

# **EL SISTEMA JUDICIAL ORDINARIO COLOMBIANO FRENTE A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA ANTE EL JUZGAMIENTO DE UN MIEMBRO DE SU COMUNIDAD**

Jaime Gabriel García Mosquera<sup>1</sup>

Victoriano Palacios Martínez<sup>2</sup>

## **Resumen**

El presente artículo muestra los conflictos que surgen al confrontar principios de diversidad étnica y cultural de la jurisdicción indígena, al momento de juzgar a un miembro de su comunidad frente a la justicia ordinaria. En este contexto se realiza un análisis jurisprudencial, implementando para ello un enfoque cualitativo, basado en un diseño hermenéutico, de nivel descriptivo-analítico.

El artículo da cuenta de los principales problemas que se lograron identificar en este ámbito, llegándose a concluir que la administración de justicia indígena debe realizarse de acuerdo a sus formas y costumbres ancestrales, implicando esto la capacidad que tienen de crear sus leyes y reglamentos, y de imponer sanciones a que se dieran lugar por el incumplimiento de estas normas y reglas, siendo como límites los derechos fundamentales de la Carta Magna.

## **Palabras clave**

Justicia especial indígena, justicia ordinaria, conflicto, coordinación.

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: jaimegarmos@yahoo.com

<sup>2</sup> Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Contacto: vicpamar28@hotmail.com

## **Abstract**

This article shows the conflicts that arise when confronting principles of ethnic and cultural diversity of the indigenous jurisdiction, at the time of judging a member of their community before the ordinary justice. In this context, a jurisprudential analysis is carried out, implementing a qualitative approach, based on a hermeneutic design, at an analytical descriptive level.

The article reports on the main problems that were identified in this area, concluding that the administration of indigenous justice must be carried out according to their ancestral ways and customs, implying this the ability they have to create their laws and regulations and to impose sanctions to be given for the breach of these norms and rules, being as limits the fundamental rights of the Magna Carta

## **Keywords**

Special indigenous justice, ordinary justice, conflict, coordination.

## **Introducción**

Mediante el presente artículo se abordará el tema de la actuación del Sistema Judicial Ordinario colombiano frente a la Jurisdicción Especial Indígena ante el juzgamiento de un miembro de su comunidad, el cual se realiza con la finalidad de comprender las situaciones que se presentan cuando un miembro de una comunidad indígena comete un hecho punible, y al momento de su juzgamiento aparecen algunos desacuerdos sobre la jurisdicción a la cual deberá responder; tales situaciones surgen debido al desconocimiento de las diferentes comunidades indígenas que existen en el país, que presentan

características distintivas entre unas y otras, la transgresión de la normatividad establecida en cada jurisdicción, lo que mayormente ocurre por desconocimiento de las mismas y que se puede presentar tanto por representantes de la jurisdicción indígena como de la ordinaria, entre otras situaciones derivadas de la falta de coordinación entre las mismas.

Es por lo anterior que, para comprender lo que pasa entre ambas jurisdicciones, se realizará un estudio enfocado en la teoría del pluralismo jurídico, debido a que es la que mejor se aproxima a la realidad colombiana, pues en ella se presentan distintas jurisdicciones, tales como la Ordinaria, Contencioso Administrativo, De Paz, Constitucional e Indígena.

Adicionalmente se examinará en las jurisprudencias emitidas mayoritariamente por la Corte Constitucional, ya que la falta de una normativa clara sobre las formas de coordinar la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria no ha permitido que se desarrollen plenamente las bases conceptuales que clarifiquen las actuaciones de dichas instituciones, por tanto resulta clave para el presente estudio analizar las experiencias que han tenido los administradores de justicia a través de las diferentes corporaciones a las cuales representan, y que han quedado plasmadas en leyes y jurisprudencias acerca de los conflictos que se presentan entre la jurisdicción indígena en el marco de sus usos y costumbres ancestrales, y la justicia ordinaria desde el derecho positivo colombiano al momento de juzgar a un miembro de la comunidad indígena.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996 se realiza la incorporación en la estructura de la administración de justicia a la jurisdicción indígena, la cual pasa a formar parte de la Rama Judicial otorgando la facultad de administrar justicia que poseen las autoridades indígenas de acuerdo a sus creencias, y la cosmovisión del mundo que cada comunidad indígena tiene para mantener la armonía y el equilibrio social dentro de sus comunidades, sin

embargo, en la praxis, se evidencian desajustes y conflictos cuando la jurisdicción especial indígena pretende ejercer su autonomía ante el juzgamiento de un miembro de su comunidad, problemática ante la cual surgió la siguiente interrogante: ¿Cuál es la situación que se presenta entre el Sistema Judicial Ordinario y la Jurisdicción Especial Indígena ante el juzgamiento de un miembro de su comunidad?

Para dar respuesta se tuvo como objetivo analizar los conflictos que surgen al confrontar los principios de la diversidad étnica y cultural de la jurisdicción indígena al momento de juzgar a un miembro de su comunidad, frente a los derechos fundamentales de la justicia ordinaria; la investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, de diseño hermenéutico, con un nivel descriptivo-analítico, y cuenta con cinco secciones: en la primera sección se desarrollan las teorías que dan sustento a la investigación realizada, y se examinan las características sobre las jurisdicciones en el país con una aproximación al pluralismo legal que se presenta; la segunda sección presenta el desarrollo de la jurisdicción Especial Indígena; seguidamente se encuentra la tercera sección, que aborda lo referente al fuero indígena, señalando sus alcances y limitaciones; en la cuarta sección se dan algunas acotaciones entre las diferencias que se presentan entre las dos jurisdicciones, y ya para finalizar, en la quinta sección se examinan los derechos de las comunidades indígenas como sujetos colectivos reconocidos.

### **Planteamiento del problema y metodología**

A pesar de que en el ámbito internacional no se logra establecer una definición que goce de general aceptación, existen algunos criterios que aportan a la pretensión de otorgar una definición al pueblo indígena, entre los que se destaca el señalado por la Organización Internacional del Trabajo, OIT, (Convenio 169 de 1989), que señala que es “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar

los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (p. 2).

Este Convenio constituye un importante instrumento internacional, debido a que en él se sientan las bases para la protección de los pueblos indígenas y tribales, estableciendo además la igualdad de derechos entre los pueblos indígenas y tribales y el resto de los habitantes, haciendo énfasis en el respeto por sus prácticas ancestrales y las instituciones que de ellas se derivan.

En consecuencia, en la Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 2007), en cuanto a la libre determinación de los pueblos y la autonomía de los pueblos indígenas, establece lo siguiente:

(...) los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, 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 (art. 4°).

El anterior artículo se complementa con el artículo 34 de la Declaración (ONU, 2007), sobre “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos”.

