

EL DAÑO Y LA REPARACIÓN EN LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana



El daño y la reparación en la jurisdicción indígena

Maribel Mazo Monsalve

Asesor: Alejandro Gaviria Cardona

Agosto 2022

Dedicatoria

El siguiente trabajo lo quiero dedicar a mi familia, en especial a mi padre y a mi madre, que han sido quienes nunca han dudado de mis capacidades, y me han ayudado no solo económica sino emocionalmente.

Agradecimiento

Quiero agradecer a la gran ayuda y guía de mi asesor, ya que de no ser por su acompañamiento no hubiera sido posible alcanzar esta meta.

Resumen

En este trabajo abordaremos un poco acerca de lo que para las culturas indígenas colombianas significa la responsabilidad, es decir, como nuestras culturas indígenas mantienen el orden dentro de sus comunidades y como hacen valer sus propias normas y en base a que estas normas prevalecen y por que es importante la conservación de las mismas.

En este trabajo investigativo se busca dar la importancia que siempre han merecido las culturas indígenas en nuestro país, ya que no solo son pertenecientes al mismo, sino que también, en la mayoría de las ocasiones son culturas que más allá de simplemente castigar al ser humano por una conducta verdaderamente reprochable, lo que en el fondo se busca es un dialogo por medio del cual se puedan llegar a solucionar todos, o por lo menos casi todos lo conflictos que se presenten dentro de los resguardos. Demostrando con esto no solo una humanización para quien cometió algún error, sino que buscando también demostrar el poder que debería tener la palabra como mediadora para solucionar de una mejor manera los conflictos.

Dentro de los capítulos ahondaremos un poco acerca de lo que significa la responsabilidad, tanto para nuestro ordenamiento jurídico colombiano, como para nuestras comunidades indígenas, para luego poder pasar a determinar un poco algunas similitudes, así como también algunas disimilitudes que marcan la diferencia entre estos dos ordenamientos jurídicos.

Abstract.

In this work we will address a little about what responsibility means for Colombian indigenous cultures, that is, how our indigenous cultures maintain order within their communities and how they assert their own norms and on the basis that these norms prevail and why it is important to preserve them.

In this research work it is sought to give the importance that indigenous cultures have always deserved in our country, since they are not only belonging to it, but also, in most cases they are cultures that beyond simply punishing the human being for a truly reprehensible behavior, what is basically sought is a dialogue through which everyone can be solved, or at least almost all conflicts that arise within the Demonstrating with this not only a humanization for those who made a mistake, but also seeking to demonstrate the power that the word as a mediator should have to better resolve conflicts.

Within the chapters we will delve a little deeper into what responsibility means, both for our Colombian legal system and for our indigenous communities, and then we can go on to determine a little some similarities, as well as some dissimilarities that make the difference between these two legal systems.

Palabras claves

Culturas, jurisdicción, indígenas, responsabilidad, ordenamiento, Colombia

keywords

Cultures, jurisdiction, indigenous people, responsibility, order, Colombia

Contenido

| | |
|--|----|
| Introducción | 9 |
| Capítulo 1. Nociones de daño y de reparación civil en el ordenamiento jurídico colombiano..... | 17 |
| Capítulo 2. Concepto de daño y de reparación civil en la jurisdicción especial indígena | 22 |
| Capítulo 3. Elementos comunes y disímiles de daño y reparación civil en el ordenamiento jurídico colombiano y en la jurisdicción especial indígena | 39 |
| Conclusiones | 55 |
| Referencias..... | 60 |
| Anexos | 68 |

Introducción

Los reconocimientos legales y constitucionales a la jurisdicción especial indígena, para los indígenas colombianos, pueden resultar insuficientes debido a que estaban encuadrados en los conceptos y términos de la hegemonía jurídica blanca-mestiza, y sólo se refieren a la garantías administrativas de los territorios (López, 2006, p.12), quedando por fuera asuntos como el respeto a la cosmovisión propia de los pueblos y autoridades indígenas, sumado a que siempre queda el resguardo o el cabildo bajo la dirección de la autoridad administrativa o política regional o departamental, por lo que tampoco existe un reconocimiento y mucho menos una materialización de la autonomía necesaria para la subsistencia y conservación de estos pueblos y su cultura (Fajardo, 2014, p.22).

