

**JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA**

**UN DERECHO INCONCLUSO**

**JOSÉ LEANDRO CARDONA GODOY**

**UNAULA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**AÑO 2016**

**JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA**

**UN DERECHO INCONCLUSO**

**AUTOR**

**JOSÉ LEANDRO CARDONA GODOY**

**Trabajo para optar al título de Abogado**

**ASESORA**

**Dra. Diana Patricia Restrepo Ruíz**

**Abogada especialista en Responsabilidad Civil Contractual, Extracontractual y del  
Estado, candidata a Magister en Educación y Desarrollo Humano**

**UNAUULA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

## **DEDICATORIA**

**A MI FAMILIA, UNIVERSIDAD, PROFESORES Y AMIGOS QUE ME  
ANIMARON A LUCHAR POR EL BELLO Y SUBLIME SUEÑO DE SER  
ABOGADO.**

## NOTA DE ACEPTACIÓN

**JURADO 1:** \_\_\_\_\_

**JURADO 2:** \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMIENTO**

“La gratitud es la memoria del Corazón” señala Joseph Wood Krutch; y es por ello que mi corazón henchido de felicidad hoy recuerda con profunda admiración, cariño y reverencia, a todos aquellos profesores que hicieron posible me formara como futuro abogado; de manera muy especial a mi asesor Dina Restrepo y a quienes hoy fungen como mis jurados.

Doy Gracias infinitas a Dios, a mi esposa, mis padres, demás familiares y amigos que siempre tuvieron una palabra de ánimo para conmigo.

Agradezco a todas las personas que creyeron en mí, en mi proyecto y convicción por alcanzar el honorífico título de “abogado”.

A mis compañeros de estudio, por enseñarme el trabajo en equipo compartirme su sabiduría y aceptar mi humilde opinión.

A todos y cada uno de ustedes, mil gracias.

## RESUMEN

Desde antes de la llegada de los españoles a tierras colombianas, las comunidades indígenas ancestrales tenían sus propias formas de organización, costumbres y leyes para dirimir los conflictos, gobernarse y mantener la armonía con la naturaleza.

Con las intempestivas invasiones durante la conquista, y posteriormente en el período colonial, los pueblos indígenas fueron siendo despojados de sus raíces, tradiciones, cosmogonías; y al final fueron, confinados a las órdenes de regidores españoles que no les reconocían como humanos sino como salvajes.

Lograda la independencia, no cesó la lucha; y lo que en principio parecía la oportunidad para la reivindicación de sus derechos, luego se convertiría en solo una ilusión que se desvanecería bajo el yugo de algunos gobernantes que quisieron robar las tierras que otrora, pese a todo, los españoles se habían comprometido a respetar.

Llegado el año de 1991, y bajo la reflexión hecha desde el contexto internacional sobre la riqueza de la diversidad étnica y cultural, y la necesidad acuciante de protección en pro de evitar la extinción de los pueblos ancestrales, el constituyente de 1991 al fin reivindicó los derechos de estos pueblos reconociéndoles siquiera formalmente en el artículo 246 una jurisdicción especial.

No obstante, no cesa la horrible noche y 25 años después, cual indiferente, el legislador aún no promulga una ley coordinadora que permita la materialización plena del derecho ya

formalizado. No Garantiza recursos humanos, económicos, técnicos, tecnológicos, de infraestructura, que permitan la protección plena de la identidad étnica y cultural, el fuero indígenas y demás principios que sólo la Corte Constitucional ha venido protegiendo, mediante acciones de tutela, que develan sin duda las anomalías del sistema, y la vulnerabilidad a la que están sometidas los miembros de la comunidades indígenas que aún siguen siendo juzgados por la justicia ordinaria y bajo los parámetros del paradigma de pensamiento occidental.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	9
CAPÍTULO I.....	14
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA .....	14
ÉPOCA HISPÁNICA.....	16
EPOCA REPÚBLICANA .....	20
CAPÍTULO II.....	28
SOBRE LA FORMALIZACIÓN Y MATERIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA .....	28
FORMALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA.....	28
ELEMENTOS QUE HAN IMPOSIBILITADO LA MATERIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA .....	34
CAPÍTULO III.....	41
PRINCIPIOS DE: ETNICIDAD, FUERO INDÍGENA Y LÍMITES EN LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENA.....	41
EL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL .....	41
LOS COMPONENTES DE FUERO INDÍGENA .....	43
LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENA .....	48
REFLEXIÓN SOBRE LA CONJUNCIÓN LA APLICABILIDAD REAL DE LOS PRINCIPIO Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL .....	50
CONCLUSIONES.....	58

## INTRODUCCIÓN

Escribir sobre un tema determinado, siempre comporta un primer impulso, un interés, una motivación o hasta quizá una necesidad.

Justamente esta investigación nace después de observar la organización, costumbres, tradiciones y reglas a través de las cuales se rigen las comunidades indígenas en Colombia; vgr. la comunidad indígena Emberá Chamí activa en el municipio de Urrao del cual soy oriundo, y en el cual se convive día a día con la diversidad cultural.

Estudiar y profundizar sobre la jurisdicción especial indígena colombiana debe ser un propósito que todo abogado debe tener en su haber, dada la necesidad de conocer la idiosincrasia de un país en el cual coexisten varias culturas y del cual se desprende un paralelo jurisdiccional a razón del reconocimiento de unas acciones afirmativas que reivindican a las comunidades indígenas desde la formalización de una jurisdicción especial tratada en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Sin duda alguna, es menester del abogado analizar el marco legal formal de tipo igualitario que formula la c.onstitución con respecto a la jurisdicción especial indígena, pero siempre desde la óptica del fenómeno denominado multiculturalismo o plurietnismo, en pro de

entender el por qué en el marco de un Estado Social de Derecho, aunque se ha venido desarrollando un pluralismo legal formal de tipo igualitario, éste aún no se materializa plenamente, pues la posibilidad de que coexisten en igualdad de condiciones las varias culturas dentro de este mismo espacio territorial y nacional, aún es una quimera.

El presente trabajo, pretende desarrollar la tesis de que **“la jurisdicción penal especial indígena en Colombia es una realidad formal que aún no se materializa plenamente;”** ello, a razón de múltiples causas que sin duda están vinculadas a factores tales como: la falta de una ley coordinadora entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional; la falta de apoyo técnico, logístico, tecnológico, económico entre otros del parte del Estado para con las comunidades indígenas; los altos índices de violencia y desplazamiento que han sufrido en los últimos años los pueblos ancestrales; y a la forma en que los operadores judiciales bajo el sistema judicial ordinario y de pensamiento occidental aplican la norma a miembros de estas comunidades.

Sin duda alguna, las causas señaladas anteriormente llevan a que se conculquen los derechos reconocidos por La Constitución, convenios como el 169 de la OIT, entre otras disposiciones normativas mediante las cuales se han dispuesto las acciones afirmativas que fomentan el reconocimiento de la existencia de una sociedad multicultural y pluriétnica en donde se reconocen las comunidades indígenas como sujetos que hacen su propio derecho; un

derecho dotado de autenticidad, riqueza, eficiencia y eficacia, mediante el cual éstas se organizan y viven armónicamente.<sup>1</sup>”

En tal sentido, el presente trabajo es pertinente dado que presenta la jurisdicción penal especial indígena como un verdadero paralelo jurisdiccional que debe reivindicarse desde la dinámica de entender aspectos tan fundamentales como: a) las comunidades indígenas tienen un paradigma del “derecho” diferente al occidental; y desde éste deben ser interpretadas, respetas y acogidas, *Vgr. El castigo del cepo pudiera ser entendido como una violación a los derechos humanos desde el prisma del pensamiento occidental, mientras que desde su cultura se entiende como un signo de purificación y armonización con la naturaleza.*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> “... En ese sentido, el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT frente al punto de las medidas de detención e internamiento en establecimiento carcelario va mucho más allá al prescribir para el sistema judicial la ruptura de la igualdad judicial en materia de medidas cautelares y sanciones cuando se trate de miembros de comunidades indígenas, estableciendo para el sistema judicial la implementación de sanciones alternativas en materia penal que estén en concordancia no solamente con su condición étnica sino también con sus circunstancias sociales económicas y culturales.

En ese sentido, la citada norma afirma: Artículo 1. El presente Convenio se aplica: a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Artículo 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 ocurren 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. Artículo 10. 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.(Calvache, 2011, págs. 88-89)

<sup>2</sup> Al respecto, la investigadora Esther Sánchez Botero en su texto “*Derecho Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*” manifiesta: Los pueblos indígenas desde siglos has sabido organizarse y vivir armónicamente y el Estado colombiano no desconociendo esta realidad, a través del constituyente de 1991 ha reconocido una participación de los mismos como iguales en la diferencia pero aún el apoyo técnico, tecnológico, logístico, económico, entre otros, de parte del Estado son insuficiente para su materialización.

Para dar desarrollo a la tesis en mención, el presente escrito consta de 3 capítulos, a saber: el primero, que da cuenta de un recorrido histórico muy lato por las épocas: prehispánica, hispánica y republicana, y en el cual se develan algunas formas de organización primigenias de las comunidades indígenas antes de la conquista, al igual que la injerencia de la Corona Española y del Estado colombiano en las formas de organización y vida de las misma, durante la colonia, la república y hasta la constituyente de 1991. El segundo, que trata sobre formalización de la jurisdicción especial indígena en Colombia desde su marco normativo nacional e internacional, y el análisis de algunos elementos que han imposibilitado la materialización plena de la misma. Y el tercero, que desarrolla un análisis jurisprudencial en torno a los temas de: los principio de la diversidad étnica y cultural, los componentes del fuero indígena y los límites de la jurisdicción especial indígena. Temas que sin ninguna duda son angulares para que se pueda materializar el derecho consagrado en el artículo 246 de la Constitución, pero han sido vulnerados, reiteradamente según se colige del sinnúmero de sentencia (T) que sobre los mismos existen.