De acuerdo con la OIT (1989):

Los pueblos indígenas y tribales han abierto un camino para lograr una mayor participación a nivel político con la finalidad de solicitar el debido respeto ante las autoridades internacionales y estatales, pidiendo que cese la vulneración a los derechos individuales y colectivos, en lo que respecta a la propiedad colectiva de las zonas

y tierras donde habitan, gozar y recibir el beneficio de los usos de esas mismas tierras y de los recursos que en ellas se encuentran, así como de la autonomía en el manejo de asuntos concernientes al aspecto social, económico, jurídico y cultural; además de la participación política dentro del país o nación donde se encuentren (p. 4).

De ahí que Colombia, al estar suscrita al Convenio 169 de la OIT (1989), da un paso adelante incorporando dentro de la Constitución de 1991. Para las autoras Cadena y Rocero (2004) “el principio constitucional del respeto a la diversidad étnica y cultural ha originado un pluralismo jurídico, los cuales están validados por la misma Constitución como norma de referencia fundamental” (p. 112).

De tal reconocimiento de la diversidad étnica y cultural surge la necesidad de agrupar los derechos que como colectividad le asisten, a saber: identidad, autonomía, territorio, participación y desarrollo.

Colombia es un país multiétnico y pluricultural por lo cual, cuando se trata el tema de la jurisdicción indígena, deben entenderse que son más de 710 resguardos indígenas esparcidos en 27 departamentos, que comparten características comunes, pero existen diferencias específicas propias de su culturalidad y ancestralidad, por tanto el abordaje de estos temas debe realizarse de manera respetuosa, debido a que al presentar estas posibles similitudes, que puedan servir de base a una coordinación entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria, se pueda coartar el derecho de estos pueblos que están protegidos constitucionalmente.

Entendiendo lo anterior, en el Decreto 2164 de 1995 (art. 21) se establece que los resguardos indígenas “gozan de la propiedad colectiva que los hace acreedores del derecho de propiedad privada y que además poseen una

organización autónoma que los rigen y están amparados por el fuero indígena y las leyes ancestrales propias de cada comunidad”.

Uno de los factores que pudiera estar influyendo en que persistan estos conflictos es la tardanza de la puesta en marcha de una ley que permita la coordinación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, teniendo como referencia el artículo 246 de la Constitución de 1991, el cual presenta ambigüedad, dado que señala que la autonomía entregada a estos pueblos se encuentra condicionada de alguna manera a las leyes nacionales. Como una manera de tratar de solucionar la problemática, temporalmente se han sentado jurisprudencias, tales como la ofrecida por la Corte Constitucional (2013), donde se establecen los principios que deben considerarse para solucionar los casos relacionados con conflictos o tensiones entre la normatividad ordinaria o nacional, y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas, reconociéndose, entre otros, que: “las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural” (Sentencia T-921).

A pesar de las normativas existentes para ambas jurisdicciones es menester analizar, al momento de juzgar a un infractor indígena, si será juzgado por la justicia indígena o por la justicia ordinaria, situación que ha generado conflictos entre estas dos jurisdicciones, mismas que se resuelven ante los tribunales presentándose casos de posible vulneración de los derechos que constitucionalmente les han sido otorgados a los pueblos originarios.

La Constitución de 1991 plasma los derechos de los ciudadanos en el país, donde se garantiza la vida e integridad de los coasociados, estableciendo además que es deber de los mismos acatar la Constitución y las leyes, sin embargo, cuando se trata del acatamiento de este deber se observa que en el

caso de los pueblos indígenas estos se guían por sus propios sistemas de derechos, en concordancia con la idea de justicia y cosmovisión de cada pueblo, considerando sus prácticas culturales y costumbres ancestrales.

Sabiendo que al momento de juzgar al infractor indígena los encargados de la administración de la justicia ordinaria deben dar a conocer a las autoridades indígenas de la comunidad a la cual pertenece, para que sea esta quien se encargue de la administración de justicia, existiendo circunstancias en que las autoridades indígenas entregan al infractor para que se encargue de el juzgamiento del mismo, sin embargo, es de dominio público que no en todas las oportunidades sucede, sino que mediante acciones de tutela se dirimen los conflictos por el juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena, dejando ver el desacople que existe entre el Código Procesal Penal y la jurisdicción indígena, la cual por la costumbre de oralidad de la gran mayoría de los pueblos indígenas no tienen códigos escritos a los cuales remitirse.

De persistir esta situación de incertidumbre jurídica, y de no lograr una verdadera concertación entre ambas jurisdicciones. se pudiera estar vulnerando los derechos que tienen los pueblos originarios a ser juzgados de acuerdo con sus usos y costumbres, tal como queda expresado en la Constitución de 1991 (art. 330). Por otro lado, tanto las leyes como las distintas jurisprudencias emitidas legitiman al indígena como sujeto a la justicia ordinaria, obviando el derecho de autonomía de estos pueblos y de su propia jurisdicción.

Por ende, el enfoque que se asume es el cualitativo, ya que según los autores Hernández, Fernández, y Baptista (2006) “la investigación cualitativa se fundamenta en una perspectiva interpretativa centrada en el entendimiento del significado de las acciones de seres vivos, principalmente los humanos y sus instituciones” (p. 275).



De igual manera, al ser un trabajo jurídico se considera conveniente que el diseño de la investigación sea hermenéutico, de tal manera que se puedan interpretar los motivos de las expresiones humanas no solo a nivel individual sino del colectivo, considerando la historicidad, presentando así esta disciplina cualitativa la posibilidad de comprender, partiendo del presente, las manifestaciones humanas en tiempos pasados, y quizás inferir situaciones colectivas que podrían generarse a futuro, lo cual le otorga un valor adicional (Mendoza, 2003).

De ahí que, al ser de naturaleza jurídica, se considera de tipo analítico descriptiva, ya que se pretende realizar un análisis de las causas que originan el conflicto entre la justicia indígena y la ordinaria. Al referirse a una investigación de las ciencias jurídicas el análisis tendrá como base el pluralismo jurídico, las legislaciones y jurisprudencias relacionadas con la temática que se investiga; de igual forma la parte descriptiva proveerá los elementos de análisis necesarios tales como la jurisdicción indígena, el marco constitucional, la cosmovisión de los pueblos ancestrales y la normatividad desde el cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en la misma Carta Magna.

En cuanto a la población y muestra no están contempladas, dado que es una investigación de análisis y descripción de documentos de tipo legal, con la finalidad de alcanzar una mejor comprensión de la problemática que actualmente se está presentando en el ámbito jurídico, en la cual se ven afectadas las comunidades indígenas y tribales del país.

### **Justificación**

La presente investigación contribuye a la comprensión de la problemática de los conflictos que surgen a raíz de la falta de acoplamiento entre la justicia especial y la justicia ordinaria; tal es el caso cuando un miembro de una

comunidad indígena ha cometido una falta, y este, según la Constitución de 1991, debe ser juzgado por la autoridad reconocida dentro de su comunidad de acuerdo a sus prácticas y costumbres ancestrales, donde se establecen las faltas y el tipo de sanción que deberá cumplir, sin embargo, cuando ocurren faltas que son conocidas por la justicia ordinaria esta interviene juzgando al miembro de la comunidad sin tener en consideración a la justicia especial a la que debe responder, e impone el sistema normativo ordinario.

