

JORGE ERNESTO ROA ROA\*

# Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia\*\*

## Legal pluralism and coordination instruments between the indigenous judicial system and national judiciary in Colombia

### SUMARIO

Introducción. 1. El reconocimiento constitucional de las jurisdicciones indígenas y el mandato de coordinación. 2. La omisión del legislador, las subreglas de límites y coordinación establecidas por la Corte Constitucional. 2.1. Enunciado general de competencia. 2.2. Criterios o principios generales para la solución de conflictos. 2.3. Reglas de solución de conflictos. 2.4. Fuero indígena. 3. Avances en la aplicación del método negocial. 4. Dificultades para la aplicación del método negocial y para establecer una ley general de coordinación. 5. El método jurisprudencial y la ponderación como complemento necesario del método negocial. Conclusiones.

### RESUMEN

El método negocial –como mecanismo para la elaboración de políticas que definan los límites y parámetros de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones indígenas– es un imperativo constitucional bajo el ordenamiento establecido por la Constitución Política de 1991. No obstante,

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas y doctorando en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y profesor asistente del área de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Contacto: [jorge.roa@uexternado.edu.co](mailto:jorge.roa@uexternado.edu.co)

\*\* Recibido el 3 de mayo de 2014, aprobado el 26 de septiembre de 2014.

Para citar el artículo: J. E. ROA ROA, “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”, *Derecho del Estado* n.º 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 101-121.

el método negocial ha fracasado, porque dos décadas después de la aprobación de la Constitución no se ha desarrollado una verdadera concertación que permita la aprobación de una ley de coordinación entre jurisdicciones. El fracaso del método negocial se hace patente en que el establecimiento de los criterios de coordinación, la fijación de los límites y la resolución de los conflictos de competencia se ha hecho y deberá hacerse –hasta que el método negocial no tenga éxito– *caso a caso* por parte de los jueces del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Constitucional. Finalmente, el éxito del método negocial no garantiza la inexistencia de conflictos, ni debe ser excluyente de una aplicación conjunta con el método jurisprudencial.

#### PALABRAS CLAVE

Pluralismo jurídico; autonomía indígena; jurisdicción especial indígena; Corte Constitucional; sistema judicial.

#### ABSTRACT

The negocial method –as an instrument to make policies to define the boundaries and the coordination parameters between the indigenous judiciary systems and the judiciary– is a constitutional mandate under the Colombia Constitution of 1991. However, after two decades since the Constitution was enacted, the negocial method has failed because does not exist a true process of deliberation aiming to enact a coordination law between jurisdictions. The coordination criteria, the boundaries and the definition of the competence conflicts have been established and shall be established *case by case* by the Judiciary Supreme Council or by the Constitutional Court. Finally, the success of the negocial method cannot guarantee neither the elimination of conflicts nor exclude the use of the jurisprudential method.

#### KEYWORDS

Legal pluralism; indigenous autonomy; indigenous judicial powers; Constitutional Court; judiciary.

#### INTRODUCCIÓN

El proceso constituyente de 1991 no fue absolutamente ajeno a la realidad del pluralismo étnico y cultural del Estado colombiano<sup>1</sup>. En la Asamblea

1 Los datos oficiales más recientes indican que en Colombia habitan 1.392.623 indígenas que pertenecen a 87 pueblos, hablan 64 lenguas amerindias que se agrupan en 13 familias lingüísticas, y existen 710 resguardos que ocupan una tercera parte del territorio nacional. Cfr.

Constituyente se incorporó la participación de representantes de las comunidades indígenas en las discusiones y aprobación del texto constitucional<sup>2</sup>. De allí que la Constitución establezca distintos mandatos de protección a los derechos de las comunidades indígenas, entre otros: la propiedad colectiva de la tierra (arts. 63 y 329); la autonomía política y administrativa (arts. 329 y 330); la etnoeducación (art. 68); el carácter oficial de las diferentes lenguas (art. 10); la participación política (art. 176); la consulta previa (art. 330), y la jurisdicción especial indígena (art. 246)<sup>3</sup>.

En el marco de la dimensión del pluralismo que tiene relación con la coexistencia de diferentes ámbitos normativos y sistemas de justicia al interior de un mismo Estado, el objetivo de este artículo es analizar la interacción entre las jurisdicciones indígenas y el sistema judicial nacional, en especial, la forma como se han establecido los criterios para coordinar el funcionamiento de cada uno de estos espacios de administración de justicia. Para ese propósito, se describirá el contenido del reconocimiento constitucional de la autonomía indígena en materia judicial, el origen de las reglas actuales de coordinación entre jurisdicciones, los avances y los problemas en la aplicación del método negocial. Finalmente, se concluirá con una revisión de las posibilidades de éxito de un proceso que conduzca a la elaboración de una ley de coordinación entre sistemas de justicia y se argumentará a favor de un método que combine la concertación y el diálogo, con la apertura inevitable y conveniente al método jurisprudencial<sup>4</sup>.

*Colombia, una nación multicultural. Su diversidad étnica*, Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Documento de la Dirección de Censos y Demografía, 2007, disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia\\_nacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf) (13/04/2014). Estos datos son controvertidos por las organizaciones indígenas que afirman la existencia de más de 102 pueblos indígenas y denuncian la vulneración a su derecho fundamental a ser reconocidos por parte del Estado. De acuerdo con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en América Latina y el Caribe hay aproximadamente 50 millones de indígenas y se hablan 400 idiomas propios.

2 Los dos constituyentes indígenas fueron LORENZO MUELAS y FRANCISCO ROJAS BIRRY. El primero obtuvo 20.083 votos y el segundo, 25.880. Un buen resumen de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente en materia de jurisdicción indígena en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre, 2001, pp. 68 y 69.

3 Una descripción detallada de cada uno de estos elementos del reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas se puede consultar en ALEXEI JULIO ESTRADA. "Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia", en VÍCTOR BAZÁN y CLAUDIO NASH (eds.). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n.º 4. Pluralismo jurídico*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, pp. 31-59. Agradezco a ALEXEI JULIO ESTRADA por sus comentarios y sugerencias para este artículo.