Cabe resaltar que estos capítulos, se han logrados a partir de una investigación cualitativa, que partiendo de un método hermenéutico-jurídico inductivo; ha sabido beber de las fuentes documentales de la historia, el derecho internacional, la constitución, la ley, la costumbre y de investigaciones precedentes.

Ahora bien; esta investigación cobra relevancia en la medida en que se convierte en un texto complementario para la persona que está inmersa en el mundo jurídico y requiera

afianzar sus conocimiento en torno a la jurisdicción especial indígena desarrollada en el artículo 1° de la Constitución Política, la Ley 270 de 1996, el convenio 169 de la OIT, la ley 21 de 1991, el decreto 2164 de 1995, el decreto 1396 y 1397 de 1997, la sentencia T-655 de 1998 entre otras normas que reconocen y protegen los derechos de estas minorías.

De igual manera, el texto nos permite tener una aproximación y reflexión jurídica desde espacios diferentes a los habituales. Espacios, en los que también se hace derecho, se hace efectiva la justicia y se abre la alternativa de llevar a cabo actuaciones judiciales de raigambre multiétnico.

Desde esta perspectiva, lo que se busca en últimas es proponer un cambio de paradigma en torno a lo que tradicionalmente conocemos como derecho -sociedades con tribunales, códigos escritos, autoridades etc.-, y poder entonces, valorar los usos y costumbres de las comunidades indígenas, como derecho consuetudinario; derecho que conocen, aplican y guía la vida de sus comunidades de un modo determinado.

Es en últimas, señalar que el concepto jurisdicción indígena, no es más que el resultado de reconocer que cada comunidad indígena tiene un derecho propio dada su idiosincrasia; y que este derecho, debe ser: reconocido, reflexionado y protegido no sólo por el Estado, sino también, por quienes tienen el imperioso compromiso de coadyuvar en la protección de los derechos de todos los pueblos –los abogados-.

## CAPÍTULO I

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA  
JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA**

El concepto de jurisdicción, emana del vocablo latino *iuris dictio* que significa decir o declarar el derecho; en un sentido amplio, es entonces la potestad que tiene el Estado de aplicar el derecho en un caso concreto. Asimismo, el ilustre jurista José Becerra Bautista, afirma que la raigambre latina de este término proviene de *jurisdictio-onis*, poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes, o para aplicarlas en juicio.

Ahora bien; el concepto de jurisdicción especial se ha desarrollado en la tradición anglosajona, quien a su vez la ha recibido como influencia del derecho romano, y en ella se ha entendido que su característica es servir de instrumento para reconocer derechos a comunidades que pertenecientes a una misma nación, tienen su propia idiosincrasia, formas de vida, y de interpretar y aplicar el derecho.

Desde esta perspectiva, hablar de jurisdicción especial indígena, es decir que el Estado reconoce la igualdad en la diferencia y otorga autonomía a los pueblos indígenas para que se den su propio sistema de gobierno, sus autoridades, normas y ejercicio de la jurisdicción en su territorio.

## ÉPOCA PREHISPÁNICA.

Los derechos, el territorio, la organización social, las instituciones de control social y territorial, y en general los sistemas judiciales de los indígenas, existen desde tiempos inmemorables: heredados de los dioses y de la ley de origen de cada pueblo.

La sedentarización agrícola que viene acompañada del cosmopolitismo, es justamente la que da origen a la vida citadina; y como consecuencia, a la formación de un Estado. Sin duda alguna, esta realidad no fue ajena a las comunidades prehispánicas; por lo cual, en la América indígena la constitución del Estado era una realidad; y de ella emanaba, una propia, original y eficiente organización política, con sus propias autoridades, territorios, etc. En ella, desarrollaban su propio derecho; a veces positivo, cuando más consuetudinario; pero siempre nacido en el seno de la costumbre y tradición de cada pueblo.

Algunos aspectos del derecho indígena clásico se pueden reflejar en las organizaciones Olmeca y Teotihuacano, en las que se construían centros ceremoniales alrededor de los habitacionales simbolizando la cohesión familiar alrededor del padre y la madre, sobresaliendo la figura femenina que simbolizó la estabilidad de estos pueblos, tal como lo demuestra el Códice Nuttall.

“El derecho mesoamericano por ejemplo instrumentó las relaciones sociales apoyándose en la escritura y la oralidad, no sólo para resolver los conflictos entre humanos sino también los del hombre y la naturaleza. En este sentido, el derecho consuetudinario es el resultado de una visión global donde todo está relacionado: el río, el árbol, el viento, el hombre, el fuego, el animal el sol, la piedra... bajo una visión de derecho cosmogónico (UNAM, 2006)”.

Para un ejemplo más claro, Andrés de Alcobis, publicó en 1.543 una compilación de leyes tomada de los códigos bajo el título *Estas son las Leyes que Tenían los Indios de la Nueva España* en la cual constaba que la pena de muerte era aplicada a la mala brujería, a los asaltadores de caminos, traidores, jueces injustos, y a los que robaban el maíz.

Ahora bien, la conquista trajo consigo sus consecuencias, como se plantea más adelante en este texto. No obstante; y aunque en un primer momento los indígenas perdieron su propia jurisdicción, lucharon por conservar sus costumbres prometiendo incluso morir antes que dejar de servir y adorar a sus dioses.

## **ÉPOCA HISPÁNICA**

Según el investigador Roque Roldán Ortega puede hablarse de 3 grandes etapas históricas anteriores a la adopción del primer convenio internacional sobre indígenas (convenio 107 de 1997). Y estas tres fases o etapas tienen coincidencia con la conquista, la colonia y la república.

## **CONQUISTA**

Etapa caracterizada por procesos de aculturación de los españoles sobre los pueblos indígenas primitivos, dando lugar a que “Muchos de los pueblos indígenas, especialmente de la Costa y de los Andes perecieron en su resistencia a los monarcas; otros sucumbieran víctimas de los malos tratos y de las enfermedades, y otros adoptaron distintas estrategias de relación con la sociedad dominante con consecuencias a veces desastrosas que se tradujeron en pérdida de sus tierras, bienes, lengua y cultura y en sujeción política de sus sociedades (Arango, 1998, pág. 24)”.

No obstante, ya desde 1496 se avizoraba la necesidad una jurisdicción paralela para juzgar a los indígenas. De ello da razón la frase expresada por Fray Gil González de San

Nicolás *“ni su majestad ni sus magistrados son competentes para juzgar a los indios.”* ante la condena proferida a varios indígenas, al haber enterrado varias imágenes religiosas.

## **COLONIA**

Fase caracterizada por la barbarie de los españoles genocidas que apenas 50 años después del desembarco en el nuevo continente, arrojaban la escandalosa, abrumadora y dramática desaparición física de la mayoría de la población que habitaba el territorio americano.

Sin embargo “en 1510 llegaría la orden de los Dominicos, dentro de la cual varios de los exponentes protagonizarían una de las luchas más fervientes en favor de los indígenas. Entre ellos, Fray Bartolomé de las Casas y Fray Antonio Montesinos, quienes plantearon la condición de ser humano de los aborígenes y se enfrentaron a los encomenderos<sup>3</sup>, refutando el argumento de la guerra injusta, y cuestionando el trato dado por éstos a los naturales de las nuevas tierras, denunciándolo luego ante la corona (Mora, 2003, pág. 14)”.

Dada tal situación, los monarcas españoles expidieron innumerables leyes que intentaban poner término a los abusos y arbitrariedades de sus compatriotas. Esta legislación, también llamada como la legislación indiana se constituyó en el instrumento que dio protección a las comunidades indígenas durante la colonia, y se convirtió en marco referencial para la institución del resguardo y el cabildo.

“el emperador Don Carlos y la princesa Doña Juana, gobernadora en Valladolid, a 6 de Agosto de 1555. Ordenamos y mandamos, que las leyes y las buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía. Y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión. Ni con las leyes de éste libro. Y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos. Con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios

---

<sup>3</sup> La encomienda consistía en que un grupo de indígenas estaban obligados a pagar a un español meritorio un tributo que fijaban los oficiales de la corona, como sesión de la carga fiscal debida al rey (Tirado, 1988, pág. 3).

Nuestro Señor y a la conservación y policía christiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos” (García, 1971, págs. 224-235)

Se podría afirmar entonces con toda certeza, que la legislación indiana es fuente primigenia de la legislación indígena colombiana actual. (República de Colombia, 1990, pág.

15). Obsérvese como por ejemplo la ley del Toro de 1505 y el ordenamiento de Alcalá de 1548, reconocían la existencia de los fueros en los reinos conquistados por los castellanos. Y así fue como el pueblo indígena conservó su jurisdicción penal para delitos no graves, que ya era mucho decir para aquella época.