En concordancia con lo planteado por la Corte Constitucional (2013), existen elementos que delimitan el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, tales como: existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; potestad de establecer normas y procedimientos propios; sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y por último, la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, dejando en este último elemento una sujeción de la autonomía indígena a la justicia ordinaria o nacional.

La presente problemática resulta de gran relevancia, debido a que actualmente Colombia cuenta con diversidad de pueblos indígenas, los cuales se encuentran identificados plenamente, teniendo en cuenta su proceso de afianzamiento e identidad cultural, incluso a sus antepasados, los cuales provenían de algunas etnias ya extinguidas, entre las que se destacan los Tayronas, Quimbayas, Calimas y Panches; en la actualidad son 710 resguardos ubicados en 228 municipios de 27 departamentos, en áreas como bosques tropicales, desiertos o zonas montañosas escarpadas.

Ahora bien, se puede observar que luego de la entrada en vigencia de la Carta Magna de 1991 el énfasis y el respaldo para los derechos de los pueblos indígenas, además de la promulgación de leyes o normas supraestatales, tales como el Convenio 169 (OIT, 1989), la creación del Foro Permanente de los Pueblos Indígenas, y la presencia de tres indígenas dentro de la Asamblea

Nacional Constituyente, se consideran como factores preponderantes para que el Gobierno y la sociedad en general reconocieran realmente la diversidad étnica del país, por lo cual resulta conveniente realizar un análisis del tema, y de esta forma comprender la importancia que tiene lograr una coordinación o acoplamiento ante las dos jurisdicciones al momento del juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena.

Al pretender la comprensión de la conflictividad que se presenta entre las dos jurisdicciones, tanto en la calificación de las conductas como en las consecuencias jurídicas, es posible dilucidar una salida que dignifique la multiculturalidad que establece la Constitución de 1991, y evite posibles daños al patrimonio cultural e inmaterial que representan las comunidades indígenas y tribales del país; una vez alcanzado el objetivo general propuesto en la presente labor de investigación será de gran beneficio para las partes involucradas generar aportes metodológicos debido a la manera como fue abordado, puesto que permite la evaluación y reflexión de la problemática en cuestión para tratar de comprenderla, permitiendo así dar realce al tema de la justicia especial indígena y, desde el punto de vista académico, puede representar el punto de partida para futuras investigaciones, y de referencia para estudiantes de los últimos años de las ciencias jurídicas y de las ciencias sociales.

Con fin de ampliar la visión sobre el tema se realizó una búsqueda de escritos que guardan relación con la temática en estudio, en plataformas como Google académico, repositorios de distintas universidades del país, tales como la Universidad del Rosario y la Universidad Libre, entre otras, y también se revisaron revistas especializadas en el área socio-jurídica, además de las distintas jurisprudencias que se encuentran en la base de datos de las diferentes corporaciones en línea.

A continuación, se presentan algunos trabajos de investigación que guardan relación con el tema de la jurisdicción especial indígena y el sistema ordinario.

Inicialmente se presenta el trabajo de pregrado realizado por CÓNDROR (2018), donde se analiza cómo se resuelven los casos que involucran indígenas desde la perspectiva del multiculturalismo, y adicionalmente se realiza un análisis de cómo opera el pluralismo jurídico en Ecuador y cuáles son los criterios que ha utilizado la Corte Constitucional ecuatoriana respecto al pluralismo jurídico.

De igual manera se indaga sobre los conflictos de competencia entre justicia ordinaria y justicia indígena a partir de un caso a través de la revisión de doctrina, jurisprudencia, normativa y los principios generales del derecho, para comprender las competencias de esta última, revisando también el criterio que ha emitido la Corte Constitucional (2017) respecto al pluralismo jurídico en el caso estudiado, que involucra el tema del doble juzgamiento que se genera cuando una causa ha sido conocida por la justicia ordinaria y la justicia indígena (Sentencia No. 101-17-SEP-CC del Caso 0166-14-EP, p. 8).

En el ámbito nacional se encuentra a FEO (2019), quien en su artículo tenía como objetivo el análisis jurídico sobre la relación existente entre la jurisdicción especial indígena, el derecho colombiano y la normativa internacional en el ámbito de la industria extractiva y el impacto de género, y se propuso una reflexión acerca de la igualdad de género y la extracción minera a la luz de la jurisdicción especial indígena. El artículo da cuenta de los principales problemas identificados en este ámbito, así como de la posición que hasta el momento han adoptado el tribunal constitucional de la República de Colombia y diferentes instancias internacionales.

También se consideró el trabajo de RUIZ (2016), quien realizó un artículo de investigación histórica y socio-jurídica sobre el funcionamiento de la Jurisdicción Especial Indígena para ubicar las tensiones y dificultades entre la

jurisdicción ordinaria. El estudio determinó que existen relaciones no amigables entre justicia indígena y justicia ordinaria, y una negación de la aplicación de la Ley de Origen como forma válida de solución de conflictos de los pueblos indígenas en Colombia. Como principal resultado se evidenció la imposibilidad del sistema jurídico colombiano de armonizar el pluralismo jurídico creado en la Constitución Nacional de Colombia (1991), por lo cual la Jurisdicción Especial Indígena es una forma de supervivencia y reivindicación de los grupos indígenas en Colombia. Como alternativa de salida se propone la incorporación de esquemas democráticos deliberativos para sociedades multiétnicas.

Al realizar el análisis de los trabajos antes mencionados se encuentran similitudes en cuanto a la problemática de la falta de cohesión entre ambas jurisdicciones, y se evidencia la necesidad de implementar acciones que vayan más allá de jurisprudencias que abarquen una especificidad del problema. Las investigaciones apuntan a crear una articulación entre organismos mediante un ente que sea capaz de ejercer tal función, y así dar cumplimiento a lo establecido en la Constitución de 1991.

Se destaca la importancia de preservar los usos y costumbres ancestrales de los pueblos originarios respetando su autonomía con acciones que eviten la occidentalización de sus leyes, pero que a su vez se armonicen con la justicia ordinaria. Se evidencia que, al igual que en el presente artículo, se implementó el modelo de pluralismo jurídico para afrontar el problema en estudio.

### **Marco teórico**

En este apartado se desarrolla lo referente a las teorías del derecho que han sido consideradas centrales en la fundamentación del trabajo de investigación que se presenta sobre la justicia indígena y la justicia ordinaria, y los conflictos

que surgen entre estas ante el juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena.

El ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios, siendo considerados estos últimos como mandatos que llevan implícitos la mejora en los derechos fundamentales.