De esta forma, la lucha indígena del Siglo XX estuvo caracterizada por la reivindicación de los derechos de un pueblo, y no como la de unos individuos que, conjuntamente, constituían una colectividad denominada “indígenas”, por lo que el “pueblo indígena” debía ser sujeto tanto de derechos de primera, segunda y tercera generación (derechos económicos, sociales y culturales), esto es, de derechos colectivos y derechos no fundamentales, para lo cual se requería necesariamente, de un reconocimiento que partiera de la misma Constitución (Semper, 2018, p.11).

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, los pueblos indígenas pudieron contar con dos representantes (Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry) quienes, a pesar de ser

sólo dos, llevaron a cabo la necesaria representación de los pueblos indígenas de Colombia, para “garantizar el reconocimiento de la soberanía de estas comunidades con identidad propia y elevar dicha aceptación al rango constitucional que, bajo los rígidos parámetros de la Constitución de 1886, hubiera resultado imposible” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De este importante avance parte entonces el reconocimiento final que hace el ordenamiento jurídico colombiano, desde la Constitución, de la diversidad cultural y social que enmarca a las comunidades indígenas del territorio nacional, diversidad que al trasladarse al respeto por una cosmovisión distinta a la hegemónica occidental, necesariamente, también lo hace sobre las formas y entendimiento de la justicia y su administración, facultad que converge también con la autoridad que el Estado colombiano reconoce a los líderes de las comunidades y pueblos indígenas del país (Jiménez, 2009).

Atendiendo a lo anterior, esta investigación, a partir de los preceptos de la jurisdicción indígena, se plantea como problemática la noción que, en el contexto jurídico, tiene el daño y la reparación para las comunidades indígenas de Colombia. Para ello se tomarán como referentes algunas de las comunidades indígenas presentes en el país, en las cuales haya sido posible realizar una investigación un poco más a fondo o con las cuales haya sido más fácil establecer una comunicación o realizar una búsqueda un poco más abierta debido a su información en textos o entrevistas, así como también haya resultado un poco menos dificultoso encontrar más información acerca de sus comunidades, para

establecer la noción del daño y la reparación en la jurisdicción indígena en la actualidad, lo cual genera la pregunta: ¿Cuál es el concepto de daño y reparación civil en la jurisdicción indígena?

En este contexto el presente trabajo se genera dada la importancia de la cosmovisión indígena, como concepto de reparación civil, distinta al que ordinariamente se maneja y conceptualiza en la justicia ordinaria colombiana. Lo anterior, debido a que, para el ordenamiento jurídico colombiano, puede resultar distinto el concepto de daño, las formas de reparación y las razones que justifican el hecho de que estos conceptos sean distintos al que manejan las comunidades indígenas que habitan el territorio nacional.

Por ello se ha considerado relevante examinar y analizar el concepto de daño entre las comunidades indígenas colombianas, como un aporte académico que puede resultar de interés para la comunidad en general y aquellos interesados en el derecho comparado y las especialidades de la jurisdicción indígena. Como ejemplo de lo anterior podemos evidenciar el caso expuesto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la que el experto jurídico en temas relacionados con la jurisdicción indígena en Guatemala, John Schwank Duran (2005), hace una exploración de las costumbres jurídicas de los pueblos indígenas con ascendencia Maya en los países centroamericanos. En su informe, (Schwank, 2005 p.17) tiene oportunidad de señalar algunas situaciones jurídicas relacionadas con la percepción del daño en los sistemas de estos pueblos.

Al respecto, cita Schwank Durán (2005) el reporte de la Corte Suprema de Justicia sobre la resolución alternativa de conflictos en el que destacan los valores mayas en la

conciliación al daño causado, la compensación y el restablecimiento del equilibrio y la armonía. De otra parte, destaca el informe “que las sanciones impuestas por los actos delictivos no tienen un carácter vengativo, y no recurre a las cárceles, que sólo endurecen el corazón” (Schwank, 2005 p.8).

En una latitud diferente, pero en la que se pueden observar las premisas del sistema jurídico indígena divergentes a la tradición jurídica occidental, Ross Rubert (1987) refiere el caso de un joven indígena que causa un daño al local comercial de otro miembro del pueblo nativo del norte del Estado de Ontario, en Canadá. En este caso, se menciona que, en marzo de 1987, en la ciudad de Whitehorse, se llevó a cabo una reunión de los máximos líderes de la comunidad para dictar sentencia, reunión en la que, tanto las autoridades como las partes en conflicto, se sentaron en círculo, en condición de paridad; sin embargo, “los disputantes en ningún momento hablaron y nunca se discutió sobre el daño, las causas, culpas o reparaciones, como tampoco se habló de castigos o la imposición de sanciones” (Ross, 1987 p.6).