“... porque ésta no la han de tener los dichos caciques donde hubiere pena de muerte o de mutilación de miembros, quedando siempre para Nos y nuestras audiencias y gobernadores la jurisdicción suprema. Así en lo civil como en lo criminal. Y para hazer justicia donde ellos no la hizieren” (García, 1971, págs. 224235)

Obsérvese como en 1645, un año más tarde del restablecimiento de la real audiencia creada con cédula real del 17 de Julio de 1549- bajo la administración del Marqués de Miranda Castillo, se permitió a los indios la conservación de sus usos y costumbres, estableciendo como límites que éstas, no se encontraran en contradicción con las leyes de Castilla

Ahora bien, la relación de estos dos sistemas jurídicos castellana-indiano se desarrolló en un contexto de dominación, de colonialismo jurídico, en el cual siempre se conservó y aplicó el monopolio de la jurisdicción “la jurisdicción suprema”, en el que el cacique se convertía en un mero intermediario entre las autoridades públicas y religiosas españolas y la población indígena.

La vida jurídica de los pueblos indígenas creció al margen; y solo cuando representaba un peligro para los intereses de la corona, se le atendió. Para ello se creó el Juzgado General de Indios, en el cual se canalizaban los conflictos en los cuales estuvieran involucrados los indígenas. Así el acceso a la justicia del Estado monárquico estaba garantizado. De esta manera el derecho indígena estuvo integrado al derecho estatal español. Integracionismo jurídico monárquico que formó parte del ejercicio real de la jurisdicción suprema castellana en América durante tres siglos (1492-1810). (UNAM, 2006, pág. 16)

## **EPOCA REPÚBLICANA**

### ***ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991***

Durante la fase de la república “el propósito que más se reiteraba en leyes y programas de gobierno, era el de alcanzar la pronta asimilación de los indígenas colombianos al modelo de vida económica, social, política, religiosa y cultural de la mayoría de la sociedad nacional

(ROLDÁN O, 2000, pág. 52)”. Es por ello que en su oportunidad Simón Bolívar en la Constitución de Cúcuta de 1.821, expidió normas sobre la devolución a los naturales de todas las tierras que formaban parte de los resguardos; además de darles del honorífico título de ciudadanos.

Ahora bien, en década subsiguientes según señala Roberto Pineda Camacho “--con excepción de ciertas medidas transitorias expedidas por Bolívar en 1828 o la ley 90 promulgada por el Estado Soberano del Cauca en 1859-- se incrementó la división de los resguardos, o sea la parcelación de las tierras indígenas y la extinción de los cabildos de indios. El resguardo, como institución colonial, fue percibido como un rezago de ese pasado ignominioso y como una muralla que impedía la expansión de la "Civilización". Prevalcieron también los intereses de hacendados y municipios, que se apropiaron, aunque con amparo legal, de las tierras de los indios.”

Esta triste realidad se agudiza de 1886, en la que se reivindica el pasado colonial y se otorga un rol especial a la religión católica para que civilizara a los salvajes. En este contexto, se expidió la ley 89 de 1890 por medio de la cual se determinó la manera como debía ser gobernados los salvajes para ser reducidos a la vida civilizada.

Bajo el ámbito del concordato, la ley 89 y los convenios de misiones de 1903 y 1928, se convocó a que diversas órdenes misioneras civilizaran a los salvajes quienes fueron reducidos al rango de minoría de edad.

Pero la situación se agudiza cuando el general Rafael Reyes ratifica mediante la ley 5 de 1905 la legalización de la venta de los resguardos. Cuando mediante la ratificación de la ley 104 de 1919 se aprueba la división de los resguardos y se implementan severos castigos expresados en despojos de tierra- para aquellos indígenas que se opusieran. Lo cierto es que en 1944 se inició un proceso de extinción de tierras del resguardo de Tierradentro, bajo el argumento de que sus poseedores habían perdido la identidad indígena. y que además; éstos, al igual que los negros, retrasaban el progreso del país.

El mismo Presidente en conferencia de 1928 predicaba “a los indios y a los "negros" como estigmas de inferioridad racial”.

Desde esta arista, es preciso señalar que sólo a partir de la Constitución del Frente Nacional, se da una nueva interpretación de la participación de los pueblos indígenas en el progreso del país, como deja entrever Roberto Pineda Camacho en su texto *Estado y Pueblos Indígenas en el Siglos XIX*.

“...El advenimiento del Frente Nacional permitió la formulación de una nueva política indigenista, fundándose una Oficina de Negocios Indígenas, transformada posteriormente en la División de Asuntos Indígenas, esta última adscrita al Ministerio de Gobierno. La ley 135 de 1961 delineó una nueva política agraria frente a las tierras indígenas, posibilitando la creación de nuevos resguardos. Diversas disposiciones posteriores ordenaron la conformación --a través del INCORA-- de Reservas Indígenas en las selvas y sabanas, y sentaron las bases para la reconstitución de nuevos resguardos. Esta disposición permitió una nueva interpretación de la ley 89 de 1890, que paradójicamente se había convertido desde su expedición en una herramienta legal fundamental para los mismos pueblos indígenas, en cuanto definía su existencia si se demostraba su convivencia en comunidad. Así mismo, la adhesión de Colombia en 1967 (ley 31) al Convenio 107 de 1957 de la OIT sobre los derechos de las Minorías tribales permitió defender ciertos grados de autonomía y la constitución de reservas y resguardos indígenas.

Durante las décadas de 1970 y 1980, la lucha de los pueblos indígenas, a través de sus propios movimientos sociales, fue decisiva en la recuperación de la tierra. El Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y otras organizaciones indígenas tomaron como meta la recuperación de la tierra, la lengua, la cultura. Desde 1980, se inició un proceso de conformación de grandes resguardos en la Amazonia y en otras regiones, cuyas tierras eran consideradas baldías. En 1988, bajo el gobierno del presidente Virgilio Barco, se creó el Predio Putumayo, con una extensión de casi 6.000.000 de hectáreas, en beneficio de los grupos Uitotos, Boras, Andoques, etc., localizados en el departamento del Amazonas. Aunque no se resolvieron todos los problemas, esta política permitió el control legal de la tierra a muchos

pueblos nativos, no obstante que el subsuelo y sus recursos fueron reservados como propiedad de la nación.

En 1973 se firmó un nuevo concordato con la Santa Sede, que permitió restringir las funciones de las misiones católicas; en 1975 esta colaboración tomó la modalidad de educación contratada a término fijo, con una mayor presencia y supervisión del Estado. A partir de entonces, la Iglesia Católica cedió y entregó un número considerable de establecimientos educativos. Igualmente desde 1.960 enfrentó la competencia de otros misioneros, particularmente del Instituto Lingüístico de Verano, que había iniciado labores en 1962, bajo el auspicio de la División de Asuntos indígenas.

En 1978, el Ministerio de Educación asumió la etnoeducación como política oficial para los pueblos indígenas, promoviendo la educación bilingüe e intercultural. En 1982, los Arahuacos expulsaron a la Misión Capuchina, residente en San Sebastián de Rábago, en la Sierra Nevada de Santa Marta, destacándose la necesidad de nuevas modalidades de escolaridad en los territorios indígenas. La idea de "civilizar a los indios" había entrado definitivamente en crisis, aun en el seno de ciertos grupos de la misma Iglesia católica. En 1980, Planeación Nacional organizó un Plan de Desarrollo Indígena que intentaba ajustarse a las propias especificidades culturales. El Estado, en realidad, debía responder, al menos en algunas regiones, a diversas demandas efectuadas por organizaciones indígenas que no se resignaban a ser actores pasivos. Las políticas frente a las comunidades indígenas se inscribieron en el contexto del etnodesarrollo, cuya filosofía propicia la participación de los mismos indígenas en la definición e implementación de la política.”

Sin duda, las nuevas herramientas legales y acciones del Estado no solucionaron muchos de los más sensibles problemas de las comunidades indígenas; pero sin duda, abrieron nuevas posibilidades al reconocimiento de los pueblos indígenas y a su inserción en diferentes ámbitos de la vida local, regional y nacional;

Todo lo anterior se puede considerar como parte de la base legal y de la experiencia, que permitió reconocer los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1991.

### ***CON LA CONSTITUCIÓN DE 1991.***

A lo largo de la historia, los 87 pueblos indígenas existentes en Colombia<sup>4</sup> han conservado sus tradiciones ancestrales. Esta realidad ha sido reconocida por el constituyente de 1991 mediante la adopción de convenios internacionales como el 169 de la OIT, mediante su ley ratificadora “ley 21 de 1991”; y en desarrollo de leyes como la 270 de 1996.

Es importante desde esta perspectiva, destacar que el avance constitucional consagrado para los grupos étnicos ha permitido la definición de un escenario de diálogos sobre políticas públicas con perspectiva étnica y cultural.

---

<sup>4</sup> Cifra sacada del censo de 2005 del departamento administrativo nacional de estadística (DANE) en 2005

Obsérvese como por ejemplo, a los pueblos indígenas se les reconoció, desde esta constituyente, derechos políticos, sociales, culturales, territoriales, propios, de participación, ambientales, laborales entre otros; que nunca en la historia se les habían reconocido, y sobre los cuales se tratará de ahondar más adelante.

Lo cierto y más importante a destacar en este recorrido de carácter histórico, es que a partir de la constituyente de 1991, la jurisdicción penal especial indígena se pudo consolidar de manera formal, puesto que como lo describen los anales de la historia, en el ámbito penal los indios siempre fueron sacrificados.