ALEXY (1993) lo plantea de la siguiente manera:

Ahora bien, una norma de derecho fundamental, según su estructura puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa (pp. 83, 86 y 87).

Es así como se esboza la disyuntiva entre la justicia ordinaria al momento de juzgar a un miembro de una etnia indígena por haber cometido un hecho punible que, de acuerdo a sus estructuras jurídicas, debe ser sancionado de acuerdo a las leyes sobre las cuales la cultura occidental está sustentada, y que se alimenta del conjunto de normas y valores que determinan las sanciones que se deben aplicar para cada tipo de delito, y cuando la jurisdicción indígena reclama el derecho sobre el juzgamiento de un miembro de su comunidad, para ser sometido a sus propias leyes y principios, la misma se ve sometida a los condicionamientos que le impone la justicia ordinaria, surgiendo conflictos entre ambas jurisdicciones.

Ante este panorama la teoría de los derechos fundamentales planteada por ALEXY (1993) propone lo siguiente:

Cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas, a través de reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es teoría de los derechos fundamental es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas (p. 88).

Surge entonces el interrogante sobre cuál principio o regla debe invalidarse, que en este caso sería si deben prevalecer los derechos que como individuo perteneciente a una comunidad étnica le son propios, o deben ser invalidados y someterse a la justicia ordinaria para ser juzgado según sus preceptos o viceversa, interrogante ante el cual surge la Ley de Colisión, en la cual se plantea lo siguiente: *“el conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico”* (ALEXY, 1993, p. 89).

Adicionalmente, también se plantea la necesidad de ponderación para dar solución a tales conflictos, los cuales deben remitirse al momento de la argumentación al principio de proporcionalidad, como una forma de realizar un control sobre las posibles limitaciones que emergen al evaluar la legitimidad constitucional de las acciones que puedan cercenar algún derecho fundamental, lo cual se aclara en la siguiente interpretación que realiza GARCÍA (2015):

La conexión entre la argumentación y los derechos fundamentales reside en que solo mediante la argumentación se puede fundamentar la atribución del grado de intensidad en el que un derecho es afectado o en el que es importante su desarrollo o garantía (p. 1).

Por lo anterior resulta pertinente resaltar el desarrollo que ha tenido esta teoría sobre los derechos fundamentales en lo que respecta a la doble naturaleza del derecho, es decir, una fáctica y otra crítica, donde la primera se remite a los elementos de la legalidad para la conformación del orden jurídico, y otra la de corrección moral.

Según esta posición se puede ubicar a la justicia ordinaria como fáctica, debido a que establece una pena de privación de libertad en consonancia con el delito cometido, y a la justicia indígena como crítica donde los miembros de las comunidades indígenas son juzgados para reparar un daño que realizó ante su comunidad, donde mediante la sanción impuesta pueda reflexionar sobre su conducta y depurarse a nivel espiritual.

En todo caso, las colisiones que se suscitan entre ambas jurisprudencias deben solucionarse mediante la vía de la proporcionalidad, la cual debe estar basada en la argumentación que se exponga en cada caso, donde prime la ponderación que permita de una manera digna dar respuesta a las necesidades de una conciliación entre la justicia ordinaria y la indígena, haciendo necesaria la implementación de un organismo al cual ambas puedan recurrir para solucionar sus conflictos, donde puedan coexistir lo real y lo moral, el ser y el deber ser, tal como lo dispone la misma Constitución de 1991 al procurar la coordinación entre ambas jurisdicciones.

Otra teoría que debe ser considerada es la relacionada con el pluralismo jurídico, que se desarrollará a continuación.



## Pluralismo jurídico y autonomía en Colombia

El término jurisdicción proviene del latín *ius dicere*, y se refiere, en opinión de ECHANDIA (2009): “a la función pública que ejerce el Estado o uno de sus organismos para administrar justicia y dirimir conflictos mediante la aplicación de la ley a casos concretos” (p. 77).

De igual forma, especifica que la jurisdicción dirime controversias, niega solicitudes y aplica el principio de cosa juzgada. ECHANDIA (1981) afirma que:

La jurisdicción tiene diversas categorías: Decisión (dirime controversias, niega solicitudes y aplica el principio de cosa juzgada). Coerción (impone elementos para el juicio, sanciones a los testigos que se nieguen a rendir declaración, entre otras). Documentación (declara y decreta pruebas) y Ejecución (impone el cumplimiento de mandatos expresos, resoluciones judiciales ejecutoriadas o en firme) (pp. 25-26).

De acuerdo con el criterio de BOTERO (2009), la Constitución de 1991 “*define al país como multicultural y pluriétnico, compuesto por minorías en general y particularmente los indígenas*” (p. 34), sin embargo los derechos indígenas no nacen en 1991; el territorio, la forma de organizarse y los medios de control social de las comunidades indígenas existen desde el principio de los tiempos, y forman parte del acervo cultural e histórico de cada pueblo, por tanto la Constitución de 1991 en su articulado expone el hecho sentando las bases jurídicas para legislaciones especiales.

Siendo así las cosas, se hace necesario considerar el pluralismo jurídico como la base teórica indispensable para dar sustento a la temática en estudio, dado que parte del problema se deriva de la falta de coordinación entre la

jurisdicción indígena y la ordinaria, por lo cual se comenzará definiendo el pluralismo jurídico basados en algunos referentes que tienen una visión particular sobre este tema.

El pluralismo CORREA (2003) lo define como *“el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos”* (p. 67).

Por su parte DE LA TORRE (2003), considera que *“el pluralismo jurídico implica la aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas”* (p. 8), y puede ser analizado desde la perspectiva multicultural, tal como lo expresa BOTERO (2009):

La multiplicidad de culturas con un derecho diferenciado que existen en una nación y pueden vivir sin establecer relación entre ellas”, es decir un multiculturalismo como separación, marcado por los fundamentos conceptuales del liberalismo tales como la noción de los principios de igualdad y de tolerancia al otro, posición considerada como medular y como un valor para una actitud suficiente que busca asegurar que la sociedad funcione (p. 241).

Este pluralismo en Colombia establece que los derechos tienen vigor mientras se trate de personas indígenas, dentro de su entorno territorial y de acuerdo con sus costumbres, sin embargo hay casos que se salen del área de influencia de esta justicia especial, y es allí cuando el concepto de autonomía que tienen las autoridades locales se ve menoscabado por la intervención de instituciones del Estado que deciden acerca de lo que debe ser considerado como apropiado desde el punto de vista cultural.

El hecho de que estos dos sistemas de derecho convivan y sean reconocidos por la Constitución de 1991 muestra la aspiración del país por respetar a las sociedades culturalmente distintas, dándole la autonomía necesaria para establecer soluciones dentro de sus propios sistemas de principios y valores a las diferencias.

De igual forma el Estado reconoce como competentes a los jueces indígenas, pero requiere de todo un proceso de concertación y coordinación entre los dos sistemas jurisprudenciales, diferencias que se evidencian de distinta forma, sobre todo en crisis de identidad por algunos de los protagonistas que, aun cuando nacieron dentro de una comunidad con costumbres y saberes ancestrales, han occidentalizado su proceso formativo.

