las formas y conceptos propios de la justicia indígena, así como esta debe adecuarse a ciertos elementos de la justicia ordinaria.

De esta forma, se podrá alcanzar un verdadero consenso intercultural que permita un dialogo más respetuoso y fluido entre estas jurisdicciones, garantizando y protegiendo no solamente el inicio de la variedad étnica que es considerada como un valor del Estado social de derecho, y por lo tanto, como parte ella, ser tratada en igualdad de condiciones con el resto de la colectividad, respetando sus diferencias.

En este orden de ideas, pacificar estas tensiones entre las dos jurisdicciones aludida durante de este trabajo requiere de una verdadera política pública de justicia con enfoque étnico del Estado, que contenga un desarrollo desde la perspectiva pluralista, elementos normativos (Ley de coordinación, protocolos, directivas); pedagógicos (escuelas de formación, módulos sobre JEI en las facultades de derecho) y una adecuación institucional (crear salas especiales en las altas cortes y jueces especializados en derechos étnicos, para la desorganización en que la justicia ordinaria

comprenda de los acontecimientos que involucren individuos pertenecientes a grupos étnico) que garantice, proteja y materialice su autonomía jurisdiccional.

Todo lo anterior, debe ser una construcción conjunta entre pueblos indígenas y Estado, mediante el escenario de consulta previa, libre, informada y vinculante en procesos de concertación, para evitar la permanente y constante política de mantener una legislación penal prevaleciendo los valores de la cultura mayoritaria del país delante a las importancias culturales de las sociedades aborígenes.

De modo que, si se hace un desarrollo legislativo (Ley de coordinación) con perspectiva pluralista y el enfoque diferencial étnico como método de análisis y guía de acción, nos permitirá encontrar no solo lineamientos y criterios de delimitación de las competencias de ambas justicias que sea producto de un consenso intercultural.

De esta forma, se da un salto en la práctica al respeto y garantía al ejercicio de la jurisdicción indígena, porque ello significaría su fortalecimiento por parte de la institucionalidad del Estado, que es lo que en esencia debe hacer y no imponer reglas sobre una justicia que no conoce ni entiende, por tanto, su papel debe ser el de garantizar que la justicia indígena funcione y se fortalezca.

CONCLUSIÓN

Puede que existan muchas perspectivas o miradas para emitir una conclusión. Después de haber hecho un recorrido en el análisis de los objetivos pensados para este trabajo, que por supuesto no ha sido sencillo por las implicaciones que tiene de analizar jurisprudencias y, sobre todo, poder hacer un ejercicio de conocer en terreno el Sistema de Justicia del Pueblo Wounaan, en el Municipio del Medio San Juan, departamento del Chocó. Actualmente, la comunidad pasa por situaciones difíciles en el marco del conflicto que vive la nación.

Desde la metodología propuesta, se ha analizado la dualidad de los sistemas de justicias indígena y ordinaria, especialmente la justicia Wounaan, y a partir de allí se revisaron los conflictos jurisdiccionales entre el sistema de justicia nacional y territorial indígena. Desde esa realidad, se plantea una alternativa posible y conveniente que ofrezca una tesis en clave de dirimir dichas colisiones a futuro mediante una ley de coordinación.

En consecuencia, en primer lugar, se observa que se debe trascender al nuevo modelo de Estado que propone la dogmática constitucional. Esto es, la dimensión social del Estado de derecho en la que se propende por la búsqueda de la dignidad humana, en este particular caso, la de los territorios aborígenes y su población, que cuentan con un marco jurídico especial en el que prevalece los valores que han sido construidos históricamente en el territorio.

En segundo lugar, con fundamento a las dimensiones que sugiere la Constitución la jurisdicción indígena debe comprenderse y reconocerse en clave de igualdad cultural, es decir, mediante el diálogo intercultural y no sobre la base de dominación cultural como actualmente se desarrolla las conexiones interjurisdiccionales con los terrenos aborígenes.

En tercer lugar, desde el bloque de constitucionalidad, resulta indispensable para el diseño de políticas públicas que permitan el respeto por la cultura ancestral, aplicar en el oren interno el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, los cuales se han tenido en cuenta por la jurisprudencia constitucional.

En cuarto lugar, el pluralismo jurídico y cultural, como marcos teóricos resultan relevantes para ser considerados en el momento de expedir una ley de coordinación de jurisdicciones.

La denominación “usos y costumbres” a las formas empleadas para resolver conflictos al interior de los territorios indígenas es inapropiada y es un rezago de esa mentalidad colonial que todavía persiste en algunos segmentos e instituciones de la sociedad colombiana. Por el contrario, el sistema de justicia indígena debe ser entendido como una parte de la juridicidad colombiana, que no es unitaria culturalmente y por lo tanto, en el territorio indígena ese cuerpo jurídico es legítimo y autónomo.