4 Las ideas de este artículo fueron presentadas y discutidas en el Seminario realizado en la Università degli Studi di Trento: "El desarrollo de las autonomías jurisdiccionales de los pueblos indígenas en las Constituciones ibero-americanas: el método negocial". Las ponencias del seminario se pueden consultar en: <https://www.youtube.com/watch?v=PKbivgIXIz0&index=2&list=FLjLuxmdI15WuPMWv8j4Rziw> Agradezco los comentarios de SILVIA BAGNI, MICHELE

## 1. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LAS JURISDICCIONES INDÍGENAS Y EL MANDATO DE COORDINACIÓN

La Constitución de 1991 implicó el mayor reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas en materia de administración de justicia en la historia constitucional de Colombia. Hasta entonces, los integrantes de los pueblos indígenas habían sido tratados por el derecho nacional bajo modelos paternalistas, tutelares y asimilacionistas<sup>5</sup>. La ruptura que se produjo con el nuevo modelo constitucional conllevó una fuerte protección de las costumbres, tradiciones, procedimientos, autoridades, instituciones y sanciones de los sistemas de justicia indígena. La ratificación del Convenio 169 de la OIT, mediante la Ley 21 de 1991, representó una ampliación de la voluntad constituyente de construir un Estado multicultural<sup>6</sup>. Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>7</sup>, ha permitido que la Corte Constitucional concrete, en el ámbito interno, las obligaciones internacionales de Colombia respecto de los pueblos indígenas<sup>8</sup>.

CARDUCCI, IGNAZIO CASTELLUCCI, ROBERTO LOUVIN, ROBERTO TONIATTI y JENS WOLK. También a JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA y JOAN SOLANES MULLOR por sus sugerencias sobre el texto final.

5 Aunque desde finales del siglo XIX el Estado reconoció mínimas competencias y autonomía para los pueblos indígenas, resulta diciente el especial vocabulario utilizado para referirse a los integrantes de las comunidades y las medidas adoptadas para protegerlos, de acuerdo con su supuesta condición de discapacitados, inimputables e inhábiles. Un ejemplo de esta tesis es el artículo 35 de la Ley 89 de 1890, “Por medio de la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, en el cual se reconoció la validez de los censos de los cabildos para determinar a los destinatarios de las normas y costumbres indígenas. El artículo 42 de esta misma ley confirió potestades de regulación normativa a los gobernadores de los cabildos. No obstante, la resolución de controversias se remitía a las autoridades nacionales (arts. 10, 11 y 26). La ley continúa parcialmente vigente después de 1991, con excepción de los artículos 1, 5 y 40, declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-139 de 1996.

6 Sobre la perspectiva multicultural cfr. WILL KYMLICKA. *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995; y IRIS YOUNG. “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, n.º 99, 1989, pp. 250-274.

7 Sobre sistemas de justicia indígena son relevantes los artículos 5 y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

“Artículo 5. 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”.

“Artículo 34. 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”.

8 La Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye un *criterio de interpretación* del ordenamiento jurídico colombiano. A pesar de que la posición inicial del Estado de Colombia frente a ese instrumento internacional fue la abstención, para la Corte es relevante que Colom-

El artículo 246 de la Constitución y los artículos 8<sup>[9]</sup>, 9<sup>[10]</sup> y 10<sup>[11]</sup> del Convenio 169 de la OIT establecen el deber de respetar y conservar los métodos indígenas tradicionales de solución de conflictos. Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que la jurisdicción especial indígena se puede definir de la siguiente manera:

Derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria<sup>12</sup>.

En la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción especial indígena se ha construido bajo una estructura que contiene los siguientes cuatro pilares básicos:

(i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, (ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, (iii) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional<sup>13</sup>.

bia haya adherido a la Declaración desde el año 2009. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-001 de 2012 y T-866 de 2013.

9 Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de 1989, art. 8: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

“2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

“3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

10 Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de 1989, art. 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”.

11 Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de 1989, art. 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”.

12 El concepto de jurisdicción especial indígena se puede encontrar en la Sentencia T-001 de 2012, f.j. 4.2.7.

13 La cita es de la Sentencia T-921 de 2013, f.j. 4.1.5.1. Pero también se puede encontrar

El primer pilar es un reconocimiento a las instituciones, autoridades ancestrales y tradicionales de las comunidades, a su legitimidad y condición de interlocutores judiciales válidos en el Estado colombiano. El segundo pilar contiene un fuerte respaldo a los órganos de carácter legislativo al interior de las comunidades, a las costumbres y a las formas propias de concebir y desarrollar los juicios. Como lo señala ALEXEI JULIO ESTRADA, estos dos elementos “conforman el núcleo básico de autonomía otorgado a las comunidades indígenas”<sup>14</sup>.

Con base en estos dos pilares, la Corte Constitucional ha establecido el carácter fundamental del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en su propio territorio, los principios generales de maximización de la autonomía y minimización de las restricciones a las autoridades de las comunidades<sup>15</sup>.

Los pilares tercero y cuarto constituyen los elementos que permiten la coexistencia de diferentes sistemas de justicia indígena con el sistema judicial nacional. Como se comentará en el siguiente acápite, el tercero avala un catálogo de límites constitucionales y legales a las autoridades judiciales indígenas. Finalmente, el cuarto pilar confiere la potestad para que el legislador fije los criterios de coordinación entre las distintas jurisdicciones.

En consecuencia, el cuarto pilar es una parte fundamental del reconocimiento de la jurisdicción indígena. El artículo 246 de la Constitución hace referencia expresa a este elemento de la autonomía indígena al disponer que la ley “establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”<sup>16</sup>.