Se cita como ejemplo el siguiente:

Un abogado de la etnia Wayu que no quería verse en una situación en la cual, como miembro de un clan ofendido, tuviese que vengar con sangre a un pariente y ser consecuente como abogado del mandato de respetar el derecho a la vida (BOTERO, 2009, p. 241).

Dadas las circunstancias antes mencionadas, se entiende entonces que al confrontar ambas jurisdicciones lo que realmente se están comparando son los usos y costumbres de los pueblos originarios contra el sistema de valores occidentales propuestos por la justicia ordinaria, donde la verdadera autonomía de la jurisdicción indígena pudiera verse vulnerada y comprometida. De ahí que en el siguiente apartado se examine el desarrollo de la jurisdicción especial indígena.

## **La jurisdicción especial indígena en Colombia, una visión de su desarrollo**

En el país existen, de acuerdo con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), la cual sufrió modificaciones de manera parcial por la Ley 585 de 2000, “Jurisdicción Ordinaria, Contencioso Administrativo, Constitucional, De Paz y de las Comunidades Indígenas (Autoridades de los Territorios Indígenas” (p. 1), donde la Jurisdicción Ordinaria atiende los conflictos entre particulares sobre las materias penal, civil, comercial, familiar, laboral y agrícola, y está conformada por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los Juzgados de Circuito y Juzgados Promiscuos Municipales.

Por su parte la Jurisdicción Indígena, que nace a raíz de la promulgación de la Constitución de 1991, actúa para resolver los conflictos individuales y comunitarios con autoridades que actúan investidos por la autoridad de los pueblos con igual valoración que las autoridades tradicionales de la jurisdicción ordinaria. En la Carta de 1991 se establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, y que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación (arts. 7°-63).

En ese sentido la Constitución de 1991 determina la forma como las autoridades indígenas ejercen sus funciones dentro de su ámbito territorial, y especifica que:

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.

La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (art. 246).

A fin de ejercer tales funciones jurisdiccionales se deben tener en cuenta los cuatro elementos fundamentales que delimitan el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, los cuales fueron ratificados en la Sentencia C-139:

La existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas. La Potestad de establecer normas y procedimientos propios. La Sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional (Corte Constitucional, 1996).

De lo anterior se derivan las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, que se pueden resumir de la siguiente forma:

**Tabla 1. Diferencias entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia**

<b>Materia</b>	<b>Jurisdicción ordinaria</b>	<b>Jurisdicción Especial Indígena</b>
<b>Territorio</b>	Aplica en todo el territorio nacional	Aplica solo en los territorios indígenas
<b>Estructura</b>	Tanto la estructura como el funcionamiento está regulado previamente por las leyes	Cada pueblo indígena establece su propio procedimiento y aplica las sanciones de acuerdo con sus características culturales.

<b>La costumbre</b>	Como fuente de derecho es auxiliar.	Es el fundamento de todas las acciones y es dinámico, por lo tanto, a lo largo del tiempo es susceptible de sufrir modificaciones
<b>Sanciones</b>	Se establecen sanciones penales, punitivas o privativas de libertad.	Obedecen a sus propias tradiciones, e incluyen expulsión o prohibición de salir del territorio según sea la falta, reparación económica a la víctima, reconocimiento público del hecho, solicitud de perdón, castigos físicos como latigazos aplicados en forma pública o privada, maleficios, e incluso la muerte.
<b>Competencia</b>	Los jueces tienen la capacidad de conocer de ciertos casos, no de todos, y se establece el principio de doble instancia.	Las autoridades indígenas tienen amplia competencia para conocer todos los asuntos puestos en su conocimiento (administrativo, familia, penal, civil, etc.). Son de su área de atención los incidentes que pueden afectar a la comunidad o aquellos que configuran un incumplimiento de los deberes comunitarios.
<b>Jueces</b>	Para acceder al cargo se debe cumplir con requisitos académicos y profesionales, y ser	La comunidad reconoce y determina quiénes administrarán la justicia.

---

nombrado por el poder judicial.	La opinión de la comunidad obedece a criterios de imparcialidad, coherencia y percepción de justicia.
---------------------------------	---

---

Fuente: elaboración propia (2020)

Ahora bien, la Jurisdicción Especial Indígena está facultada para conocer los casos donde sus integrantes estén involucrados y es ejercida por las autoridades de los pueblos indígenas investidos de competencia, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la ley y la Constitución de 1991.

Para aplicar este derecho, y que las autoridades locales puedan conocer, investigar y juzgar estos temas, se debe cumplir que el procesado pertenezca a una comunidad étnica, que el hecho sujeto de sanción haya sido efectuado dentro del territorio de la comunidad, y que esta no ponga en peligro la seguridad del Estado ni la salubridad pública.

De igual forma el sistema normativo impone ciertas limitaciones para actuar, además de la pertenencia, la territorialidad del hecho, las sanciones, aun cuando obedecen a los usos y costumbres de cada pueblo, no pueden contravenir la Constitución de la República de 1991, las leyes, ni los derechos humanos de las personas.

Es importante señalar la opinión de ARBELAEZ (2004) cuando señala:

Que los indígenas pueden utilizar, como colombianos, además de su propia jurisdicción indígena, la jurisdicción ordinaria cuando se encuentren con conflictos que a su saber y entender entren en las posibilidades de resolución que el marco de lo que

esta jurisdicción ofrece, si con ello no contravienen los marcos de competencia que habrán de respetarse (p. 5).

En la medida que se han presentado dudas acerca de las responsabilidades de la aplicación de justicia, se ha desarrollado una amplia jurisprudencia al respecto, ejemplo de ello son las Sentencia T-254 (Corte Constitucional, 1994), T-349 (Corte Constitucional, 1996), T-496 (Corte Constitucional, 1996) y T-523 (Corte Constitucional, 1997) que resaltan: “las facultades de las autoridades Indígenas, la vigencia de los sistemas normativos, los procedimientos propios de tradición cultural y la potestad de sus autoridades de asumir competencias en la resolución de todo tipo de problemas relacionados con su población”.

Así las cosas, queda claro que el desarrollo de la jurisdicción indígena está marcado por las jurisprudencias que han tratado de suplir el vacío que surge de la aplicación de la jurisdicción indígena frente al sistema ordinario, en las que se trata de respetar los sistemas normativos que la avalan, salvaguardando su legado cultural y la autonomía que como pueblo les fue reconocida, aunque se establecen algunas limitaciones y su alcance está supeditado a la misma Constitución de 1991, tal como se presenta en el apartado que a continuación se presenta.

### **Fuero indígena: alcances y limitaciones**

Para adentrarse en este apartado conviene iniciar con lo expresado en la Sentencia T-496, que indica lo siguiente:

(...) el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y



procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso (Corte Constitucional, 1996).