Así, el propósito de la reunión era el de liberar a las partes en disputa de los “malos sentimientos” y la limpieza espiritual de los disputantes. En ese momento, la pipa de la paz fue pasada de mano en mano y todos los que se hallaban en el círculo fumaron de ella. Después del acto, se anunció que las dos partes quedaban entonces apaciguadas y la comunidad había sido restaurada. De esta forma, puede entonces apreciarse que las características del sistema jurídico indígena tienen aplicación en comunidades tan diversas y distantes geográficamente como la maya, en Centroamérica, y la nación

Wabaseemoong, en América del Norte, en las que priman la resolución de conflictos por medio de un proceso de justicia eminentemente oral, participativo y que se ciñe a tradiciones religiosas y políticas por igual. Como puede evidenciarse, solo en este concepto existe una digresión entre lo que se entiende por daño y de reparación entre la justicia ordinaria hegemónica occidental y aquella que impera entre los pueblos indígenas americanos. Es por ello por lo que el objetivo principal de la investigación es analizar el concepto de daño y reparación civil en la jurisdicción indígena. Y tendrá los siguientes objetivos específicos que se desarrollaran a lo largo de la investigación:

Definir las nociones de daño y la figura de reparación civil en el ordenamiento jurídico colombiano, analizar el concepto de daño y de reparación civil en la jurisdicción especial indígena y encontrar los elementos comunes y disímiles de daño y reparación civil en el ordenamiento jurídico colombiano como en la jurisdicción especial indígena. Así mismo, Payne (2007), refiere que:

“Es un modelo de orden para el país por lo cual este se rige por un sistema de leyes escritas e instituciones ordenados en torno de una constitución, funcionarios que se someten a las normas de esta. Cualquier medida o acción debe estar sujeta a una norma jurídica escrita y las autoridades del Estado están limitadas estrictamente por un marco jurídico preestablecido que aceptan y al que se someten en sus formas y contenidos. Por lo tanto, toda decisión de sus órganos de gobierno ha de estar sujeta a procedimientos regulados por ley y guiados por absoluto respeto a los derechos” (p.66).

Así pues, esta investigación se basa en el diseño metodológico de tipo cualitativa, toda vez que este permite explorar y describir, desde una perspectiva holística, la información y caracterización del fenómeno social abordado. Partiendo de estas premisas, y considerando lo dicho por Omar Aktouf (2001) sobre la metodología cualitativa, se tiene que esta plantea el desarrollo de descripciones en las que se dé cuenta tanto de situaciones como de eventos, interpretaciones, pensamientos, personas y otras variables y categorías que puedan ser observadas por el investigador y se puedan realizar interpretaciones y reflexiones en torno a sus circunstancias y razones de ser.

Por ello, el enfoque cualitativo responde a un tipo de investigación en la que, por medio del uso de técnicas de análisis basados en la investigación, sea posible la obtención de respuestas, todas ellas desde la subjetividad e interpretación del investigador, pero sustentadas en los argumentos y evidencias que apoyan las conclusiones del autor. Así mismo, esta investigación recurrirá a uno de los procesos de desarrollo del pensamiento, el método inductivo, por medio del cual se obtienen ciertos hechos a partir de premisas sueltas y que, una vez procesadas, analizadas, clasificadas e interpretadas, se obtienen criterios que puedan ser verificados, por lo que este enfoque induce un razonamiento que parte de lo individual hacia lo general (Gómez, 2004).

El método inductivo pretende que las conclusiones a las que llega el investigador partan de la observación, tanto sistémica como periódica, de los fenómenos que está investigando con el propósito de descubrir e interpretar las relaciones que pudieren existir del análisis hecho sobre estas y, de esta forma, poder plantear nuevas hipótesis que, de

llegar a ser verificables, puedan incluso ser consideradas con la categoría de leyes (Gómez, 2004, p.34). Considerando lo anterior, esta investigación se inclina por el enfoque cualitativo de investigación como el que mejor se adapta a sus requerimientos, por cuanto el tema es reconocido como socio-jurídico, lo que implica una apreciación subjetiva de la información que, a su vez, estará integrada en su totalidad por documentos legales, judiciales como sentencias proferidas por la Corte Constitucional desde 1997 a la actualidad, debido a que ha sido esta entidad quien se ha manifestado con mayor profundidad a cerca del ordenamiento jurídico indígena; también se recurrirá a fuentes doctrinales locales, debido a que esta investigación busca un enfoque más nacional en cuanto a las culturas indígenas que tenemos en Colombia, así como otros aportes de investigación que hayan desarrollado el tema de forma directa o tangencial.