La coordinación entre jurisdicciones busca evitar la impunidad, fortalecer y legitimar los sistemas de justicia, disminuir las decisiones contradictorias, fortalecer la cooperación de doble vía (autoridades indígenas ayudan a cumplir decisiones judiciales de sistema nacional y viceversa), garantizar el debido proceso y la seguridad jurídica, definir los conflictos negativos y positivos de competencias. Adicionalmente, la coordinación también implica financiación adecuada y suficiente para crear sistemas de información, infraestructuras y capacitación a funcionarios<sup>17</sup>.

la estructura de los cuatro pilares en las sentencias C-139 de 1996, T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002, T-552 de 2003, T-811 de 2004, T-945 de 2007 y T-364 de 2011.

14 JULIO ESTRADA. *Aspectos fundamentales*, cit., p. 51.

15 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-349 de 1996.

16 Disposiciones similares se pueden encontrar en las constituciones de Bolivia (art. 192), Ecuador (art. 171), Perú (art. 149) y Venezuela (art. 260). En Bolivia, el mecanismo de coordinación es la Ley de Deslinde Jurisdiccional de 2010, en Ecuador es el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009 (arts. 343-346) y en Venezuela la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005 (arts. 133-137).

17 Ley 1653 de 2013, art. 11: “Parágrafo. De los recursos del arancel judicial se destinará hasta el diez por ciento (10%) para la jurisdicción especial indígena. El Consejo Superior de la

Como se indicó anteriormente, el artículo 246 de la Constitución manifiesta la necesidad de establecer una ley de coordinación entre la jurisdicción nacional y las autoridades judiciales indígenas; sin embargo, no dice nada sobre el mecanismo que se debe seguir para elaborar tal ley. Esta omisión del constituyente no implica que el legislador tenga libertad absoluta para escoger los medios de construcción de esa norma. Por el contrario, con el fin de lograr la coordinación en un escenario de pluralismo jurídico, una lectura sistemática del ordenamiento constitucional colombiano permite afirmar que el método negocial es un imperativo constitucional y no una alternativa para el legislador, para las autoridades públicas y para las autoridades indígenas.

El método negocial involucra un proceso de deliberación entre las autoridades indígenas y las autoridades civiles, con el fin de acordar un marco o conjunto de parámetros normativos que permitan la aprobación de una ley general de coordinación y la creación de los instrumentos, instituciones y procedimientos para que los sistemas de justicia indígena y el sistema judicial nacional funcionen armónicamente.

Como proceso de decisión para elaborar un proyecto de acuerdo o una propuesta legislativa, el método negocial tiene la mencionada condición de imperativo constitucional de acuerdo con los siguientes fundamentos. En primer lugar, por mandado expreso del artículo 330 de la Constitución, en el que se establece la participación de las comunidades indígenas y de sus representantes en las decisiones que tengan relación directa con sus intereses<sup>18</sup>. En segundo lugar, por la inclusión del Convenio 169 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad<sup>19</sup>, en especial, del artículo 6.º que ordena al Estado realizar consultas y procesos de deliberación con las comunidades

Judicatura, o la entidad que haga sus veces, en enero de cada año, informará a la Mesa Permanente de concertación indígena el valor total recaudado por concepto de arancel judicial". La ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-169 de 2014.

18 El artículo 330 de la Constitución se refiere expresamente a la consulta a las comunidades indígenas respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, pero la Corte Constitucional la ha extendido a aquellos actos (decisiones administrativas, leyes y actos reformativos de la Constitución) que afecten directamente los intereses de los pueblos indígenas. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias SU-039 de 1997, SU-383 de 2003, T-737 de 2005, T-129 de 2011, C-030 de 2008 (Ley Forestal), C-175 de 2009 (Ley de Desarrollo Rural), C-702 de 2010 (Acto Legislativo 1 de 2009) y C-366 de 2011 (Código de Minas).

19 En el ordenamiento jurídico colombiano, la figura del bloque de constitucionalidad implica que las normas que se incluyen dentro del mismo se ubican en la misma posición jerárquica de la Constitución y son parámetro de constitucionalidad de las otras normas del ordenamiento jurídico. Cfr. RODRIGO UPRIMNY YEPES. "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en DANIEL O'DONNELL, INÉS MARGARITA UPRIMNY y ALEJANDRO VILLA (comps.). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.



indígenas, antes de aprobar normas o llevar a cabo procedimientos que les afecten<sup>20</sup>.

De esta manera, en Colombia no solo existe un fuerte reconocimiento y protección de los sistemas de justicia indígena y una mención constitucional expresa a la facultad de establecer una ley de coordinación, sino que esta última se trata de una potestad cualificada por las propias reglas constitucionales que obligan a consultar previamente a las comunidades y a obtener su consentimiento libre e informado respecto de los actos normativos que les afecten directamente<sup>21</sup>. En el caso de la ley de coordinación, tal consentimiento debe obtenerse después de un proceso de deliberación entre las autoridades nacionales y las autoridades indígenas y sus representantes, con lo cual el método negocial deviene en imperativo constitucional.

## 2. LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR, LAS SUBREGLAS DE LÍMITES Y COORDINACIÓN ESTABLECIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

A pesar de la existencia del señalado mandato expreso, el legislador no ha aprobado una ley en los términos del artículo 246 de la Constitución<sup>22</sup>. En Colombia no existe una ley general que establezca las reglas de coordinación entre las dos jurisdicciones<sup>23</sup>. Como consecuencia de lo anterior, el

20 Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de 1989, art. 6: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

“(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

“(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

“(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

“2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011.

22 Las omisiones del legislador en el desarrollo de la protección de los derechos de los pueblos indígenas en clave multicultural también se presentan en otros ámbitos diferentes al de la administración de justicia, como la etnoeducación, la conformación de entidades territoriales autónomas, la consulta previa y la propiedad colectiva. En todos estos casos, este vacío “ha llevado a que la Corte Constitucional haya tenido que asumir un activo papel en la configuración de estas previsiones”: JULIO ESTRADA. *Aspectos fundamentales*, cit., p. 43.