No basta sino ver como por ejemplo, durante la colonia, los castigos por faltas a la moral (poligamia, bigamia, atentados a los principios católicos) estaban a cargo de la jurisdicción eclesiástica; e incluso después de la independencia, se le señalaba como barbaros -el art. 320 de la ley 157 de 1887 rezaba “Los bárbaros que hayan sido condenados a pena corporal y que durante la condena hayan sido catequizados y bautizados podrán pedir rebaja de pena... y el gobernador está autorizado para concederla”-, y de la misma manera la ley 89 de 1890 en el art. 1 señalaba que existían indígenas, salvajes, semisalvajes y civilizados y que la ley penal debía aplicarse diferenciadamente.

Lo importante a destacar en últimas es que la jurisdicción penal especial indígena por fin tuvo un reconocimiento especial con la constituyente de 1991; pero que en aras de la verdad,

aún queda camino para lograr su materialización plena según se colige del análisis jurídico que se pretende desarrollar en los siguientes capítulos.

## CAPÍTULO II

# **SOBRE LA FORMALIZACIÓN Y MATERIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA**

El presente capítulo da cuenta de la manera en que la jurisdicción especial indígena ha ido evolucionando en los últimos tiempos, y lo hace desde dos perspectivas: desde el análisis del marco jurídico que ha posibilitado la formalización de la jurisdicción penal especial indígena en Colombia, y desde el análisis de las posibles causas que han impedido su materialización plena.

## **FORMALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA**

Tal como lo señala Esther Sánchez Botero “ (Botero, 2005, pág. 225)” Colombia se halla en la vanguardia de todos los muchos países donde existe el problema de como conformar una sociedad, un Estado y un orden legal multicultural y no asimilista; y es justamente por esto que desde 1991 se ha formalizado en La Constitución Política, la jurisdicción especial indígena.

Ahora bien; no es casualidad que este tema fuese retomado por el constituyente en el momento, puesto que ya desde 1957 Colombia había firmado el convenio 107<sup>5</sup> que constituyó un primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales; y que aunque en su momento partía del supuesto de que los pueblos indígenas tribales, eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la modernización, sirvió para sentar las bases del convenio que luego se constituiría en el más importante a nivel internacional, que tiene que ver directamente con la protección de los derechos de los pueblos indígenas; a saber; el convenio 169 de 1989 de la OIT.

No es difícil imaginar que este formalismo en su momento respondió a la necesidad de dar cumplimiento a los convenios 107 de 1957, y 169 de 1989 OIT, cuales fueran ratificado por Colombia mediante las leyes 31 de 1967 y 21 de 1991.

Ahora bien, la firma de dichos convenios y la ratificación de éste último, obligarían al Estado colombiano al reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, tales como: la autonomía, el territorio, la consulta previa, la salud, la educación, el trabajo<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup> El referido fue un convenio internacional sobre indígenas, que constituyó un primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas y tribales. Por tanto, fue el primer convenio internacional en el asunto; y la OIT lo adoptó en 1957 a solicitud del sistema de la ONU. En Colombia fue ratificado en 1967 mediante la ley 31.

<sup>6</sup> Art. 3. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

Art. 8. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

No obstante, y de acuerdo a lo manifestado por autores como Esther Sánchez Botero, el formalismo legal de tipo igualitario pierde sentido, cuando al momento de la materialización se concibe la jurisdicción especial indígena como un modelo, esquema o sistema en el que se pudían aglutinar todas las comunidades indígenas; sabiendo que desde el interculturalismo y la diversidad ética, se tiene que hablar no de un derecho indígena sino de un derecho propio perteneciente a cada pueblo de manera singular, dadas sus condiciones culturales, particulares y diversas.

En otras palabras, el problema radica no en la formalización del derecho, sino en la materialización del mismo.

Con respecto a la formalización se puede afirmar que no se han escatimado esfuerzo, y que desde antes de la Constitución de 1991 y después de ella, mediante la ratificación de tratados, y la expedición de leyes, se ha podido avanzar sólidamente en el reconocimiento de unas acciones afirmativas para con los pueblos indígena en Colombia, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

---

Art. 9. 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.

Art. 10. 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.

<b>Tratados Internacionales</b>	<b>Legislación Nacional</b>	<b>Desarrollo Constitucional</b>
<p>Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ratificado mediante la ley 74 de 1978.</p> <p>Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, ratificado mediante la ley 74 de 1968.</p> <p>Primera declaración universal de los derechos indígenas, ratificada en 1976.</p> <p>Tratado sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, ratificado mediante la ley 22 de 1981.</p>	<p><u>Anterior a la Constitución de 1991</u></p> <p>Ley 25 de 1824, sobre la protección a la propiedad de los indígenas.</p> <p>Decreto 1828 de 1848 que exime a los indígenas de prestar el servicio militar obligatorio</p> <p>Ley 21 de 1851 sobre la abolición de la esclavitud.</p> <p>Ley 153 de 1851, sobre las especiales costumbre y necesidades para la resolución de los conflictos de las tribus.</p> <p>Ley 89 de 1890, por la cual se establecen los resguardos, la vida legal de</p>	<p>Art. 1: ... participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana.</p> <p>Art. 7: es Estado... protege la diversidad étnica y cultural</p> <p>Art. 10: ...las lenguas y los dialectos de los grupos étnicos son también oficiales...</p> <p>Art. 13: todas las personas nacen libres e iguales... sin ninguna discriminación por razones de su raza, origen...</p> <p>Art. 63: ... las tierras de grupos étnicos, de resguardos... son</p>

<p>Tratado de cooperación amazónica, ratificado mediante la ley 17 de 1981.</p>	<p>los cabildos y parámetros para la defensa de estas comunidades.</p>	<p>inalienables, imprescriptibles e inembargables.</p>
<p>Convenio del fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe, ratificado mediante la ley 145 de 1994.</p>	<p>Ley 81 de 1958, por la cual se estipula la ayuda agropecuaria para las comunidades indígenas.</p>	<p>Art. 68: ... los integrantes de grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.</p>
<p>Decisión 391 de la comisión del acuerdo de Cartagena en la que se reglamenta la protección de los recursos genéticos.</p>	<p>Decreto 1634 de 1960, con el que se crea la división de asuntos indígenas del ministerio de gobierno.</p>	<p>Art. 70: ... la cultura en sus diversas manifestaciones son fundamento de la nación...</p>
<p>Convenio 169 de la OIT, ratificado mediante la ley 21 de 1991.</p>	<p>Ley 135 de 1961 en conjunto con la ley 4 de 1973 por la cual se faculta al INCORA para constituir reservas y resguardos indígenas.</p>	<p>Art. 72: ... el Estado reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos.</p>
<p>Declaración de los derechos de los pueblos indígenas aprobada por la asamblea general de la ONU</p>	<p>Decreto ley 88 de 1978 en conjunto con el 1142 del mismo año, en los que se contempla la educación bilingüe y bicultural</p>	<p>Art. 171: ... habrá un número adicional de dos senadores en circunscripción</p>

<p>en 2007. (Rodríguez, 2000, pág. 20)</p>	<p>adaptada a la forma de vida de los indígenas.</p> <p>Resolución 10013 de 1981 del ministerio de salud, por la cual se busca que los programas en las comunidades indígenas se adapten a su organización, economía, creencias y cultura.</p>	<p>nacional especial por comunidades indígenas.</p> <p>Art. 176: ... asegurar la participación de los grupos étnico...</p> <p>Art. 286: son entidades territoriales... los territorios indígenas.</p> <p>Art. 246: sobre la creación de la jurisdicción especial indígena.</p> <p>Art. 329: sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas.</p>
--	--	---

No obstante; y pese a la existencia de una jurisdicción especial indígena formalizada y positivada en la Constitución Política y normas precedentes tales como: la ley 21/91, 160/94, 141/94, 649/01, 691/01, y decretos 2663/94, 804/95, 1396/96, 1397/96, 1320/98, pudiera decirse que ésta se ha ido quedando en letra muerta porque no se han podido materializar plenamente los derechos que en ellas se comunican.

## **ELEMENTOS QUE HAN IMPOSIBILITADO LA MATERIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA**

Basta con observar como por ejemplo el predicamento “...*La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*” Contemplado en el artículo 246 de la Constitución, aún hoy no se cumple, dada la inexistencia de una ley coordinadora entre el sistema judicial ordinario y el especial indígena. Al respecto ya la Corte Constitucional se había pronunciado en 2014, cuando ordenaba al gobierno nacional expedir un decreto con fuerza de ley en pro de dar cumplimiento a un precepto constitucional que el legislador no había podido cumplir; orden que sin embargo aún no se cumple.

De la misma manera, y en pro de consolidar la tesis de la no materialización plena de la jurisdicción especial indígena, se pueden analizar cada una de las leyes que se han venido expidiendo. Por ejemplo: en el tema de la consulta previa a las comunidades indígenas reglamentada por el decreto 1320/98, se han presentado reiteradas irregularidades tales como: el caso de la comunidad indígena U’wa, en el que a la comunidad se le interrumpieron sus prácticas y afectaron sus creencias tradicionales al estar asentada entre los límites de Arauca, Boyacá, Santander y Norte de Santander, zona rica en yacimientos de petróleo. Y el caso río Ranchería, expuesto en la Sentencia T-154/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

También del decreto 2663 de 1994 tratante del tema de delimitación de las tierras pertenecientes a los resguardos indígenas, se puede inferir la falta de materialización plena. En tal sentido, para nadie es un secreto de que los indígenas del norte del Cauca y más específicamente la comunidad Nasa, llevan más de quinientos años de lucha por 20 mil hectáreas de tierra que pertenecían a sus ancestros y que hoy están en manos de terratenientes u empresas que hacen explotación económica de las mismas.