Esta investigación estará formulada como una propuesta de tipo cualitativo que, de acuerdo con Garrido y Quecedo (2002), se formula a través de la obtención de datos no numéricos, con el fin de obtener información (conceptos, teorías, etc.) que permita estudiar el fenómeno o situación, es decir, este trabajo hará acopio de las fuentes que pudieran servir para la documentación de este fenómeno (normatividad, resoluciones, jurisprudencia, documentos de prensa, otras investigaciones que hayan tratado el tema de forma directa o tangencial, entre otras fuentes secundarias), seguida de una segunda fase en la que se analizará la información reunida.

De esta forma, se desarrollará una investigación que parte de una primera fase exploratoria, que hará acopio de las fuentes que pudieran servir para la documentación

del concepto de daño y de reparación, tanto en la jurisdicción ordinaria como indígena, seguida de una segunda fase en la que se analizará la información reunida para su clasificación de acuerdo con el aporte hecho, las características de dicho aporte y el tema o subtema que pudiera estar desarrollando. Por último, la tercera fase de la investigación estará orientada a la exposición y análisis de la información y de esta forma ofrecer la orientación suficiente para formular un análisis y una respuesta a la pregunta de investigación de este trabajo.

Capítulo 1. Nociones de daño y de reparación civil en el ordenamiento jurídico colombiano

Para empezar a hablar un poco acerca de lo que significa daño y reparación, debemos ahondar un poco en lo que serían los daños y los perjuicios, y como lo menciona Trujillo (2020) “los daños son los desperfectos o deterioros producidos a una persona o un bien por otra parte y los perjuicios son aquel ingreso o cobro que debía haber recibido de ese bien o patrimonio dañado” (p. 49) . Para completar un poco lo dicho por Trujillo, cabe aclarar que es importante tener en cuenta que cuando hablamos de perjuicios también estaríamos hablando del perjuicio causado a un bien y el costo de su reemplazo, es decir, lo que me cuesta reemplazar o reparar el bien dañado, así como tampoco podríamos dejar de lado los perjuicios extrapatrimoniales que se cuantifican en dinero de manera subjetiva. Decimos entonces que el daño y los perjuicios son elementos comunes y fundamentales en todos los casos de responsabilidad civil. En este sentido, si la víctima no ha sufrido ningún perjuicio, no se configuraría los presupuestos de la responsabilidad. Sin embargo, la definición de ese componente está supeditada al concepto impuesto por la doctrina y la jurisprudencia, puesto que los textos legales omiten estos conceptos, lo que ocasiona que exista una laguna jurídica alrededor de estos. Para entender de manera más profunda el concepto de daño, hay que definir la responsabilidad civil, la cual ha sido entendida como

Diez (2012),

“la obligación de una persona que debe resarcir a otra por los daños que el causante (el responsable) ha causado, bien como consecuencia de un incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) o bien cuando no existía un vínculo previo (responsabilidad extracontractual). Puede ser sea en [sic] especie o bien por un equivalente monetario, habitualmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios” (p. 591)

En este contexto, Díez (2012) define la responsabilidad como:

“La sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro, sujeto a la obligación de reparar el daño producido. Aunque la persona que responde suele ser la causante del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de responsabilidad por hechos ajenos, como ocurre, por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños causados por sus hijos o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de la circulación” (p. 614).

Hoy en día la doctrina y la jurisprudencia consideran el daño como el elemento más importante que se debe analizar o estudiar al momento de analizar un proceso. Así, De Cupis (1970), en la introducción a su obra *El Daño: Teoría General de la responsabilidad civil*, señaló que:

“Estoy plenamente persuadido de la conveniencia de encuadrar el estudio de la responsabilidad civil en el daño, fundamento esencial e indefectible de ella, en

vez de hacerlo sobre la antijuridicidad o la culpa, meros elementos -aunque estén adornados del carácter de normalidad-, de calificación del daño en sí” (p. 71).