23 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. RODOLFO STAVENHAGEN. Misión Colombia. E/CN.4/2005/88/ADD.2. 10 de noviembre de 2004: “67. La Constitución reconoce la jurisdicción del derecho indígena pero aún no están instalados los mecanismos que permiten coordinarla adecuadamente con la jurisdicción del Estado. Entre los temas a resolver está el registro de los diversos actos realizados en el marco de la jurisdicción indígena, así como



método negociado aún no ha sido aplicado como fuente de un procedimiento legislativo. Los proyectos de ley que se han presentado para articular el funcionamiento de los distintos sistemas de justicia tampoco dan cuenta de un proceso de deliberación previo entre comunidades, ni entre estas y las autoridades nacionales<sup>24</sup>.

Ante esta laguna normativa<sup>25</sup>, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la inexistencia de la ley de coordinación no implica la ineficacia del reconocimiento de la autonomía de las autoridades indígenas y de la vigencia de sus reglas, costumbres y procedimientos. La Corte Constitucional expresamente se ha referido a esta omisión del legislador en los siguientes términos: “el ejercicio de la jurisdicción indígena no queda sujeto a una ley específica, pues teniendo en cuenta su carácter constitucional no puede quedar sin efecto por la circunstancia accidental de que no exista una ley que así lo dispusiere”<sup>26</sup>.

El contexto del sistema de coordinación entre sistemas de justicia puede ser descrito por tres elementos. En primer lugar, la existencia de una omisión legislativa; en segundo lugar, la interpretación de la Corte Constitucional, de acuerdo con la cual tal omisión no constituye un obstáculo para el funcionamiento de las autoridades judiciales indígenas; y finalmente, la existencia de conflictos de competencias entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción indígena. En este escenario, las reglas de coordinación han sido fijadas por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el análisis y la solución de los casos concretos en los que se producen los conflictos<sup>27</sup>. En los términos de la Corte Constitucional:

la protección de los derechos humanos individuales en este ámbito. El Relator Especial insta a las partes involucradas a prestar especial atención a estos temas”.

24 En el Congreso de la República se han presentado cuatro proyectos de ley para el establecimiento de los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional: Proyecto 003 de 2000 Cámara, Proyecto 029 de 2001 Cámara, Proyecto 035 de 2003 Senado y Proyecto de Ley Estatutaria 246 de 2010.

25 Se trata de una laguna normativa por omisión absoluta del legislador, como lo señala ÉDGAR SOLANO GONZÁLEZ. “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional Colombiana”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 179-208.

26 La cita es de la Sentencia T-916 de 2013, f.j. 4.1.1. También se puede encontrar en las sentencias C-139 de 1996 y T-606 de 2001.

27 Los criterios del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Constitucional difieren en algunos aspectos. Por ejemplo, en cuanto a la definición de la competencia para conocer de relaciones sexuales entre indígenas, cuando uno de los dos es un niño o niña. El Consejo Superior de la Judicatura ha establecido que la mejor protección del interés superior del niño o niña se satisface mediante una investigación penal realizada por la Fiscalía General de la Nación y juzgada por los jueces penales ordinarios, mientras que la Corte Constitucional ha establecido, para esos mismos casos, que las autoridades judiciales indígenas también pueden garantizar los derechos de los niños y niñas y hacer prevalecer su protección mediante investigaciones llevadas a cabo con la aplicación de las normas, usos y costumbres de las comunidades. Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-617 de 2010 y T-921 de 2013.

La ausencia de Ley de Coordinación no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia, corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación<sup>28</sup>.

Los límites y reglas de coordinación establecidas por la Corte Constitucional se pueden resumir en los siguientes cuatro grupos: i) un enunciado general de competencia, ii) criterios o principios generales para la solución de conflictos, iii) reglas concretas de solución de conflictos y iv) aplicación del fuero indígena.

### 2.1. *Enunciado general de competencia*

Se puede afirmar la existencia del siguiente enunciado general de competencia: la jurisdicción especial indígena es competente para conocer las controversias que se presenten en la aplicación del derecho propio (criterio objetivo), en su territorio (criterio geográfico), que comprometan a un miembro de su comunidad (criterio personal), mediante la aplicación de sus costumbres, normas y procedimientos (criterio institucional u orgánico). Los conflictos y excepciones a este enunciado los resuelve el juez, caso por caso, mediante la ponderación de los principios en colisión<sup>29</sup>.

### 2.2. *Criterios o principios generales para la solución de conflictos*

Los criterios o principios generales para la solución de conflictos se aplican en tres ámbitos: a las limitaciones a la jurisdicción indígena, a los conflictos entre los sistemas de justicia indígena con el sistema nacional y a los conflictos entre diferentes sistemas de justicia indígena.

Los criterios sobre los *límites a la jurisdicción indígena* imponen la realización de un escrutinio estricto en el que se demuestre que tales medidas cumplen con: i) la protección de un interés de mayor jerarquía a la diversidad étnica y cultural; ii) que se trata de la medida menos perjudicial para la autonomía de la comunidad, y iii) se prefiere un sistema de límites mínimos reducidos a lo que “en verdad resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano”<sup>30</sup>.

Ante la ausencia de ley de coordinación, los conflictos *entre sistemas de justicia indígena y el sistema nacional* deben solucionarse bajo los siguientes parámetros: i) análisis y decisión, caso por caso, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada conflicto; ii) el grado de autonomía de las

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-552 de 2010.

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-001 de 2012, f.j. 4.2.15.

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 de 1996.

comunidades es directamente proporcional al grado de conservación de sus usos y costumbres; iii) los derechos fundamentales son el mínimo común denominador de la convivencia entre particulares; iv) las normas imperativas priman sobre los usos y costumbres, y v) los usos y costumbres prevalecen sobre las normas dispositivas<sup>31</sup>.

Por último, cuando el conflicto es *entre sistemas de justicia indígena*, estos gozan de mayor autonomía y deben resolverlo mediante el diálogo intercultural<sup>32</sup>.