Desde la misma arista se podría mirar el decreto 330 de 2001 mediante el cual se reglamentó la conformación de las EPS en los resguardos indígenas, ya que como las leyes y decretos en mención, se convirtieron en un poema lanzado al viento. Puesto que la crisis de salud en las comunidades indígenas del país sigue más vigente que nunca; no basta sino ver la crisis de las comunidades indígenas en la Guajira y en el Chocó, para entender que todavía estos derechos positivizados están por conquistar.

Por otro lado, la falta de materialización plena también encuentra su asidero en otros elementos que valen la pena analizar, tales como: la violencia en los territorios indígenas, el desplazamiento forzado, la poca comprensión de los paradigmas culturales de estos pueblos, la criminalización de la lucha de sus líderes, las políticas criminales lineales aisladas de una mirada intercultural, entre otras.

Con respecto a la violencia, el periodista y sociólogo Alfredo Molano ha declarado que ésta aumenta día a día en los territorios indígenas contra esos 700.000 colombianos que viven, trabajan y defienden su patrimonio cultural y ambiental; afirma también, que estas comunidades están sumergidas en una guerra irregular bárbara y sangrienta, por lo que vale la pena preguntarse: ¿se ha declarado la guerra a los indígenas? ¿De qué guerra se trata? ¿Quién la hace? ¿Qué busca? Porque en definitiva no se puede uno contentar con la explicación oficial de que lo que pasa es que el terrorismo nos afecta a todos.

Expresa Molano de manera textual “Cierto es que la ONIC acusa de los crímenes a los paramilitares (37,9%), a la Fuerza Pública (24,0%), a la guerrilla (15,2%) y a «otros grupos criminales» sin identificar (22,7%). Pero la guerra irregular tiene una lógica, y el primer objeto de la nuestra es en el campo sembrar el terror para obligar a la gente a desplazarse, y dejar la tierra libre para ser reapropiada. En el caso de los territorios indígenas esta lógica es más cruel y perentoria: ocupan un 20% del país, donde existe buena parte de la oferta ambiental de más alta calidad (agua, bosques, minas), y las autoridades tradicionales tienen jurisdicción sobre ella. Los territorios indígenas están en la mira de los poderes políticos y militares en conflicto y no solo por la población como recurso estratégico, sino como verdadero botín de guerra. Las minas y la madera ya lo son de hecho, pero muy pronto lo será también el agua. Los territorios indígenas son —por Constitución— inalienables, inembargables e imprescriptibles. Es decir, están por fuera del mercado de tierras y es este un obstáculo que el capital no tolera. La llamada Ley Forestal, la Ley de Aguas —menos nombrada—, y el TLC tienen cláusulas dirigidas a erosionar o suprimir esas garantías constitucionales. Ni más faltaba, pensarán los padres de estas leyes, que las riquezas que guardan esas tierras las vayan a aprovechar los indios.

La ONIC ha denunciado con toda claridad que la política del actual gobierno —para no hablar de los otros— consiste en desmontar los derechos territoriales y desconocer la autonomía indígena, para lo cual «militariza sus territorios, persigue, asesina y judicializa a sus dirigentes, y recorta los presupuestos destinados a las comunidades (Bravo, 2005)».

Sin embargo, el problema de la jurisdicción penal especial indígena puede verse desde otra arista; tal y como lo han hecho Omar Antonio Herrera Pinzón y Guillermo García Hernández en su texto *IDENTIDAD JUDICIAL INDÍGENA FRENTE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ACTUAL EN COLOMBIA*, en el que se soslaya la necesidad de incluir de manera más directa y seria las problemáticas de las comunidades indígenas en la política criminal de Estado. Sostienen puntualmente los autores que la problemática de la jurisdicción penal especial indígena, parte desde la poca participación de las comunidades indígenas en la política criminal, señalando textualmente: “del reconocimiento de la diversidad cultural que se hace a las comunidades indígenas debería ser parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política criminal del Estado como base ideológica del sistema penal, situación ésta que no ocurre en el sistema penal Colombiano (HERRERA, 2010, pág. 30)”.

En conclusión, los territorios de los pueblos indígenas y la correlativa autonomía de estos para prefijar su destino y para ejercer, dentro de ellos, su jurisdicción, no obstante lo categórico de su reconocimiento como derechos colectivos, se han visto desdibujados e incluso

aniquilados cuando estos entran en disputa con las lógicas de la guerra; los intereses del narcotráfico, de la agroindustria y del capital transnacional.

En otras palabras y según lo expresado por Hernando León Londoño Berrio, “La Constitución de 1991 obliga entonces, a recontextualizar las relaciones del Estado con las comunidades indígenas al romper con la lógica monocultural del Estado-nación hegemónica durante el siglo XIX y la mayor parte del XX, y al crear una base jurídica y política que legitima la autonomía, el autogobierno territorial y la organización, la movilización y las demandas de las comunidades en términos étnicos; pero aun así respecto a la materialización plena de la jurisdicción, “las masacres, el asesinato de líderes y autoridades indígenas, el desplazamiento y confinamiento forzados de comunidades étnicas, la desaparición forzada de sus miembros, la criminalización de sus luchas y protestas, y las amenazas— han victimizado en grado sumo a los pueblos y organizaciones indígenas. Y no puede caber la menor duda de que todas estas formas de violencia han repercutido negativamente sobre las condiciones enunciadas por la Corte Constitucional como requisitos sine qua non para el reconocimiento del fuero y la jurisdicción indígenas, esto es, la existencia de una comunidad organizada; que cuente con normas, tradiciones o costumbres que regulen los conflictos entre sus miembros; y que existan autoridades investidas de poder jurisdiccional dentro de un territorio determinado y con capacidad real de hacer cumplir sus decisiones (LONDOÑO, 2007, pág. 60)”.

Con base en todo el contenido desarrollado a lo largo de este capítulo, es válido resaltar que el derecho no se agota con el simple hecho de promulgar leyes; es menester la posibilidad

de aplicación que tienen las mismas, dado que las funciones manifiestas del derecho son las relativas a las consecuencias objetivas para una unidad específica.

En otras palabras, no basta con una legislación formalista sobre los derechos que los pueblos indígenas tienen, sino que se debe ir más allá para que por medio de una política de Estado se coordinen recursos técnicos, tecnológicos, logísticos, económicos etc. que ayuden a las comunidades indígenas a estructurar bien su jurisdicción.

Ahora bien; hasta éste punto del escrito se ha demostrado sólidamente la primera parte de la tesis **“la jurisdicción penal especial indígena en Colombia es una realidad formal,”**; dado que sin duda alguna, los derechos de los pueblos indígenas –poco reconocidos desde antiguo- han sido reivindicados de manera formal por el constituyente de 1991 –art. 246-, y la ratificación del convenio 169 de la OIT, mediante la ley 21 del 04 de marzo de 1991. Además de un sinnúmero de disposiciones legales que hacen referencia al respecto, tales como: la ley 145 de 1994 sobre el fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas; la ley 165 del mismo año que trata el tema de la protección a la diversidad biológica; la declaración de la ONU del 13 de septiembre de 2007 sobre los derechos de los pueblos indígenas, entre otros que ya han sido nombradas.

No obstante; y aunque se han señalado a lo largo del capítulo presente algunos elementos generales que vienen imposibilitando la materialización plena de la jurisdicción especial

indígena, durante el tercer capítulo se pretende hacer una aproximación mucho más específica desde el punto de vista penal; es decir, analizando desde la jurisprudencia el por qué los principios de etnicidad, fuero indígena y límites en la aplicación de justicia no se han respetado en nuestro país, y han tenido que ser protegidos reiteradamente mediante sentencias T proyectadas por la Corte.

El último capítulo esgrime la idea de que dicha materialización no ha sido posible, dado que a falta de una ley coordinadora entre la jurisdicción especial con el sistema judicial nacional, los operadores judiciales al enjuiciar bajo el sistema judicial ordinario, terminan conculcando los derechos reconocidos por Colombia en el convenio 169 de la OIT y ratificados mediante la ley 21 de 1991, en el cual se dispone en todo momento una serie de acciones afirmativas a los indígenas que comentan faltas de carácter penal, bien sea bajo las especiales condiciones territoriales o fuera de los territorios. ”

### CAPÍTULO III

## **PRINCIPIOS DE: ETNICIDAD, FUERO INDÍGENA Y LÍMITES EN LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENA**

En atención a adquirir algunas bases conceptuales sobre el tema, y posteriormente plantear un punto de reflexión sobre el mismo, atinente a consolidar la idea de que la jurisdicción penal especial indígena aún es un derecho inconcluso por no haberse materializado plenamente, es pertinente tratar en este capítulo el fuero indígena desde tres componentes: 1. Los principios de la diversidad étnica y cultural, 2. los componentes de fuero indígena, y 3. los límites de la jurisdicción especial indígena. Todo lo anterior, desarrollado desde la perspectiva de seguir la jurisprudencia como apoyo.

### **EL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL**

El principio de la diversidad étnica tiene su asidero constitucional en el art. 7 -“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”- y se entiende como el reconocimiento del mundo moderno, como un mundo plural en donde no existe homogeneidad en la manera como cada persona asume la existencia. Lo anterior quiere decir

que la diversidad cultural no puede ser entendida como un fenómeno perteneciente a ese otro exótico y diferente, sino como el sujeto que está inmerso en toda sociedad. Ciudadano miembro de una cultura dinámica en donde se hace común la práctica denominada por la teoría especializada como “crossing cultures (Tully, 1995, pág. 30)”

De ello deriva la imperiosa obligación de adelantar medidas conducentes a proteger y propiciar la existencia de comunidades culturales diversas, como elemento social de su propia existencia y desarrollo, permitiendo a la persona como lo dice la Corte Constitucional: “definir su identidad no como ciudadano, en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores éticos y culturales concretos (Ministerio del Interior: Dirección de Asuntos Indígenas, 1996)”.