En este mismo sentido, el fuero indígena es, de acuerdo con la Sentencia T-811:

El derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad (Corte Constitucional, 2004).

Tanto en la jurisprudencia indígena como en la ordinaria se le otorga el derecho que tienen los miembros de estas comunidades a que sean juzgados por sus propias autoridades indígenas, teniendo en consideración sus propias normativas y procedimientos que se encuentran establecidas por su culturalidad; adicionalmente se especifica que este fuero tiene límites que deben ser ajustados dependiendo de las circunstancias en las que se encuentre inmerso el hecho punible.

Es importante señalar que el fuero indígena contiene algunos criterios para determinar la competencia del mismo, los cuales fueron presentados inicialmente en la Sentencia T-496:

No sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, sino que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable (Corte Constitucional, 1996).

Estos criterios son ampliados en la Sentencia T-009, donde se ratifica que:

La noción de fuero indígena comporta dos elementos: I) uno personal (el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres); II) geográfico (cada comunidad puede juzgar los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas) (Corte Constitucional, 2007).

De lo anterior se deduce que, sin importar dónde sucedan los hechos, se debe hacer una valoración de los sujetos involucrados para determinar la jurisdicción responsable, y que el juez natural de la causa establezca la solución de acuerdo a sus propias normas, siempre que sean armónicas con los derechos fundamentales.

En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.

Otro aspecto de complejidad tiene que ver con los delitos en los que están involucrados indígenas y no indígenas, para lo cual el ordenamiento jurídico ha establecido un procedimiento adicional donde se indaga sobre:

- a) La existencia de normas que castigarán la conducta del individuo miembro de un pueblo indígena, tanto en su pueblo como en las leyes colombianas.
- b) El nivel de comprensión que tenía el individuo involucrado de las normas y prácticas sociales de la población colombiana.

En concordancia con la Sentencia T-009 de 2007, SÁNCHEZ (2007) expresa que:

En caso de coincidencia en estos aspectos, la conducta es castigada por las normas del pueblo indígena, caso contrario, si este tiene un conocimiento suficiente de las normas y prácticas sociales de la sociedad colombiana, la responsabilidad la tiene la jurisdicción ordinaria. En el otro caso posible que existan normas tanto en su pueblo, como en las leyes colombianas, pero el nivel de comprensión del individuo involucrado no sea suficiente, la jurisdicción radica en las autoridades indígenas del pueblo, siempre y cuando estas quieran ejercer su derecho (p. 108).

De lo anterior se deduce la necesidad de que quienes tienen la responsabilidad de administrar justicia analicen con especial cuidado las circunstancias y los hechos para determinar la conveniencia de que el indígena sea juzgado por uno u otro sistema jurisdiccional.

Resulta pertinente, entonces, que los funcionarios encargados de la administración de justicia, tanto en la ordinaria como en la indígena, sean conocedores de los principios de aplicación de justicia que las dos

jurisdicciones poseen, que en caso de la indígena requiere de la capacitación de los jefes, sin embargo para los funcionarios de la justicia ordinaria requiere de una gran dedicación puesto que cada pueblo o comunidad indígena tiene sus propias interpretaciones de la sanción que debe imponer, y que provienen de las costumbres ancestrales que fueron entregadas por la generación de sus padres por el uso de la oralidad; adicionalmente, son muy pocos los pueblos indígenas que realmente han logrado plasmar en letras sus leyes.

### **Conflictos entre la justicia especial indígena y la justicia ordinaria colombiana**

La Constitución de 1991 (art. 246) muestra un conflicto al momento de valorar los conceptos de diversidad y unidad en la aplicación de las leyes; por lo general ante la confrontación entre jurisdicciones se impone el derecho ordinario, sin embargo tanto la Jurisdicción Especial Indígena como la Ordinaria tienen igualdad de validez y legitimidad de acuerdo con las normas jurídicas colombianas, de tal manera que los límites de acción, las maneras procesales y la aplicación de los temas regulados por ambos sistemas obedecen a circunstancias bien diferenciadas.

La deficiencia en el ordenamiento jurídico es en lo que respecta a los procesos de coordinación entre los dos sistemas. Las acciones de coordinación deben procurar el bien superior de mantener a resguardo los derechos humanos de los individuos, donde la justicia indígena se mantenga fiel a sus postulados de atender criterios de historia y de ancestralidad en la manera de juzgar, y los castigos que impone sin que se flexibilice esta característica manteniendo la autonomía consagrada en la Constitución de 1991.

En ese orden de ideas, la Constitución de 1991 le da al legislador la responsabilidad de diseñar las formas de coordinación entre el sistema judicial nacional y la justicia especial indígena. Esa ley de coordinación, que aún no

se ha materializado, limita la coordinación de los dos sistemas, sin embargo la Corte Constitucional ha reiterado en distintas sentencias que la carencia de la legislación sobre la coordinación entre las dos jurisdicciones no debe ser un impedimento para que se aplique la justicia; se requiere entonces que el juez haga un esfuerzo adicional de evaluar las condiciones para que el sistema especial de justicia indígena pueda ejercer su autoridad, e imparta justicia de acuerdo a sus tradiciones y costumbres ancestrales para ser capaz de aplicar las sanciones a que diera lugar sin más limitaciones que las que impone la Constitución de 1991.

En la misma Carta se demanda el diseño de una normatividad que ayude en la coordinación de los dos puntos de vista del sistema de justicia, tal como lo ha manifestado de forma reiterada la Mesa Permanente de Concertación Indígena al Ministerio del Interior y Justicia, y al Congreso de la República.

Resulta prudente entonces que los colombianos comprendan los aspectos básicos de la jurisdicción especial indígena, y que sean capaces de distinguir los derechos individuales, pero también los colectivos.

Un caso que sirva de ejemplo en palabras del Gobernador indígena PAY (2019) se trata de:

(...) la masacre en el resguardo Tortugaña-Telembí, donde fueron asesinados 14 miembros de la comunidad indígena por parte de las FARC en el año 2009, es un referente de esta realidad; La presencia de grupos armados en esta zona ocasionó desplazamientos y reclutamiento forzado, como también afectaciones al medio ambiente, factores que coartan la posibilidad de administrar un territorio propio, un derecho que tienen las comunidades indígenas. Con la masacre llegó un debilitamiento a nivel general, pero desde el día que se

presentaron los hechos nos pusimos a pensar qué podíamos hacer y le hicimos frente a una situación de guerra (párr. 4).

En ese mismo sentido, Azcáita (2009) opina que:

La armonización es importante porque a través de ella los diferentes agentes que trabajan con organismos de justicia, los defensores de Derechos Humanos y demás van a conocer la competencia del derecho propio, su originalidad, y que existen unas diferencias culturales y de justicia propia (párr. 8).