Es claro entonces que analizar el daño como primer factor no es una idea descabellada, puesto que debemos partir por el análisis de si en realidad la conducta que se realizó conllevó o no a que se desencadenara un daño o un perjuicio para la víctima, ya que de no ser así, sería difícil hablar de una responsabilidad y por consiguiente una reparación. En materia de responsabilidad civil, la Corte Constitucional, en términos generales, ha dicho que:

Corte Constitucional, sentencia C-052 de 2012

“la noción de daño comprende entonces incluso eventos en los que un determinado sujeto resulta personalmente afectado como resultado de hechos u acciones que directamente hubieren recaído sobre otras personas, lo que claramente permite que a su abrigo se admita como víctimas a los familiares de los directamente lesionados, siempre que por causa de esa agresión hubieren sufrido una situación desfavorable, jurídicamente relevante” (p. 15).

Decimos entonces que Santamaria (2010) “el elemento común de toda clase de responsabilidad es el daño o perjuicio. En general, existe perjuicio cuando se destruye o menoscaba alguno de los derechos subjetivos de las personas” (p.35).

Valencia (2004),

“Como se puede apreciar, el desaparecido profesor de la Universidad Nacional utiliza la disyunción “o”, con la que denota la equivalencia de los términos, no obstante, en un apartado posterior sostiene que “no es suficiente la noción según la cual el daño es la supresión o disminución de cualquiera de los bienes que sirven al hombre para satisfacción de sus necesidades porque la palabra es bien vaga” (p. 42).

Así, mientras que en la tradición jurídica occidental

priman elementos como la indemnización de perjuicios, la reparación moral y material, la tasación de daños, los daños eventuales y futuros, entre otros conceptos, todos estos garantes de una percepción individualista de la compensación por el perjuicio; en la tradición jurídica indígena priman elementos que inciden en el concepto de daño, así como también en el concepto de reparación como: la oralidad, la comunidad, la Asamblea o reunión, la tradición, la conservación de la autoridad y de la identidad colectiva, la reparación a la comunidad, la conciliación de los querellantes, entre otros preceptos que no son ni siquiera mencionados en un proceso ordinario de responsabilidad civil en el ámbito jurídico occidental (Valencia, 2004, p.11).

Esto, sin duda, plantea el interrogante sobre cuál de los dos sistemas -sistema jurídico ordinario y sistema jurídico especial indígena-, debería utilizar el derecho como instrumento de justicia, si aquel que se decanta por la preservación y garantía de los derechos individuales, o el que se inclina a una solución social y colectiva de cualquier

problema que afecta a la comunidad, incluido un elemento que, en apariencia, es tan particular como el daño.

Difícilmente podría darse respuesta a esta inquietud, ya que debemos comprender que cada sistema ha respondido a las particularidades históricas y materiales que lo han moldeado, por lo que una respuesta más oportuna debería estar encaminada al reconocimiento de estas diferencias y más en el contexto de una democracia contemporánea y enmarcada en un Estado Social de Derecho, que debe hacer del reconocimiento de estas diferencias, la oportunidad para que ambos sistemas jurídicos coexistan, tal como ocurre en el actual ordenamiento jurídico colombiano y en el de otros países americanos en donde todavía hay comunidades indígenas que reclaman, como elemento esencial de su identidad y continuidad, el reconocimiento de sus tradiciones jurídicas y la posibilidad de ejercerlas de acuerdo a sus costumbres (Santamaría, 2010, p.27).

Capítulo 2. Concepto de daño y de reparación civil en la jurisdicción especial indígena

Para abordar el concepto de daño y reparación en la jurisdicción indígena, es importante dejar claro el significado de jurisdicción especial indígena, así como también esclarecer el significado de su fuero. En términos generales, podemos decir que jurisdicción indígena es aquella potestad legal que tienen las comunidades indígenas de aplicar sus propios sistemas normativos de acuerdo con el artículo 246 de la Carta Magna, el cual establece 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".

Para que se pueda hablar de una jurisdicción especial, como lo sería en este caso la jurisdicción especial indígena, es necesario que se cumplan con unos requerimientos que permitan determinar por qué este es un fuero especial, pero la primera y principal siempre será el ejercicio del poder y responsabilidad otorgado a las comunidades, la Corte Constitucional precisa que:

Corte Constitucional, Sentencia A-687,2010

“El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad. Sin embargo, cuando una

comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad” (p. 25).