Ahora bien; justamente por la incapacidad de los operadores jurídicos colombianos de entender el paradigma de las comunidades diversas es que la Corte se ha tenido que pronunciar en reiteradas ocasiones en pro de iluminar la manera como debe de ser interpretado este principio. Ejemplo:

<b>TIPO</b>	<b>SENTENCIA</b>	<b>MAGISTRADO PONENTE</b>
T	428/92	Ciro Angarita
T	380/93	Eduardo Cifuentes
T	254/94	Eduardo Cifuentes

T	342/94	Antonio Barrera Carbonell
C	058/94	Alejandro Martínez Caballero
C	139/96	Carlos Gaviria Días
SU	039/97	Antonio Barrera Carbonell
T	523/97	Carlos Gaviria Días
T	112/01	Jaime Araujo Rentería
T	567/02	José Gregorio Hernández
T	728/02	Jaime Córdoba Triviño

Y sobre la cuales podemos resumir sus máximas así: “No cualquier precepto constitucional o legal, prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de valor superior”.

### **LOS COMPONENTES DE FUERO INDÍGENA**

El apoyo jurisprudencial que se propone para desarrollar este elemento, se fundamenta en el siguiente problema jurídico: el hecho de que una persona involucrada en un caso concreto, pertenezca a una comunidad ¿implica la aplicación automática del fuero indígena?

Este cuestionamiento ha sido resuelto por la Corte Constitucional, dándole una interpretación relativa al tema del fuero indígena, indicando así que: la condición de indígena, no es suficiente para derivar de ello un fuero especial que lo sustraiga del ámbito de aplicación de la ley nacional y de control por parte de la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior se puede colegir, de las sentencias que la Corte a proyectado y que a continuación se relacionan:

<b>TIPO</b>	<b>SENTENCIA</b>	<b>MAGISTRADO PONENTE</b>
T	496/96	Carlos Gaviria Días
T	344/98	Alfredo Beltrán Sierra
T	667 A/98	Antonio Barrera Carbonell
T	266/98	Carlos Gaviria Días
T	606/01	Marco Gerardo Monroy
T	728/02	Jaime Córdoba Triviño

No obstante, otra es la interpretación que al caso se le ha dado desde el derecho internacional, en donde se ha optado por la posición de un fuero absoluto. Es decir, no basta sino con observar el articulado del convenio 169 de la OIT, en el cual se advierte -como ya antes lo había mencionado- que la etnicidad del sujeto no se pierde por el hecho de delinquir

por fuera de la zona de resguardo o del territorio específicamente delimitado al pueblo indígena, y que en tal sentido la condición étnica y el reconocimiento como tal no es un acto arbitrario ni deliberado del operador de justicia que asume el conocimiento de un asunto judicial, ni mucho menos, del propio aparato judicial.

Bajo estas consideraciones, se evidencia de manera incontrovertible que de ninguna manera podrán ser sustituidas o desconocidas las autoridades de los pueblos en el conocimiento, investigación y juzgamiento de las acciones reprochables que realicen los miembros de las comunidades indígenas, siempre que se cumplan con tres condiciones especiales: (a) que el procesado pertenezca a una comunidad étnica, (b) que la acción punible haya sido cometida dentro del territorio de la comunidad y (c) que la acción no sea de aquellas que ponga en peligro la seguridad del Estado y la salubridad pública.

Quiere decir lo anterior que, en el evento en que no se cumplan las condiciones antes señaladas, se estaría en la posición de pérdida del fuero indígena.

En ese sentido, la Corte planteó que:

[...] la jurisdicción indígena está integrada por sus propias autoridades judiciales, la potestad que estas tienen para establecer normas y procedimientos propios, con sujeción de estos a la ley y a la Constitución. Según la jurisprudencia, la jurisdicción indígena no está supeditada a la expedición de la ley previa, pues la Constitución tiene efectos normativos directos. Pero no solamente es la Constitución la que establece esta jurisdicción especial

indígena. La OIT en el Convenio 169 (sobre pueblos indígenas y tribales), aprobado en Colombia por la ley 21 de 1991, trae toda una parte, referida al tema.

En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho Convenio contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción. Por consiguiente, la violación a las normas del Convenio 169 de la OIT puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales. (Monrry, Cabra Marco Gerardo, 2001)

Ahora bien, con el ánimo de entender de una mejor manera cuando se está en presencia o no de un fuero indígena, es importante retomar algunos apuntes de Diana Fernanda Mora

Torres, desarrolladas en su texto: “Bases Conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena”. ... de los elementos de fuero personal y territorial se pueden desprender dos situaciones, conforme a las cuales se determinará si hay o no lugar al reconocimiento del fuero indígena:

✓ Si se encuentran los elementos tanto personal, como territorial, por la consideración a esas características, se reconoce plenamente el fuero indígena, en la medida que todos los elementos que confluyen en la ocurrencia de un hecho determinado, son completamente internos; esto justifica, que sea la misma comunidad quien se ocupe de las consecuencias de dicha conducta y quien plantee, la mejor forma de solucionarlo de acuerdo a sus usos y

costumbres, en relación a los cuales el indígena involucrado, tenga un grado amplio de cohesión social.

✓ Cuando sólo en el hecho no convergen uno de los dos elementos, sea el fuero territorial, sea el fuero personal, es necesario hacer una diferenciación:

□ Si el hecho es sancionado únicamente por el sistema jurídico nacional, en principio, le corresponderá su conocimiento a los jueces de la república, sin embargo, se deben analizar dos hipótesis:

➤ Si el indígena no conocía, ni entendía la ilicitud y las consecuencias negativas de su conducta, el juzgador debe devolver al individuo a su entorno natural, para que sea la comunidad la que establezca correctivos que de acuerdo a sus usos y costumbres sean necesarios para equilibrar el orden de su colectividad.

➤ Si por el contrario el indígena involucrado, conocía y comprendía el carácter perjudicial de su conducta por el hecho de haber tenido un mayor grado de contacto con la sociedad mayor, y no obstante esto, decidió realizarla, dicha conducta debe ser conocida y juzgada, bajo el procedimiento y las autoridades de la jurisdicción ordinaria.

□ Si el hecho es sancionado por ambos ordenamientos, el análisis sobre la capacidad de comprender la ilicitud o el perjuicio que pueda causar con su conducta, es irrelevante aquí, en la medida en que sea bajo las concepciones de la sociedad mayor, o sea bajo la forma particular de entender el mundo de las culturas aborígenes, la conducta realizada atenta contra la estabilidad de dichos ordenes, y por lo tanto, es merecedora de una sanción determinada.

En definitiva, lo cierto es que es necesario apreciar las condiciones particulares de cada caso, para determinar la competencia de las autoridades tradicionales, o de los jueces de la

república, teniendo en cuenta ciertas consideraciones como la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, entre otros.

## **LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENA**

Sin duda alguna, al analizar este tema vienen a la mente normas milenarias que han sido practicadas por las comunidades indígenas, y que desde nuestra cosmovisión deberían de ser proscritas. Es el caso del cepo y de los latigazos.

No obstante, los límites no pueden ser analizados desde una cosmovisión dominante, toda vez que se estaría desconociendo de manera directa el principio constitucional de diversidad étnica.

Es preciso entonces señalar que los límites materiales están dados por la Constitución y la ley, tal como lo manifiesta el artículo 246. Y esos límites hacen referencia sin duda alguna a los derechos humanos, pero entendidos desde el prisma de cada una de las culturas indígenas que por demás son diferentes entre ella.

Obsérvese cómo por ejemplo en el caso de tres indígenas juzgados por la comunidad Paez en el año de 1996 y condenados a latigazos y al cepo, la Corte Constitucional se pronunció así: “respecto de los latigazos y el cepo se puede interpretar que el fin que se buscaba era el de restablecer el orden de la naturaleza, convirtiéndose en un elemento purificador... dicha racionalidad es válida en el contexto de su cultura y creencias”.

En últimas se podría decir al respecto que el criterio de interpretación a seguir es el siguiente: un análisis de acuerdo a las particularidades de cada comunidad, y conforme a las condiciones bajo las cuales ocurrieron los hechos que dan origen a la reacción por parte de las autoridades tradicionales; a fin de salvaguardar una cosmovisión milenaria que ha formado en el seno de cada comunidad un sistema jurídico propio, además de unas estructuras sociales y culturales que emana de su sentido de creación y de la naturaleza particular. De esta postura interpretativa dan fe las sentencias que se relacionan a continuación.

<b>TIPO</b>	<b>SENTENCIA</b>	<b>MAGISTRADO PONENTE</b>
T	254/94	Eduardo Cifuentes
C	139/96	Carlos Gaviria Días
T	349/96	Carlos Gaviria Días
T	523/97	Carlos Gaviria Días
T	266/01	Carlos Gaviria Días
T	1127/01	Jaime Araujo Rentería
T	048/02	Álvaro Tafur Galvis

## **REFLEXIÓN SOBRE LA CONJUNCIÓN LA APLICABILIDAD REAL DE LOS PRINCIPIO Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL**

Ahora bien; sin lugar a dudas no es casualidad que la Corte se haya estado pronunciado de manera reiterada sobre los tres temas que se acaban de abordar anteriormente, puesto que en la medida en que los operadores judiciales se han visto afrontado al fenómeno del multiculturalismo, y la aplicación de la ley penal para quienes pertenecen a las comunidades indígenas, han vulnerado sus derechos de tal suerte que han tenido que ser protegidos mediante las acciones de tutela.