Otra consideración que expresan representantes de los pueblos indígenas se resumen en la palabras de PAY (2019), quien explica que:

Hay casos en los que en la justicia ordinaria se nos pasan por encima. Sería también muy importante que la justicia ordinaria no se imponga frente al posible desorden que exista en los resguardos cuando no podamos, se nos va de las manos administrar nuestra propia justicia. y agrega que, nosotros tenemos nuestras leyes y nosotros mismos tomamos las decisiones para personas que cometen errores. La justicia de los cabildos es autónoma, entre nosotros mismos castigamos (párr. 6).

De lo antes expuesto se concluye que los conflictos generados entre ambas jurisdicciones están relacionados no solo con el desacople, sino también por la falta de conocimiento que tiene la mayoría del pueblo colombiano de las diferencias que posee cada etnia o pueblo indígena, planteándose la necesidad del mejoramiento de la justicia para alcanzar una convivencia armónica que contribuiría a la construcción de paz entre los pueblos.

Hoy en día algunas instituciones adscritas al gobierno central, a los gobiernos regionales y autoridades indígenas hacen esfuerzos importantes de generar diálogos con el auspicio de la Comisión Nacional de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional (COCOIN) para procurar consenso, en cuanto a la forma de armonizar plena y efectivamente la administración de justicia y determinar los mecanismos mejor adaptados para establecer una armonización plena, donde se alcance a articular un mecanismo de aplicación conjunta de los medios jurisdiccionales, tal como expresa PAY (2019) *“Hay que dialogar y mirar entre ley de autoridad y autoridad estatal cómo vamos a relacionarnos, generando una articulación entre políticas municipales, dialogando con los jueces y la fiscalía”* (párr. 10).

De acuerdo con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (1996) el ente encargado de resolver los conflictos entre las jurisdicciones ordinaria e indígena es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Hoy en día se siguen dando inconvenientes que los jueces han tenido que resolver interpretando la norma con su mejor criterio profesional.

En cuanto a los criterios que debe tener en consideración el Juez, se debe dirigir a los ya fijados inicialmente en la Sentencia T-496 (Corte Constitucional, 1996), y ampliados en Sentencia T-009 (Corte Constitucional, 2007), los cuales ya fueron abordados con anterioridad y que deben servir de base para la articulación que se requiere entre las dos jurisdicciones, sin dejar de reconocer los derechos a los cuales como pueblos indígenas tienen acceso.

### **Derechos de las comunidades indígenas como sujetos colectivos reconocidos**

A partir de la promulgación de la Constitución Nacional de 1991 la Corte Constitucional (1993) ha venido reconociendo algunos derechos a las comunidades indígenas por medio de sus fallos; progresivamente se han

materializado aportes sustanciales sobre el particular, una de ellas es la que se refiere a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derecho, determinando que:

La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. En el primer evento, es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes (Sentencia T-380).

De acuerdo con SÁNCHEZ (2007) estas comunidades poseen cuatro derechos fundamentales:

El derecho a la subsistencia derivado de la protección constitucional del derecho a la vida. El derecho a la integridad étnica, cultural y social. El derecho a la propiedad colectiva. El derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios (p. 306).

En otras palabras, el ejercicio de la jurisprudencia ha desarrollado el reconocimiento de los pueblos indígenas como un sujeto colectivo de derechos, en los cuales se resguardan el derecho a la vida, a la cultura, la propiedad colectiva, el derecho de prelación y consulta previa.

En ese sentido, la Corte Constitucional (1993) establece que las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, derivado del derecho a la vida, que consagra el artículo 11 de la Constitución Nacional (Sentencia T-380), e igualmente la Sentencia SU-039 expresa que:



La cultura de las comunidades corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido conduciría a la desestabilización y a la eventual extinción de dichas comunidades; a ello puede llegarse, si su medio ambiente sufre un deterioro severo (Corte Constitucional, 1997).

Otro hito jurisprudencial lo marca la Sentencia T-342, cuando le otorga absoluto reconocimiento a la integridad étnica y cultural, al considerar que:

Las comunidades indígenas constituyen un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando la población indígena ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse, pues a la vez son patrimonio natural y cultural de la nación (Corte Constitucional, 1994).

Los aspectos referidos a la integridad y supervivencia cultural están normados por las Sentencias T-428 (Corte Constitucional, 1992) y T-007 (Corte Constitucional, 1995), la cual forma parte de uno de los derechos que le son reconocidos a los pueblos indígenas.

En cuanto al derecho a la propiedad colectiva, la misma Alta Corte (1993) reconoció, en la Sentencia T-188, que: *“reviste una importancia esencial para las culturas, ya que las comunidades indígenas tienen una especial relación con los territorios que ocupan, no sólo en tanto medio de subsistencia, sino porque hace parte de su cosmovisión y religiosidad”* (p. 1), entendiéndose entonces que el fin reside en encontrar una manera en que los derechos de la cultura indígena, sus formas y costumbres no se sobrepongan a la cultura

occidental, ni viceversa, mediante mecanismos jurisprudenciales debido en este caso a la falta u omisión legislativa, y de alguna manera resguardar la cultura de estos pueblos.

## **Conclusiones**

En la investigación realizada se lograron identificar los elementos que constituyen la legislación indígena, los cuales deben ser considerados al momento del juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena, entre los que se encuentra el sentido de conciencia que tenga el individuo, es decir el sentido de pertenencia; de igual manera el sentido geográfico, esto es, si se encuentra viviendo dentro del territorio indígena, y en caso de no ser así el grado de occidentalización al que ha sido expuesto por vivir fuera del mismo.

En cuanto al alcance de la aplicación de los derechos fundamentales de la justicia ordinaria ante el juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena, están fijados dentro de la misma Constitución de 1991, siendo aquí donde la doctrina de los derechos fundamentales indica el camino a seguir, que no debe ser otro que el de la proporcionalidad sustentada en la argumentación a fin de preservar la realidad y la moralidad de la norma.

Lo anterior se confirma cuando al revisar la norma constitucional esta le otorga a la jurisdicción indígena el mismo rango que a la justicia ordinaria en los asuntos de su competencia, sin embargo, esta facultad de conocer, juzgar y sancionar no es absoluta, ya que la Corte Constitucional reconoce que los Derechos Constitucionales Fundamentales no podrán ser superados, y la ejecución dependerá de las costumbres de cada comunidad, se limitan las actuaciones de la Justicia Especial Indígena.

Ahora bien, en referencia al pluralismo jurídico que se encuentra presente en Colombia se concluye que la coexistencia entre ambas jurisdicciones es

viable, siempre que los conflictos que se originen puedan dirimirse considerando y respetando las costumbres de cada etnia, sin embargo, ante este evidente pluralismo, se hace necesaria la intervención de un organismo de coordinación que se encargue de dirimir sin necesidad de invalidar o sobre valorar una jurisdicción ante otra.