### 2.3. Reglas de solución de conflictos

Los anteriores principios se concretan en un conjunto de reglas de solución de conflictos que orientan el estudio individual de los casos, establecen los derechos fundamentales que limitan la jurisdicción indígena y concretan otros límites institucionales.

En primer lugar, el examen de las *circunstancias de cada caso* debe conducir a determinar (i) la cultura involucrada, (ii) el grado de aislamiento o integración de esta respecto de la cultura mayoritaria y (iii) la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad<sup>33</sup>.

En segundo lugar, los *derechos fundamentales que operan como límites* concretos a la justicia indígena son: i) el derecho a la vida<sup>34</sup>; ii) la prohibición de esclavitud<sup>35</sup>; iii) la prohibición de tortura<sup>36</sup>; iv) la garantía del debido proceso y del derecho de defensa<sup>37</sup>; v) la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas<sup>38</sup>; vi) la proscripción del destierro<sup>39</sup>, la prisión perpetua, la confiscación y la responsabilidad objetiva<sup>40</sup>, y vii) la interdicción de la arbitrariedad<sup>41</sup>.

Otros *límites concretos a la justicia indígena* son los siguientes: i) sus decisiones son susceptibles de revisión por el juez de tutela; ii) las autoridades indígenas no son jueces de tutela; iii) las autoridades indígenas no son jueces de constitucionalidad; iv) las autoridades indígenas no son jueces competentes

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-001 de 2012.

32 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-349 de 1996, SU-510 de 1998 y T-514 de 2009.

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 de 1996.

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1127 de 2001.

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998.

36 De acuerdo con las sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997, sanciones como el cepo o el fuate no constituyen tortura.

37 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias SU-510 de 1998 y T-097 de 2012.

38 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998.

39 De acuerdo con las sentencias T-254 de 1994 y T-048 de 2002, la sanción de expulsión de la comunidad es válida y no constituye destierro.

40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998.

41 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998.

para resolver *habeas corpus*, y vi) las autoridades indígenas no conocen de los delitos de rebelión, narcotráfico, contrabando, lavado de activos, porte ilegal de armas, corrupción al sufragante y delitos de lesa humanidad.

Respecto de este último grupo de delitos, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura han considerado que deben ser investigados, juzgados y sancionados por el sistema judicial nacional porque se trata de conductas que tienen un impacto social que trasciende la órbita cultural indígena<sup>42</sup>.

#### 2.4. *Fuero indígena*

Finalmente, el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena involucra la existencia de un *fuero indígena*. Esta garantía implica que los miembros de las comunidades son titulares de un derecho individual a ser juzgados por sus propias autoridades (juez natural) y a que el juicio se desarrolle mediante la aplicación de sus costumbres, normas y procedimientos.

El fuero opera siempre que se demuestre la efectiva pertenencia del individuo a la comunidad, las conductas ocurran dentro del territorio indígena, exista un mínimo nivel de institucionalidad de las autoridades indígenas y se proteja un interés de la comunidad o de la sociedad mayoritaria<sup>43</sup>. Por otra parte, no existen reglas claras sobre la posibilidad de renuncia al fuero en los casos en que la comunidad desiste de iniciar el juicio, el individuo se aparta de su grupo o cuando la sanción por la conducta implica la pérdida de la condición de miembro de la comunidad<sup>44</sup>.

La conclusión de lo que se ha podido señalar hasta aquí es que los principios, criterios y reglas de coordinación han sido definidos por la Corte Constitucional mediante el método jurisprudencial y el análisis de las circunstancias de cada caso. Sin embargo, a pesar de la evidencia de que el método jurisprudencial no es el espacio propicio para aplicar el método negocial, no se puede afirmar que las comunidades hayan sido excluidas totalmente de estos procedimientos porque –en la mayoría de los casos– la Corte ha solicitado el concepto de la comunidad o de las organizaciones indígenas involucradas, con el fin de tener una visión completa de los principios en colisión.

A pesar de lo anterior y de que la jurisprudencia ha sido prolija en la revisión de conflictos y sistematización de criterios, estos no constituyen unas pautas acabadas que permitan definir todos los conflictos entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional. Por el contrario, subsisten muchos problemas de coordinación y casos difíciles que involucran la protección a

42 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-001 de 2012, f.j. 4.2.14.

43 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-921 de 2013.

44 La propia Corte Constitucional hace énfasis en esta laguna jurídica en la Sentencia T-001 de 2012, f.j. 4.2.20.

las mujeres víctimas de violencia de género<sup>45</sup>, el trabajo infantil y la violencia sexual<sup>46</sup>. Frente a este tipo de conflictos, el método negocial podría contribuir a construir una respuesta en clave multicultural.

### 3. AVANCES EN LA APLICACIÓN DEL MÉTODO NEGOCIAL

La preponderancia del método jurisprudencial no ha implicado un abandono absoluto del método negocial. Por el contrario, como se verá a continuación, existen avances en el desarrollo de un proceso de deliberación con las comunidades indígenas. En todo caso, estos procesos no están exentos de dificultades y su éxito tampoco garantiza la existencia de una línea clara de coordinación que excluya definitivamente el estudio de casos difíciles por parte del juez constitucional.

En el ámbito institucional, el Consejo Superior de la Judicatura ha sido el principal órgano que ha impulsado procesos de coordinación con un mínimo contenido negocial<sup>47</sup>. Los principales avances giran en torno a: la creación de una Mesa Permanente de Concertación entre el gobierno y los pueblos indígenas; la celebración de un convenio de coordinación y cooperación entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Organización Nacional Indígena en 2003, y la creación de un programa de apoyo a la coordinación entre la Jurisdicción Indígena y el sistema judicial nacional. En el marco de este último se propuso la creación de un mapa de jurisdicciones, darle publicidad a las decisiones de los sistemas indígenas y del sistema judicial nacional que tengan relación con el pluralismo jurídico, desarrollar procesos de capacitación a funcionarios e impulsar las escuelas de derecho propio.