Es importante también decir que, según Triviño (2004):

“El fuero indígena es 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” (p.18).

El apartado transcrito nos permite concluir la existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas y de la potestad que tienen estas para establecer normas y procedimientos propios dentro de su comunidad y territorio, así como también la coordinación de la jurisdicción indígena y la sujeción de dicha jurisdicción a las normas y los principios de la constitución y las leyes del sistema judicial nacional.

Podemos decir entonces que el neoconstitucionalismo ha generado la creación de un nuevo derecho en Colombia, trayendo consigo un catálogo con numerosos derechos fundamentales, con base en los principios del Estado Social de Derecho, como corriente, este constitucionalismo establece una supremacía constitucional que conlleva a la interpretación del derecho desde una perspectiva más vanguardista, logrando el

reconocimiento de los derechos colectivos y sociales, como parte de la transformación política y social de la sociedad.

Como se colige de esta apreciación jurisprudencial, los elementos de constitución de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, y la potestad que estos tienen para establecer normas y procedimientos propios, constituyen el reconocimiento a la autonomía de las comunidades indígenas, y serán estos elementos sobre los que se erijan las particularidades propias del entendimiento que la justicia indígena hace de los conceptos de daño y reparación como elementos de responsabilidad civil, y que, como se verá, difieren del concepto occidental y del entendido que sobre ellos hace la justicia ordinaria (Figuera & Ariza, 2015).

El respeto a las normas propias de los pueblos indígenas la podemos interpretar como la importancia al control social y un factor importante para el sostenimiento de los grupos, pueblos o etnias, puesto que la Constitución no sólo reconoce la jurisdicción indígena, sino que también la garantiza, capacitándolas para proteger la naturaleza misma de sus sociedades mediante la corrección de sus miembros en el ejercicio legítimo de su potestad sancionadora.

En términos generales, y por lo que hemos venido analizando, podemos decir entonces que la responsabilidad civil en la jurisdicción indígena puede ser entendida Jumpa (2009) “como el ejercicio del poder coercitivo, ante el incumplimiento las normas de convivencia en la comunidad, la determinación de la responsabilidad intentará restaurar la convivencia y buscará prevenir este tipo de conductas” (p.5).

Aunque existen diferentes comunidades indígenas, sería muy difícil entrar a determinar qué significa para cada comunidad existente el concepto de daño, por tanto, tomaremos para este capítulo como referencia a algunas comunidades en que haya sido posible encontrar algún tipo de información pertinente para este proyecto, como lo fueron la comunidad del pueblo Awa y la comunidad Wayuu, ya que han sido comunidades en la cuales ha sido más fácil establecer una comunicación, o una búsqueda un poco más abierta debido a su gran información en textos o entrevistas, que para este caso fue mediada por la tecnología, diciendo entonces que las normas de estas comunidades pretenden generalizar la vida social, moral y espiritual de la comunidad como parte del derecho a la vida cultural propiamente dicha.

Con relación a la comunidad Wayuu encontramos que esta comunidad también podrá aplicar su sistema normativo si el sujeto no es miembro de la comunidad indígena Wayuu, pero interfiere en el comportamiento del pueblo indígena Wayuu dentro de su territorio (derechos de propiedad, explotación de recursos naturales, filiación, violación de derechos fundamentales, etc.). En estos casos, es necesaria una interpretación transcultural de hecho y derecho para lograr una encarnación efectiva del principio de diversidad étnica y cultural.

En Colombia, las comunidades indígenas juegan un papel importante dentro del bienestar que tienen estos en sus territorios y como ellos y los actores del Estado intervienen para alcanzar un nivel de vida digno y determinan las garantías del cumplimiento de los deberes del estado por medio de estas entidades que los representan mediante la

jurisdicción especial indígena. Sin embargo, “muchos de estos actores no están en sintonía, ni homogeneidad entre ellos, ocasionando que las comunidades en sus territorios no tengan las atenciones necesarias” (Valencia, 2004, p.12).

El artículo 246 de la Constitución de 1991 consagró la jurisdicción especial indígena, un reconocimiento que respondía a la necesidad de un Estado Social de Derecho, a aceptar la existencia de culturas, etnias, pueblos y comunidades diversos al conjunto hegemónico de tradición cultural occidental prevaleciente en el país (Botero, 2007, p.14). Pero este reconocimiento no es fortuito o resultado de una simple declaración que se ajustaba a las propuestas de una Asamblea Nacional Constituyente liberal y marcadamente diversa en ideologías, sino que es la concreción de una ardua lucha de los indígenas por el reconocimiento que hiciera el Estado colombiano, de su derecho a la diversidad cultural social y étnica (Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008).