Es por ello que con base en lo anterior, y después de haber desarrollado los tres temas propuestos para el capítulo, se cree pertinente hacer una reflexión, en pro de demostrar el segundo postulado de la tesis: “la jurisdicción penal especial indígena en Colombia, aún no se ha materializado plenamente; dado que a falta de una ley coordinadora entre la jurisdicción especial con el sistema judicial nacional, los operadores judiciales al enjuiciar bajo el sistema judicial ordinario, terminan conculcando los derechos reconocidos por Colombia en el convenio 169 de la OIT y ratificados mediante la ley 21 de 1991, en el cual se dispone en todo momento una serie de acciones afirmativas a los indígenas que comentan faltas de carácter penal, bien sea bajo las especiales condiciones territoriales o fuera de los territorios.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> “... En ese sentido, el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT frente al punto de las medidas de detención e internamiento en establecimiento carcelario va mucho más allá al prescribir para el sistema judicial la ruptura de la igualdad judicial en materia de medidas cautelares y sanciones cuando se trate de miembros de comunidades indígenas, estableciendo para el sistema judicial la implementación de sanciones alternativas en materia penal que estén en concordancia no solamente con su condición étnica sino también con sus circunstancias sociales económicas y culturales.

Para esta reflexión es bueno partir de un análisis de la realidad desde la cual se puede develar la vulneración constante a los principios y límites anteriormente señalados: Para el año 2008, Colombia contaba con una población total de indígenas, según el Departamento Nacional de Planeación, de 701.866 personas, asentados en cinco macroregiones. De estos mismo, según cifras señaladas por el periódico El Espectador con fecha del 08 de octubre de 2014, cerca de unos 1.000 indígenas habían sido juzgados y condenados por la justicia ordinaria; y lo que es peor aún, confinados a pagar sus penas en cárceles colombianas.

Quiere decir lo anterior, que se sigue esperando esa ley o decreto con fuerza de ley que permita coordinar la Justicia ordinaria con la jurisdicción especial indígena; además de los recursos e infraestructura por parte del Estado, para apoyar los procesos internos de las propias comunidades y así mismo los de la jurisdicción ordinaria; además, de capacitaciones a los operadores de justicia, en pro de evitar la vulneración de los derechos propios e inherentes derivados de la diversidad étnica, el fuero indígena, y la interpretación de los límites.

En últimas, se sigue esperando la materialización plena de 4 puntos sobre los cuales se desarrollaría plenamente el derecho constitucional consagrado en el art. 246:

---

En ese sentido, la citada norma afirma: Artículo 1. El presente Convenio se aplica: a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Artículo 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 ocurren 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. Artículo 10. 1. Cuando se impongan sanciones

1. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, 2. La potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, 3. La sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y 4. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

En el primer evento, permitiendo que las autoridades indígenas juzguen a los suyos; pues de su capacidad puede dar fe un juicio extraído de la compilación de fallos de la jurisdicción especial indígena hecho por el Consejo Superior de la Judicatura en 2006:

Fecha: Marzo de 1997

DECISIÓN: DECOMISO ARMA DE FUEGO CABILDO AWA HOJAL LA TURBIA-

Fuente: Cabildo AWA HOJAL LA TURBIA

Categoría: Decisión

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA AWA CABILDO INDÍGENA AWA DE OJAL LA TURBIA

En la casa comunal del Resguardo de Ojal La Turba, a petición de la autoridad se interrogó al señor Arquímedes Guanga, hijo de Luis Guanga y de Zoila Marín, residente 42.

DECISIONES INDÍGENAS en la vereda La Turbia, sobre la posesión de un revolver 16 pequeño recortado de dos tiros, quien finalmente reconoció tener dicha arma, primero había negado. La autoridad indígena explicó al señor Arquímedes Guanga que la Legislación Nacional y la Legislación Indígena prohíben la posesión de revólveres por parte de los indígenas, sin salvo conducto expedido por las autoridades competentes. Las autoridades firmantes decomisaron dicha arma y proceden a ordenar entregar dicha arma con los proyectiles a las autoridades competentes. El arma fue decomisada en ejercicio de lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Nacional. Por ser el infractor indígena Awa su juzgamiento lo realizó la autoridad Awa. En constancia de lo anterior, se firma esta acta hoy 23 de Agosto de 1997.

JOSE LIBARDO PAI; ISMENIA GARCÍA; AUSTO GARCIA; JULIAN BI;  
ALIRIO RODRÍGUEZ; SILVIA GARCÍA; JAIME NASLACUAS; WILFRIDO GARCÍA  
CANTICUZ; ALBERTO TAICUS<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> También se puede resaltar el juicio adelantado recientemente por los indígenas del Cauca, en el que se condenó entre 40 y 60 años de cárcel a 6 de sus integrantes acusados de pertenecer a un grupo guerrillero, y de haber perpetrado la muerte de dos guardias indígenas cerca de Toribío

En el segundo evento, reconociendo que sus normas y procedimiento son tan válidos como las normas y procedimientos de la justicia ordinaria, vgr. las normas que reposan en el reglamento de la comunidad Emberá Chamí:

Artículo 15. CORRUPCIÓN. El ó la líder que ocupe algún cargo en el Cabildo que cometa esta falta será destituido del cargo manera inmediata y será inhabilitado para siempre para ser elegido(a) como cabildo.

Artículo 28. INTENTO DE VIOLACIÓN. El comunero o líder que cometa esta falta será sancionado con una (1) semana de trabajo comunitario, mes de calabozo, y debe firmar un compromiso para no repetir la falta.

a) La guardia indígena vigilará al agresor para que no escape y si lo hace, no cumple y lo capturan en otra comunidad y en la misma deberá ser un año de cárcel.

Llegar a un acuerdo con la justicia ordinaria y coordinar para que facilite la infraestructura.

Artículo 29. IRRESPONSABILIDAD DE PADRES. El o la líder, comunero o comunera que cometa que incumpla con sus obligaciones de brindar la alimentación, la educación, la salud, el vestuario y la vivienda de sus hijos e hijas debe aportar la mitad de sus ingresos (jornal, salario, cosechas, animales) a la persona responsable de atender los hijos e hijas y será destinado para cubrir los gastos mencionados.

Artículo 30. INFIDELIDAD. El o la líder, comunero o comunera que cometa esta falta debe haber un proceso disciplinario, que esta relación de la infidelidad es leve o grave será castigado desde los 15 días a dos meses de calabozo.

En el tercer evento, garantizando que tanto los juzgadores de la jurisdicción ordinaria como los de la indígena observen los límites consagrados en La Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la hora de imponer penas, vgr.

REPÚBLICA DE COLOMBIA DEPARTAMENTO DE TOLIMA MUNICIPIO  
DE PLANADA RESGUARDO INDIGENA PAEZ DE LA GAITANA  
**SANCIONES Y PROCEDIMIENTOS: El homicidio se castiga con cepo,**

**látigo, trabajo comunitario y rehabilitación en las reuniones del cabildo o en las Asambleas Generales.**

Y en el cuarto evento, expidiendo una ley o un decreto con fuerza de ley que permita la coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema nacional; a fin de posibilitar que las comunidades puedan materializar sus propias normatividades. Vrg.

Artículo 26. VIOLACIÓN SEXUAL A MENORES Y MUJERES. El comunero o líder que cometa esta falta será sancionado y castigado **llevando el caso con la justicia ordinaria coordinado con la justicia propia** una vez que pague la cárcel, será expulsión de la comunidad. Los años de cárcel son de 30 a 40 años en la justicia ordinaria.

Sobre el último punto, se hace necesario señalar que el argumento de que no se cumple con este precepto, esta taxativamente referenciado en lo los proyectos de ley que sobre coordinación han fracasado, sumado al incumplimiento del gobierno de expedir un decreto con fuerza de ley sobre el asunto en mención, según indicaciones dadas por la Corte Constitucional en el año 2014, situación ésta que sin duda no es menor, dados los derechos recocidos a estas comunidades por La constitución de 1991<sup>9</sup>, pero insatisfechos de igual manera por la no materialización plena de los mismos.

En últimas, con respecto a la aplicación de los principios y límites trabajados a lo largo del capítulo con respecto a los procesos de judicialización de los miembros de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional en providencia del 5 de diciembre de 2013 ya había indicado que los indígenas condenados tendrían la posibilidad de pagar sus penas en los territorios siempre y cuando, estos contaran con las instalaciones necesarias para tal fin. Situación que

---

<sup>9</sup> En consideración a los postulados de La Constitución de 1991, el legislador trató de proteger la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígena mediante los artículos 7,8,10,13,63,68,72,171,176,246,329 y 330.

sin duda que no se pudo compadecer con la realidad, dada la falta de interés del Estado por dotar de recursos técnicos, tecnológicos, de infraestructura y demás, a las comunidades indígenas, en lo que respecta a lugares pertinentes para que los miembros de sus comunidades purguen sus penas.