Sin embargo, esta experiencia de coordinación institucional se ha desarrollado prevalentemente mediante el modelo unilateral y, ante la omisión del legislador, se ha preferido avanzar en una coordinación en la práctica. A pesar

45 Cfr. CHANDRAN KUKATHAS. "Is feminism bad for multiculturalism?", *Public Affairs Quarterly*, vol. 15, n.º 2, abril, 2001; SUSAN OKIN. "Is Multiculturalism Bad for Women?", *Boston Review*, octubre-noviembre, 1997.

46 Los casos de minorías dentro de las minorías son analizados bajo la idea de la *paradoja de la vulnerabilidad multicultural*. Sobre este tema cfr. la intervención de la profesora NEUS TORBISCO, de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, en el Simposio Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Anuario de Derechos Humanos* n.º 9, 2013, pp. 62-85. Sobre la situación de vulnerabilidad de ciertos grupos dentro de las minorías nacionales, indígenas o religiosas, cfr. SUJIT CHOUDHRY. "Group rights in Comparative Constitutional Law: Culture, economics, or political power?", en MICHEL ROSENFELD y ANDRÁS SAJÓ (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1106.

47 El método negocial también se ha aplicado en la definición de políticas de coordinación de otros ámbitos de protección de los derechos de las comunidades indígenas, especialmente, en el caso de la etno-educación con la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas.

de la unilateralidad, en ese marco se han producido avances que posibilitan un futuro proceso de negociación y deliberación, como la elaboración de un atlas de jurisdicciones indígenas que conduzca a identificar y describir a los interlocutores.

Este proceso representa un cambio de modelo frente a los lineamientos elaborados por la presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en 2003, en los que se afirmaba que eran los indígenas quienes debían pensar los criterios de coordinación y quienes debían reflexionar sobre los mecanismos para materializarlos, en los siguientes términos: “los pueblos indígenas deben adelantar un proceso de reflexión para establecer los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional (...). En últimas, son los pueblos indígenas quienes deben asumir la necesidad y los contenidos de la coordinación”<sup>48</sup>.

Aunque esta posición puede ser criticada por excluir el método negocial, también refleja la inexistencia de una condición necesaria para el éxito de la deliberación entre las autoridades nacionales y las autoridades indígenas: el déficit de discusión previa entre las comunidades o lo que se denomina “debate intra e interétnico sobre el derecho consuetudinario y la jurisdicción indígena”<sup>49</sup>.

Frente a la inexistencia de deliberación entre comunidades indígenas, el Estado debe fomentar y apoyar ese debate, como un requisito previo para la negociación. En especial, si se tiene en cuenta la división que existe entre los pueblos indígenas a la que hacen referencia GARCÍA VILLEGAS y UPRIMNY YEPES. Para estos dos autores, las comunidades están enfrentadas en dos grupos:

... por un lado, están aquellos líderes, que asumiendo una actitud pragmática consideran que los intereses del movimiento resultan más favorecidos si se adopta una estrategia de negociación con el gobierno sin que ello implique ceder en materia fundamental. Otros, en cambio, a partir de una posición que podríamos denominar integrista, desconfían de casi cualquier concesión que provenga de las instituciones y en tal sentido utilizan el derecho sólo como una herramienta más de presión, sin que ello implique una aceptación del derecho del Estado. Esta tensión, que nunca se presenta como una ruptura definitiva, ha creado dificultades de comunicación entre líderes tradicionales, dificultades de representación, dificultades de estrategia y dificultades de comportamiento político<sup>50</sup>.

48 LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN. “La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema de judicial nacional”, documento elaborado por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 23, disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf> (13/03/2014).

49 ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, p. 39.

50 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y RODRIGO UPRIMNY YEPES. *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, Norma, Bogotá, 2002, p. 24 (se omiten las citas del original).

A pesar de este fraccionamiento y del vacío de diálogo interétnico, el más reciente y destacable avance en procesos de deliberación se produjo en el año 2012. Mediante un Acuerdo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura<sup>51</sup> se creó la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena<sup>52</sup>. Se trata de un órgano permanente encargado de construir políticas públicas a través de la concertación entre las comunidades indígenas, los representantes de sus organizaciones y las autoridades civiles.

Esta comisión supone cuatro progresos en la aplicación del método negocial. En primer lugar, constituye un abandono definitivo del modelo unilateral, de acuerdo con el cual indígenas o autoridades civiles debían pensar individualmente las normas de coordinación entre sistemas de justicia. En segundo lugar, crea un espacio institucional encargado de desarrollar la deliberación. El tercer progreso tiene relación con el uso de un lenguaje de políticas públicas y política de Estado que rompe con la idea de definiciones casuísticas mediante las reglas de competencia. El último, pero no menos importante avance, es que se asume la necesidad de financiación para los programas de coordinación.

Finalmente, el acuerdo mencionado anteriormente fue reformado con el fin de incluir un adelanto adicional, bajo la idea de que la coordinación entre sistemas de justicia requiere también la participación de autoridades locales en el nivel descentralizado. En consecuencia, se crearon las Mesas Departamentales de Coordinación Inter-Jurisdiccional<sup>53</sup>. No obstante, como se explicará a continuación, también existen dificultades para la aplicación del método negocial.

#### 4. DIFICULTADES PARA LA APLICACIÓN DEL MÉTODO NEGOCIAL Y PARA ESTABLECER UNA LEY GENERAL DE COORDINACIÓN

A pesar de los avances comentados, el método negocial se enfrenta a serias dificultades para producir como resultado una ley general de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y las diferentes jurisdicciones indígenas.

El primer obstáculo es la riqueza del pluralismo jurídico colombiano. Se trata de una paradoja afortunada porque el alto grado de diversidad dificulta

51 Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Sala Administrativa. Acuerdo n.º PSAA12-9614 de 19 de julio de 2012.