Aunque en vigencia de la Constitución de 1886 se utilizó con mayor frecuencia la Ley 80 de 1890, “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, que estableció un sistema jurídico especial para estos “grupos de salvajes”, limitado a funciones administrativas y de pequeñas disputas en cabeza de las autoridades del Cabildo, la legislación colombiana en ningún momento llegó a reconocer una jurisdicción especial indígena, que atendiera a las necesidades culturales y de cosmovisión de estos grupos, reconociendo y respetando dicha diversidad (Camacho, 2002, p.26).

Entre las comunidades indígenas que habitan en el territorio colombiano, se encuentra el pueblo Awá, comunidad que habita la región fronteriza entre Colombia y Ecuador, a la altura de la vertiente occidental de la cordillera andina, entre los ríos Telembí, en Nariño, hasta las provincias ecuatorianas de Carchi y Esmeraldas. El censo del DANE, en el año 2018, estimó que tienen una población superior a las veinticinco mil personas, de las cuales un 78% viven en territorio colombiano, entre los municipios nariñenses de Ricaurte, Altaquer, Tumaco, Barbacoas, Mallana, Roberto Payán y el departamento de Putumayo (Arias, 2013, p.4).

El presente capítulo toma como ejemplo a la comunidad Awá así como también la comunidad Wayuu dado que son dos de las comunidades que más información relacionan sobre la temática tratada. Para estos pueblos, el territorio es un espacio de vida, en el que pueden conservar el equilibrio con los espíritus de la naturaleza y que, por ende, debe respetar la armonía y diferenciar entre los que son espacios de caza, de cultivo, de recolecta, de pesca y aquellos que son para habitar y recrear el pensamiento (Awá, 2008).

Respecto a la jurisdicción especial indígena, este sistema tiene singularidades y premisas diversas que dependerán del grupo, comunidad, cultura o pueblo que se esté abordando, por lo que es pertinente dar a conocer la opinión de Tereza Dlestikova, quien sostiene que no es posible generalizar y llegar a afirmar que todos los grupos indígenas poseen las características que se van a señalar a continuación, por lo que los siguientes elementos pueden considerarse simplemente como comunes o asociados a los pueblos indígenas americanos (Dlestikova, 2020, pp. 15-40):

1. Visión integral. En los pueblos indígenas hay una conexión muy estrecha entre lo jurídico, lo religioso y lo político, aspectos que, en el contexto occidental contemporáneo, son completamente ajenos, pero no así entre estas comunidades.
2. Importancia de la oralidad. Es una característica particular de los pueblos indígenas el recurrir a la oralidad en cualquier eventualidad jurídica, política y religiosa y por esta misma vía, al igual que los mitos, las leyendas y la tradición histórica de cada pueblo, se entretiene una tradición jurídica o jurisprudencial, y es a través de esta tradición oral que se van formando las normas, costumbres y referentes ancestrales que van transformando a la comunidad, por lo que el derecho se forma entre los pueblos indígenas con fundamento en la tradición oral, razón por la que también constituye un criterio muy importante de identidad y autonomía (Stavenhagen, 2010, p. 44).
3. Las características que más diferencian a la tradición jurídica occidental de la indígena americana, es la importancia que se le da al ser humano dentro de la comunidad por cuanto la primera antepone los intereses y derechos del individuo a los de la comunidad, mientras que en la segunda ocurre lo contrario y se contraponen los derechos colectivos a los individuales. Donde el individuo queda subordinado a la comunidad, lo que no implica que el sujeto no tenga derechos, sino que el fundamento de su ejercicio se encuentra en la corresponsabilidad del colectivo, lo que se traduce en que, para las comunidades indígenas, su subsistencia como pueblo, depende de la defensa del derecho colectivo, del sistema judicial en su conjunto (Stavenhagen, 2010, p.45).