Lo exigencia anterior, entraña ya una problemática; y es que con respecto a lo de las instalaciones, se hace necesario reiterar la obligación legal que tiene el Estado de proveer establecimientos de reclusión especiales para sujetos de especial protección, como los indígenas; quienes independientemente de la jurisdicción aplicable, deberán cumplir la pena en establecimientos especiales con enfoque diferencial o, en su defecto, en un lugar nativo o tradicional que propicie la operancia plena de la justicia indígena y el control de sus propias instituciones en las formas de castigo, con el fin de mantener y fortalecer los rasgos, lenguas y tradiciones que forman parte de su idiosincrasia.

Y es entonces; justo en este punto, en donde empieza a quedarse en el tintero la jurisdicción penal especial indígena, y la ley 21 de 1991. Ley ratificadora del Convenio 169 de la OIT. Y es que en la mayoría de los casos, “cuando dentro de las zonas de resguardo el indígena comete acciones punibles contra miembros de la propia comunidad, y sus acciones son enjuiciadas por el sistema judicial ordinario, se le desconocen principios básicos para un tratamiento justo, como los principios de juez natural y tribunal preexistente (Calvache, 2011, pág. 76)”. Es más, inclusive en el caso de que no se dieran los presupuestos en el victimario indígena para conservar el fuero, y pudiera en todo caso la jurisdicción ordinaria juzgarlo, no

se podría nunca perder de vista que: “la condición étnica y el reconocimiento como tal no es un acto arbitrario ni deliberado del operador de justicia que asume el conocimiento de un asunto judicial en estas circunstancias, como tampoco lo es del propio aparato judicial (Giraudó, 2007, pág. 127)”.

Lo cierto es que el reconocimiento de la etnicidad y de las condiciones del procesado responde a un mandato concreto y expreso de la Carta, como también de tratados y convenios internacionales que así lo disponen.

El Convenio 169 de la OIT se inscribe en lo que se llama el tratamiento judicial para los pueblos en la justicia occidental, que supone la vigencia permanente del convenio indistintamente de la jurisdicción en la que se encuentre sometido a juicio el individuo étnico, especialmente si el juez natural, por efecto de la ausencia del elemento espacial —comisión del crimen dentro del territorio indígena— se inscribe en el sistema judicial ordinario.

En otras palabras, lo que advierte el Convenio es que la etnicidad del sujeto no se pierde por el hecho de delinquir por fuera de la zona de resguardo o del territorio específicamente delimitado al pueblo indígena (Calvache, 2011, pág. 86).

“Bajo estos criterios, resulta obligatorio para los operadores judiciales (jueces, fiscales y jueces colegiados) acatar y aplicar esas disposiciones en los procedimientos judiciales que se

adecúen de manera fáctica y jurídica a lo estipulado por las mencionadas normas internacionales. Dicho de otra manera, el evento surgido en el mundo de los fenómenos, con todos sus elementos, siempre que esté relacionado con el convenio o tratado internacional (Stavenhagen, 2009, pág. 75)”.

Lo anterior, nos lleva inexorablemente a reconocer que en Colombia desde 1991, la jurisdicción penal especial indígena empezó a funcionar desprovista de regulaciones y criterios hermenéuticos; presentando a través de los años una serie de interrogantes, sobre los cuales ante la falta de voluntad política del legislador y del ejecutivo, han venido siendo despejadas por la jurisprudencia de las Altas Cortes, principalmente por la Corte Constitucional.

Esto devela una preocupación aún mayor, pues en la mayoría de los casos se ha tenido que acudir a la acción de tutela para que mediante sentencias tipo T, se estén protegiendo los derechos de los indígenas; ello, a falta de una ley coordinadora, o de un decreto con fuerza de ley que debió haber sido expedido en 2014, según lo ordenado por la Corte Constitucional en este mismo año.

Por las razones ya expuestas, y por otras que seguramente valen la pena abordar desde un próximo ejercicio investigativo, es que afirmo que la jurisdicción penal especial indígena es un derecho inconcluso.

## CONCLUSIONES

De la temática abordada a lo largo del texto, se puede concluir lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas desde tiempos inmemoriales, han sabido organizarse y dar solución a sus conflictos en pro de armonizar sus comunidades en torno a sus usos, creencias y costumbres.

2. Desde el periodo hispánico, se avizoraba la necesidad de reconocer un marco jurídico especial aplicable a los pueblos indígenas, dada su genuina idiosincrasia, y su capacidad para producir derecho propio, según se colige de los escritos de Fray Bartolomé de las casas y algunos otros misioneros; además de la cédula real que en algún momento dio autonomía a las comunidades indígenas para que resolvieran algunos de sus conflictos de carácter penal.

3. Desde la independencia hasta antes de La Constitución Política de 1991, los pueblos indígenas pasaron por vicisitudes y afugias en el marco del reconocimiento y reivindicación de sus derechos; al punto que en algunos pasajes de la historia, no fueran reconocidos como personas sujetos de derechos y contrario sensu, tratados como salvajes.

4. La Constitución Política de 1991 y la ratificación del tratado 169 de la OIT mediante la ley 21 del mismo año, abrieron las puertas para el reconocimiento formal de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Derechos que sin duda ya se venían discutiendo años atrás, y que al adherir Colombia tratados internacionales se vio en la necesidad de seguir la línea de pensamiento foráneo que al respecto se había construido en los últimos tiempos.

5. No obstante a la formalización de los derechos de los pueblos indígenas, éstos no se han podido materializar plenamente, a falta de una ley coordinadora. En este punto es preciso señalar, que han sido múltiples los momentos en los que las comunidades indígenas han tenido que acudir a la acción de tutela para que se puedan materializar sus derechos. y que a propósito la misma Corte Constitucional, vislumbrando tal situación ordenara al Presidente de la República en 2014, expedir un decreto con fuerza de ley para coordinar el sistema de justicia ordinaria con el sistema de la jurisdicción penal especial indígena.

6. Se hace acuciante que los jueces de la república en atención a las sentencias relacionadas en el escrito, conozcan y protejan los principios de diversidad ética y cultural, el fuero indígena y los límites de interpretación de las normas y procedimientos de cada una de las comunidades indígenas, para que en el momento en que tengan que juzgar algún caso en la jurisdicción ordinaria, lo hagan bajo los paradigmas de justicia y armonización de las comunidades, y no bajo las concepciones del derecho que se tienen en occidente; pues así se ha visto reflejado con el juzgamiento de más de mil miembros de las comunidades indígenas en los últimos tiempos.

7. La Jurisdicción penal especial indígena no se ha podido materializar plenamente porque las comunidades indígenas al carecer de recursos humanos, económicos, técnicos, tecnológicos, de infraestructura, entre otros, que permitan la dinamización de la justicia dentro de sus propias comunidades, terminan delegando a la justicia ordinaria su función y su derecho. vrg. los indígenas terminan purgando sus penas en las cárceles del Estado sin consideración de lo que determina el Tratado 169 de la OIT.

## BIBLIOGRAFÍA

Botero, E. S (2005). Reflexiones en Torno a la Jurisdicción Especial en Colombia. IIDH vol. 42, 225.

Bravo, A. M (26 de mayo de 2005). Flaco Favor. El Tiempo

Herrera, P. O. (2010). Identidad Judicial Indígena Frente a la Jurisdicción Ordinaria Actual en Colombia, Prolegómenos – Derechos y Valores, 30.

Londoño, B. H (2007). El fuero de la Jurisdicción Penal Especial Indígena en Colombia. Lima: Fondo Pontificia Universidad católica de Perú.

Monrrey, Cabra Marco Gerardo, T-606 (Corte Constitucional 2001). *Organización Internacional del Trabajo*. (9 de septiembre de 2015). Obtenido de <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:1:0>

Arango, R. y. (1998). En *Los Pueblos Indígenas de Colombia 1997* (pág. 24). Bogotá: TM editores.

Calvache, J. C. (2011). *El fuero Judicial de Los Pueblos Indígenas Frente a la Justicia Ordinaria y la Responsabilidad del Estado Colombiano por su Vulneración Fáctica*. Santiago de Cali: Criterio Jurídico.

García, G. A. (1971). En *Manual de Historia del Derecho Español* (págs. 234235). México: Artes Gráficas y Ediciones.

Giraudó, L. (2007). *Ciudadanía y Derechos Indígenas en América Latina: poblaciones, estados y ordenes internacionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ministerio del Interior: Dirección de Asuntos Indígenas. (1996). *Concepto Emitido al Gobernador del Calvildo Chenque Buena*.

Mora, T. D. (2003). *Bases Conceptuales de la Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.

OIT. (15 de 08 de 2015). *Organización internacional del trabajo*. Recuperado el 9 de septiembre de 2015, de <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>

República de Colombia. (1990). *Política del Gobierno Nacional para la defensa de los Derechos Indígenas y la Conservación Ecológica de la Cuenca Amazónica*. Bogotá: Sandri.

Rodríguez, G. A. (2000). *Reseña de los Derechos y la Legislación Sobre Comunidades Étnicas en Colombia*. Bogotá.

Roldán O, R. (2000). En *Pueblos indígenas y leyes en Colombia. Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente*. Bogotá: Gaia Amazonas.

Stavenhagen, R. (2009). *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos*. México: UNESCO.

Tirado, M. Á. (1988). *Introducción a la Historia Económica de Colombia*. Bogotá: El Ancora.

Tully, J. (1995). *Strange Multiplicity. Constitutionalism in age of Diversity*. Cambridge University.

UNAM. (2006). En *Historia del Derecho Indígena* (pág. 16). Ciudad de México: UNAM.