52 A la Comisión pertenecen, entre otros, representantes de las organizaciones indígenas, representantes indígenas por regiones, los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el Fiscal General, el Defensor del Pueblo, el ministro del Interior, el ministro de Justicia y la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La Comisión debe reunirse en sesiones ordinarias, al menos, una vez cada bimestre.

53 Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Sala Administrativa. Acuerdo n.º PSAA13-9816 de 22 de enero de 2013.



la creación de criterios generales sin comprometer la propia diversidad y la autonomía indígena. En Colombia no se puede omitir el hecho de que la coordinación debe hacerse con 87 comunidades indígenas, con diferentes autoridades (individuales o colectivas), estructuras (tribunales permanentes o *ad hoc*), procedimientos (orales o escritos con distintos grados de publicidad), grados de institucionalización (derecho propio o derecho nacional como propio), finalidades (justicia como medio o simbólica), competencias, sanciones y costumbres. Una ley única puede constituir una pérdida del pluralismo y una violación de la autonomía de algunas comunidades.

En segundo lugar, la coordinación se enfrenta al problema de los distintos grados de interacción de las comunidades y de sus jurisdicciones con el sistema judicial nacional. La coordinación no puede hacerse toda en el mismo nivel, por el contrario, como afirma ESTHER SÁNCHEZ, es fundamental establecer que

... cada pueblo de ese bloque no es igual a otro, no interactúa ni de igual modo, ni con la misma frecuencia con el sistema jurídico estatal. Es importante también precisar que algunas sociedades clasificables dentro del “sistema jurídico indígena” también interactúan en instancias internacionales cuya competencia jurisdiccional ellos conocen, también con los sistemas jurídicos de otras naciones y por supuesto entre los mismos pueblos indígenas con sus respectivos derechos propios<sup>54</sup>.

Otra dificultad para la coordinación tiene causa en el modelo económico neoliberal que Colombia aplica, de manera ejemplar, desde finales del siglo pasado. Este régimen impide la transición de un pluralismo jurídico unitario hacia un pluralismo jurídico de tipo igualitario. Como señala HOEKEMA, el neoliberalismo “rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado”, y el concepto de territorio indígena “les da asco a los políticos”, que lo ven como una pérdida de oportunidades para explotar económicamente los recursos locales<sup>55</sup>. La prevalencia del dogma de la seguridad jurídica como garantía para la inversión extranjera y la explotación de los recursos naturales ha desplazado las facultades jurisdiccionales indígenas y la aplicación efectiva de sus usos y costumbres.

Finalmente, aunque se puede afirmar que una ventaja para la coordinación es producto del modelo monista y monocultural que desafortunadamente prevaleció hasta la Constitución de 1991 —en virtud del cual muchos pueblos indígenas incorporaron o les fueron impuestos a sus derechos propios elementos del derecho nacional—, pueblos sin derecho propio asumieron el derecho nacional y otros aceptaron remitir casos al derecho nacional por considerar

54 ESTHER SÁNCHEZ BOTERO. “Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005, p. 227.

55 Cfr. ANDRÉ HOEKEMA. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, El otro derecho, ILSA, Dupligráficas, 2002, p. 67.

que este ofrecía una mejor respuesta a sus controversias<sup>56</sup>. Se trata de una falsa ventaja, en la medida en que se plantea en clave asimilacionista y no en clave de pluralismo jurídico e interculturalidad.

En conclusión, el éxito de los incipientes procesos de deliberación y la superación de las dificultades para la coordinación que implica el complejo pluralismo jurídico en Colombia, no garantiza como resultado final una ley que ponga fin a todos los conflictos entre sistemas de justicia. Por esa razón, como se defenderá en el siguiente acápite, se impone la apertura a la combinación de un método de deliberación con la definición de los casos difíciles por parte del juez constitucional.

##### 5. EL MÉTODO JURISPRUDENCIAL COMO COMPLEMENTO NECESARIO DEL MÉTODO NEGOCIAL

La coordinación y una ley que establezca los parámetros para lograrla resultan necesarios en el contexto del pluralismo jurídico colombiano. No es acertada la posición extrema de acuerdo con la cual “La ley de coordinación entre sistemas jurídicos no es necesaria en Colombia para desarrollar distintas formas de encuentro entre el derecho propio y el sistema jurídico nacional”<sup>57</sup>.

Si bien una ley no tiene el potencial para resolver todos los problemas de coordinación, de esta tesis no se desprende que tal ley no sea necesaria como elemento de articulación entre los sistemas de justicia. Por supuesto que en la práctica puede haber coordinación sin ley, pero parece que esta no fue la coordinación a la que se refirió el Constituyente de 1991: general, unificada e institucionalizada.

Los límites que tal ley de coordinación tendría y las dificultades a la hora de utilizar el método negocial para llegar a puntos de acuerdo no son razones válidas para mantener la omisión del legislador. Este vacío podría ser subsanado por un exitoso método de diálogo, con consulta previa y deliberación de calidad. Dentro de ese proceso se imponen como punto de partida los criterios establecidos por la Corte Constitucional en las diferentes sentencias en que ha ponderado y resuelto los casos de conflicto. La negociación puede refinar y sistematizar esos criterios, pero no es posible ni deseable que los sustituya o contraríe.

En todo caso, la ponderación y el análisis de cada uno de los casos puede subsistir como método complementario frente a regulaciones que para algunas

56 SÁNCHEZ BOTERO. *Reflexiones*, cit., p. 229: “Es significativa la incidencia del derecho estatal en estos pueblos –reconocido así por los mismos indígenas– incluso, al aceptar que algunos conflictos internos tienen mejor solución en la jurisdicción ordinaria”. No se debe confundir este último elemento con los casos en los que la falta de garantías institucionales obliga a las autoridades indígenas a remitir casos al sistema judicial nacional.

57 ARIZA SANTAMARÍA. *Coordinación*, cit., p. 12.

comunidades pueden resultar generales y totalizantes<sup>58</sup>. En consecuencia, el método jurisprudencial debe actuar como un complemento del método negocial, o lo que es lo mismo, se deben reconocer los límites y posibilidades de la deliberación previa y abrir un espacio de apertura para que los casos futuros sean definidos mediante el método jurisprudencial.