La falta de ley de coordinación ha hecho que finalmente sean las altas Cortes quienes actualmente estén por vía jurisprudencial legislando sobre aspectos sustanciales de conjunción de la justicia indígena con la habitual regulación que, en su mayoría, como se dijo, riñen con la cosmovisión de justicia de los pobladores aborígenes de Colombia, en consecuencia, termina vulnerando el derecho fundamental de las sociedades de personas nativas a la jurisdicción especial indígena.

BIBLIOGRAFÍA

- Achito Lubiasa, A., & Jumi, G. (2007). *MANDATO GENERAL: VII CONGRESO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC)*. Ibagué: República de Colombia. Obtenido de https://www.archivodelosddhh.gov.co/saia_release1/almacenamiento/APROBADO/2018-03-30/431144/anexos/1_1522431457.pdf
- Arbelaez, d. T. (2004). *La jurisdiccion especial indigena en Colombia y los mecanismos de coordinacion con el sistema judicial nacional*. . Bogota: Consejo Superior de la Judicatura. p 16.
- Asociación OREWA. (2022). *Historia*. Obtenido de Asociación OREWA: <https://www.asorewa.org/historia>
- Borja, J. E. (2006). *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica. 2006*. Anuario de Derecho Penal.
- Carvajal Duarte, M. E. (1 de diciembre de 2019). Eugen Ehrlich pionero de la sociología jurídica. *El País - Costa Rica*. Obtenido de El País.
- CEPAL. (2014). *Los pueblos indigenas en America Latina*. Infografía.
- Comison Andina, d. J. (2019). *Estado de la relacion entre justicia indigena y Justicia estatal en los paises andinos. Estudio de casos en Colombia, Peru, Eciador y Bolivia*.
- Congreso de Colombia. (1890). *Ley 89*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. (1988). *Decreto 2001, artículo 20*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. (1991). *Ley 21*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. (1995). *Decreto 2164*. Bogotá.
- Congreso de Colombia. (20 de enero de 2014). Código Penitenciario y Carcelario. *Ley 1709*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de Colombia. (2014). *Decreto 1954*. Bogotá.

Constitución Política de Colombia. (1991). Colombia.

Corte Constitucional . (6 de Abril de 2011). Sentencia C-260. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional (sentencia C-139 1996).

Corte Constitucional. (26 de Enero de 2009). Auto 004. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-328. [MP] Gloria Stella Ortíz Delgado*. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia, Rad. 11001-02-04-000-2018-00411-01. Exp STC7111-2018. MP. Margarita Cabello Blanco. Disponible en: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/06/08/a-jurisdicion-ordinaria-y-no-a-la-indigena-estudio-de-casos-de-violencia-sexual-contraninos-y-m> (Sala de Casacion Civil 31 de mayo de 2018).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia STP 149542019 (MP. Luis Antonio Hernandez. Disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/constitucional-y-derechos-humanos/todo-lo-que-un-abogado-debe-saber-sobre-la> 29 de octubre de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena , Sentencia No 138. Rad. 2214 (351E). En Gaceta Especial Sala Constitucional Tomo I pag 61-62 (MP. Hernendo Gomez Otalora y Fabio Moron Diaz 9 de octubre de 1990).

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia No. 59 (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena 24 de mayo de 1990).

Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Editorial B de F.

DANE. (2007). *Colombia Nacion Multicultural*. Bogota.

DANE. (2018). *Resultados Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*. Bogotá: Gobierno de Colombia.

de Sousa Santos, B. (2009). *Una epistemología del Sur*. Buenos Aires: CLACSO coediciones.

de Sousa Santos, B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Ediciones Trilce.

Dorado, Z. O. (2019). *La Administracion de justicia y su relacion con el derecho propio del pueblo Nasa*. Bogota.