También se logró evidenciar, mediante la revisión de la jurisprudencia, que ante la carencia de un órgano que coordine entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria ha sido la Corte Constitucional quien ha asumido la resolución de tales situaciones conflictivas, mediante la jurisprudencia que ha servido de base ante otras situaciones, y que resaltan el respeto hacia los principios fundamentales.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional reconoce que los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como sujetos colectivos de derechos, incluyen la protección del derecho a la vida, a la integridad étnica, cultural y social, a la propiedad colectiva y a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

Por lo antes mencionado se considera imprescindible que se legisle de tal forma, que se pueda establecer un marco regulatorio que cumpla con las funciones de integración y coordinación entre los dos sistemas, y que permita a las autoridades de las dos corrientes tener normas explícitas que faciliten la resolución de los conflictos que se generen sobre esta materia.

### **Referencias bibliográficas**

ARBELAEZ, L. (2004). *La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/4263275/13613759/Jurisdic>

cci%C3%B3n+Especial+Ind%C3%ADgena+-  
+Consejo+Superior+de+la+Judicatura.pdf/c83d6e15-80ac-4398-a834-  
a3c69a6013ff

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991). *Constitución Política de Colombia*.  
Bogotá: Imprenta Nacional. Disponible en:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

BOTERO, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/na/v22n71/v22n71a3.pdf>

CADENA, E. & ROCERO, M. (2004). Transcendencia jurídica del proceso de creación y declaración de la primera área de protección biocultural en Colombia: El caso del Parque Nacional Natural Alto Fragua: Indi Wasi, Caquetá Colombia. En: J. AYLWIN. *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*. Temuco, Chile: Instituto de Estudios Indígenas/Universidad de la Frontera. Disponible en:  
[https://books.google.com.co/books?id=3qB2Cz2BpwYC&pg=PA4&lpg=PA4&dq=situaci%C3%B3n+del+derecho+sancionador+de+los+pueblos+indigenas+a+nivel+mundial&source=bl&ots=P5Jf-tbn0L&sig=ACfU3U10hhrCyCdJ4vAW\\_CvkB97OJ2MQfg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwib3MHV-f7pAhWSTDABHcm](https://books.google.com.co/books?id=3qB2Cz2BpwYC&pg=PA4&lpg=PA4&dq=situaci%C3%B3n+del+derecho+sancionador+de+los+pueblos+indigenas+a+nivel+mundial&source=bl&ots=P5Jf-tbn0L&sig=ACfU3U10hhrCyCdJ4vAW_CvkB97OJ2MQfg&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwib3MHV-f7pAhWSTDABHcm)

CÓNDOR, M. (2018). *Justicia Ordinaria y Justicia Indígena. Análisis de la Sentencia N° 101-17-Sep-CC*. Tesis de Pregrado. Quito: Universidad Internacional SEK. Disponible en:  
<https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3050/1/JUSTICIA%20ORDINARIA%20Y%20JUSTICIA%20IND%C3%8DGENA.%20AN>

ALIS%C3%8DS%20DE%20LA%20SENTENCIA%20NO.%20101-17-  
SEP-CC.pdf

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1996). *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. Ley 270. Bogotá: Imprenta Nacional. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0270\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2000). *Ley 585*. Bogotá: Imprenta Nacional. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0585\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0585_2000.html)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1993). *Sentencia T-380*. M.P.: Eduardo Cifuentes. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1996). *Sentencia T-496*. M.P.: Carlos Gaviría. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm#:~:text=T%2D496%2D96%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Del%20reconocimiento%20constitucional%20de%20las,comunidades%20ind%C3%ADgenas%20a%20un%20fuero.&text=El%20fuero%20ind%C3%>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1997). *Sentencia SU-039*. M.P.: Hernando Herrera. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1992). *Sentencia T-567*. M.P.: Eduardo Cifuentes. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1992). *Sentencia T-428*. M.P.: José Hernández. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1993). *Sentencia T-188*. M.P.: Eduardo Cifuentes. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1993). *Sentencia T-405*. M.P.: Hernando Herrera. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1994). *Sentencia T-342*. M.P.: Antonio Barrera. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1994). *Sentencia T-254*. M.P.: Eduardo Cifuentes. Bogotá. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1995). *Sentencia T-007*. M.P.: Álvaro Tafur. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1996). *Sentencia T-349*. M.P.: Carlos Gaviria. Bogotá. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1996). *Sentencia C-139*. M.P.: Carlos Gaviria. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1996). *Sentencia T-496*. M.P.: Carlos Gaviria. Bogotá. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm#:~:text=T%2D496%2D96%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Del%20reconocimiento%20constitucional%20de%20las,comunidades%20ind%C3%ADgenas%20a%20un%20fuero.&text=El%20fuero%20ind%C3%ADgena>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1997). *Sentencia T-523*. M.P.: Carlos Gaviria. Bogotá. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2004). *Sentencia T-811*. M.P.: Jaime Córdova. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2007). *Sentencia T-009*. M.P.: Jorge Pretelt. Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2013). *Sentencia T-921*. M.P.: Jorge Pretelt. Bogotá. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>

CORREA, O. (2003). *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*. México, D.F.: Ensayos.

DANE (2018). *Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018*. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-poblacion-NARP-2019.pdf>.

DE LA TORRE, A. (2003). *Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del derecho*. México, D.F.: Universidad Autónoma de Aguas Calientes.

ECHANDÍA, D. (1981). *Principios fundamentales de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

ECHANDÍA, D. (2009). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

FEO V., J. (2019). Jurisdicción Especial Indígena, derecho colombiano y normativa internacional: la necesidad de un equilibrio en el marco de la extracción de minerales y el impacto de género. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 387-416. DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7543>

FONSECA, A. (2009). *Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia*. Disponible en: <https://www.mapp-oea.org/especial-retos-actuales-entre-la-justicia-indigena-y-la-justicia-ordinaria/>

HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ, C. & BAPTISTA, P. (2006). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw Hill.

MENDOZA, V. (2003). Hermenéutica Crítica. *Razón y palabra*, 34. Disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. New York.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1989). *Convenio 169*. Ginebra. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/Documentos/CONVENIO-OIT-169.pdf>



PAY, A., G. d. (2019). *Misión de apoyo al Programa de Paz en Colombia*.  
Disponible en: <https://www.mapp-oea.org/especial-retos-actuales-entre-la-justicia-indigena-y-la-justicia-ordinaria/>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (1995). *Decreto 2164*. Bogotá:  
Imprenta Nacional.

RUEDA, C. (2020). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. *Estudios Socio-jurídicos*, 10(1), 339-374. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792008000100012&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792008000100012&lng=en&tlng=es).

RUIZ, N. (2016). La resistencia y la sobrevivencia de la justicia indígena en Colombia. *Revista científica General José María Córdova*, 347-375. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1900-65862016000100013&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1900-65862016000100013&script=sci_abstract&tlng=es)

SÁNCHEZ, E. (2007). *Derechos Propios*. Bogotá: IEMP.