La anterior tesis no implica optar exclusivamente por el método jurisprudencial. El funcionamiento de este sin una ley debatida y consultada, terminará por arribar a una solución de los conflictos entre sistemas de justicia en clave unilateral o de asimilación; dentro de este indeseado esquema, la justicia occidental termina por definir los límites de la jurisdicción indígena.

No obstante, como quedó demostrado, una decisión absoluta por el método negocial –aunque parece privilegiar de mejor manera la opción multicultural– tiene unos límites que niegan la propia multiculturalidad; por ejemplo, el establecimiento de criterios generales y homogéneos para un conjunto de sistemas de justicia heterogéneos, con la consecuente pérdida de riqueza, de pluralismo y de autonomía para los pueblos indígenas.

La mejor opción es la realización de un procedimiento exitoso de deliberación del cual se obtenga como resultado una ley de parámetros, en la que se dejen abiertos espacios para la definición por parte de los jueces –con base en los criterios acordados– de los difíciles casos que surgen en el contexto del pluralismo jurídico y del funcionamiento de los sistemas indígenas de justicia.

## CONCLUSIONES

En este artículo se resumieron las reglas de coordinación entre el sistema judicial nacional y los sistemas de justicia indígena, con el fin de demostrar que su origen se encuentra en una aplicación del método jurisprudencial, que hace posible la coexistencia de los diferentes ámbitos de justicia y garantiza la autonomía indígena; pero contrasta con el mandato constitucional de coordinación mediante una ley general, producto de la previa aplicación del método negocial y de procesos de consulta a las comunidades.

También se señalaron los cambios institucionales que se han producido para avanzar en la definición negociada de los criterios de coordinación entre sistemas de justicia y los obstáculos a los que este proceso se enfrenta. Muchas de esas barreras tienen su origen en las dimensiones insólitas y fascinantes del pluralismo jurídico colombiano. Esta situación conduce a que las promesas de la Constitución sean contradictorias: mantener la especificidad

58 Esta fue la posición de algunas comunidades indígenas frente al proceso de consulta previa del año 2005 en el que manifestaron una posición escéptica frente a una ley general de coordinación y la imposibilidad de conciliarla con la riqueza y diversidad de los sistemas indígenas.

y resaltar la diferencia, al mismo tiempo que se establecen normas generales y homogéneas de coordinación.

Ante objetivos constitucionales concurrentes orientados a conservar la riqueza que representan las prácticas tradicionales de la justicia indígena, garantizar la protección efectiva de los derechos humanos y lograr un funcionamiento armónico de los jueces nacionales con las autoridades judiciales indígenas, la respuesta constitucional más adecuada es la deliberación como punto de partida para el establecimiento de los criterios de coordinación que deberán ser incluidos en una futura ley. Adicionalmente, es imperativo llegar al acuerdo sobre la inclusión de una válvula de escape del sistema, mediante la aplicación subsidiaria del método jurisprudencial para casos específicos de conflictos de competencias.

Porr último, el proceso de deliberación con las comunidades indígenas debe conducir al cumplimiento del mandato constitucional de coordinación, mediante una ley que además de cumplir con tal objetivo, también fortalezca los sistemas de justicia indígena y brinde soluciones en clave multicultural a los conflictos entre las prácticas tradicionales y los derechos humanos. La ley debe fomentar el *diálogo entre jueces*, tan valorado, enriquecedor y necesario cuando se trata de jueces de distintos países y de tribunales internacionales, pero subestimado e inexistente cuando se trata de nuestras valiosas autoridades indígenas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARBELÁEZ DE TOBÓN, LUCÍA. “La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema de judicial nacional”, documento elaborado por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, 2003, disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf>
- ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010.
- CHOUDHRY, SUJIT. “Group Rights in Comparative Constitutional Law: culture, economics, or political power?”, ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ANDRÁS (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*, Norma, Bogotá, 2002.
- HOEKEMA, ANDRÉ. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, El otro derecho, ILSA, Dupligráficas, 2002.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. “Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia”, en BAZÁN, VÍCTOR y NASH, CLAUDIO (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n.º 4, Pluralismo jurídico*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014.

- KUKATHAS, CHANDRAN. "Is feminism bad for multiculturalism?", *Public Affairs Quarterly*, vol. 15, n.º 2, abril, 2001.
- KYMLICKA, WILL. *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- OKIN, SUSAN. "Is Multiculturalism Bad for Women", *Boston Review*, octubre-noviembre, 1997.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER. "Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 41, 2005.
- SOLANO GONZÁLEZ, ÉDGAR. "La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional Colombiana", *Anuario de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.
- TORBISCO, NEUS. Intervención en el seminario Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 9, 2013.
- YOUNG, IRIS. "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, n.º 99, 1989, pp. 250 - 274.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en O'DONNELL, DANIEL; UPRIMNY, INÉS MARGARITA y VILLA, ALEJANDRO (comps.), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.

### *Jurisprudencia*

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-254 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-349 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-523 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-030 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-606 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1127 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-728 de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-048 de 2002.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-552 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-383 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-811 de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-737 de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-945 de 2007.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 030 de 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-175 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-514 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-552 de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-702 de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-364 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-366 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-001 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-097 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-866 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-916 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-921 de 2013.

*Otros documentos consultados*

- Colombia, Una Nación Multicultural. Su diversidad étnica. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Documento de la Dirección de Censos y Demografía. 2007. Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia\\_nacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf)
- Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Sala Administrativa. Acuerdo n.º PSAA13-9816 de 22 de enero de 2013.
- Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Sala Administrativa. Acuerdo n.º PSAA12-9614 de 19 de julio de 2012.
- Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. RODOLFO STAIVENHAGEN. Misión Colombia. E/CN.4/2005/88/ADD.2. 10 de noviembre de 2004.