- Escobar Vélez, E. G. (2010). *El proceso de jurisdicción coactiva: modelos prácticos*. Señal Editora.
- Figuera Vargas, S. (2015). *Jurisdicción Especial Indígena en Latinoamérica: Una referencia específica al sistema jurídico colombiano*. Barranquilla: Grupo Editorial Ibañez.
- Figuera Vargas, S., & Ariza Lascarro, A. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico. *Revista de Estudios Sociales*, 65-76.
- Figuerola, C., & Sarmiento, J. (2016). *Autodeterminación indígena en Colombia*. Universidad del Norte; Universidad del Norte.
- Fiscalía General de la Nación. (17 de Febrero de 2017). Fiscalía y Guardia Indígena capturaron a 4 personas por el hurto de una motocicleta en Cauca. *Fiscalía*.
- Gaceta Constitucional No. 67, 4 de mayo de 1991. , “Los derechos de los Grupos Étnicos”. Delegatario: Francisco Rojas Birry. Páginas 14-21. (Ponencia).
- Galeano, E. (1997, p. 25). *Memoria del Fuego (III). El siglo del viento*,. Buenos Aires: p. 17.
- García Miranda, C. M. (1998). La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano. En U. d. Coruña, *Anuario da facultade de Dereito 1992, número 2* (págs. 287-297). Coruña: Universidade da Coruña.
- Giraudó, L. (2008). Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en América Latina contemporánea. En L. Giraudó, & F. Carbonell Bellolio, *Repensando el derecho indígena: acerca de su conceptualización, protección y juridificación* (págs. 293-310). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gobierno Nacional de Colombia. (2016). *Acuerdo Final de Paz*. Cartagena.
- Gómez, H. (2015). *Pueblo Kogi. Justicias indígenas de Colombia: reflexiones para un debate cultural, jurídico y político*. “Pueblos Kogui, Arahuaico, wiwa, Kankuamo, Nasa, Misak, Yanacona y Camentsa. Bogotá.
- JEP, & Verdad, C. d. (2019). *Diversidad Étnica y Cultural. Pluralismo Político y consulta previa*. Obtenido de <https://www.jep.gov.co/DocumentosJEPWP/protocolo.pdf#search=indigena>
- Limites Jurisdicción Penal Indígena, 34461 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. MP Javier de Jesús Zapata 8 de noviembre de 2011).

- Maiz, R. (enero-marzo de 2004). *El indigenismo político en América Latina*. Obtenido de Revista de Estudios Políticos No. 123:
<https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46053>
- Martínez Rave, G. (1996). Jurisdicción y Competencia. En G. Martínez Rave, *Procedimiento Penal Colombiano* (págs. 161-186). Bogotá: Temis.
- Mattiolo, L. (1930). *Tratado de Derecho Judicial Civil*. Madrid: Reus.
- Mican, C. D. (2016). *Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: Un estudio comparado con la jurisdicción Ordinaria*. Universidad Católica.
- Ministerio de Cultura. (2015). *Caracterización de los pueblos indígenas de Colombia: Wounaan, tejedores de redes*. Obtenido de Ministerio de Cultura:
<https://www.mincultura.gov.co/prensa/noticias/Documents/Poblaciones/PUEBLO%20WOUNAAN.pdf>
- Ministerio del Interior. (2012). PLAN DE SALVAGUARDA ETNICO DEL PUEBLO WOUNAAN DE COLOMBIA. Bogotá, Colombia: Ministerio del Interior. Obtenido de https://www.archivodelosddhh.gov.co/saia_release1/ws_client_oim/sobre_archivo/recursos/guias/indigenas.pdf
- Morin, E. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169*. Ginebra.
- Presidencia de la República de Colombia. (7 de diciembre de 1995). DECRETO 2164 DE 1995. Bogotá, Colombia: Función Pública. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=59594>
- Rojas, C. T. (2015). *Universidad derechos ciudadanías y pueblos indígenas*. Obtenido de Editorial Universidad del Cauca.:
https://issuu.com/oscarandreslopezc/docs/universidad__derechos___completo_1
- Rueda, C. E. (2008). El reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. *Estudios sociojurídicos Vol. 10 No 1 Bogotá Colombia*.

- Sanchez, B. (2001). *El reto del multiculturalismo jurídico: la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena*. Bogota: Siglo del Hombre. p 70-71.
- Sanchez, B. E., & Jaramillo, S. I. (2000). *Derechos Propios. Ejercicio legal de la jurisdicción Especial indígena en Colombia*. Bogota: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Sanchez, B. E., & Jaramillo, S. I. (2000). *La jurisdicción Especial Indígena*. Bogota. p 52: Procuraduría General de la Nación.
- Saray Botero, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- (2016). *Sentencia C-328. [MP] Gloria Stella Ortíz Delgado*. Bogotá.
- Tibian, L., & Ilaquiche, R. (2009). *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política de Ecuador*. Hanns Seidel.
- Unión Wounaan. (s.f.). *Mandato de Justicia Wounaan*.
- Unión Wounaan. (s.f.). *Reglamento Interno de la Comunidad Indígena de Unión Wounaan*.
- Vasco, L. G. (1988). Etnocidio. *Política. Facultad de derecho Universidad Nacional de Colombia Vol. 1 No. 4 Bogota. Agosto, 15-20*.
- Yrigoyen, F. R. (2000, p. 2). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). *Pena y Estado No. 4. Buenos Aires. Ed. El Puerto, 2*.