Con estas tres premisas del “sistema jurídico indígena, comunes a todas las comunidades, pueblos y culturas, puede entonces abordarse lo que constituye el concepto de daño en este sistema, visto desde el punto de vista de la responsabilidad civil que podría acarrear para quien lo ha ocasionado” (Latorre, 2021, pp. 44-61). La visión integral puede apreciarse en las intervenciones de las autoridades de las comunidades indígenas, quienes hacían una referencia a su historia y sus tradiciones. En estas intervenciones, como la que se cita a continuación, se puede evidenciar que “el derecho que se va a ejercer en la Asamblea se fundamenta e integra en la historia, tradiciones religiosas y políticas de la comunidad” (de Bringas, 2018, pp. 101-138). Cabe aclarar que cuando el autor en cita habla de “asamblea” quiere significar las “reuniones donde se realiza o se ejerce el derecho mediante el cual, por medio de la palabra, hablan y solucionan los conflictos” (Sánchez, 2020). Esta revisión de la historia política hace entonces parte de la integración entre el sistema jurídico y la política de la comunidad, en este caso, a su historia reciente y los motivos por los que ejerce dicha función, casi como un recuento de las circunstancias que legitiman la decisión que está por darse al interior de la Asamblea (Osorio, 2017, p.105).

Se hace mención explícita a la autoridad y cómo a través de los consejos se ha podido aprender de los errores cometidos con anterioridad, lo que va recreando, por decirlo así, una “línea jurisprudencial” (Botero, 2017, p.12), en la que priman conceptos como la convivencia, porque los indígenas son personas, no animales, y allí en donde la autoridad perece o no tiene fuerza, no hay nada, no hay comunidad, por lo que es necesario que

todos aporten con sus esfuerzos para que la comunidad y su autoridad no desfallezcan y puedan seguir viviendo como pueblo autónomo (Botero, 2017, p.13). De otra parte, Villegas (2014) ha considerado que existen divergencias entre el concepto mismo del Derecho como herramienta de solución de conflictos entre las culturas indígenas y hegemónicas en el continente americano, por lo que es posible llegar a caracterizar de forma muy diversa un concepto tan cotidiano en los operadores jurídicos como lo es el daño, del que pudiera considerarse tiene las mismas condiciones y alcances en todos los pueblos y culturas del mundo.

Analizando lo anterior, podemos apreciar que realmente existen diferencias sustanciales en la tradición jurídica occidental y la de los pueblos indígenas, por cuanto parten de ideas y premisas históricas muy diversas, en las que, en el caso de la tradición jurídica occidental, han llegado a predominar los derechos individuales por sobre las consideraciones de tipo colectivo, al menos sobre algunos derechos reconocidos como subjetivos y fundamentales para el ser humano individualmente considerado, mientras que en la tradición jurídica de los pueblos indígenas, persisten las ideas de comunidad, colectividad, pueblo y sociedad por sobre consideraciones de tipo individual o personal (Berraondo, 2006, p.243).

Analizando algunos textos, así como por medio de algunas comunicaciones sostenidas vía telefónica con una integrante de la comunidad Wayuu, se logró esclarecer algunas dudas fundamentales con relación a lo que para ellos significa daño y como se determina

la responsabilidad de sus miembros, lo cual es primordial para el desarrollo de este trabajo:

1) Entrevistadora: ¿Cuál es su nombre completo?

Entrevistada: Ela Cecilia Quiles González

2) Entrevistadora: ¿Dónde y cuándo nació?

Entrevistada: En Maicao la guajira el 06-06-1982

3) Entrevistadora: ¿a qué se dedica actualmente?

Entrevistada: docente

4) Entrevistadora: ¿a qué comunidad indígena pertenece?

Entrevistada: Al pueblo Indígena Wayuu.

5) Entrevistadora: ¿Qué se entiende por daño en su comunidad?

Entrevistada: Faltarle respeto a alguna mujer (Joven), agresión y entre otros. Para eso siempre interviene el palabrero: los miembros de ambas familias se reúnen para que el pütchipü'üi pueda mediar, establecer el monto por el daño causado y se restablezca la paz y tranquilidad en la comunidad. Esto se da en dos lugares diferentes para que él pueda dialogar con ambos clanes.

6) Entrevistadora: ¿Quién es el palabrero?

Entrevistada: El palabrero (putchipu) es el que se utiliza como mecanismo de Conciliación y apoyo integral. En la cultura Wayuu, el palabrero es quien representa la justicia; su rol consiste en resolver a través de la mediación y negociación, por el medio del buen hablar y utilizando palabras que conlleven a una sana convivencia o armonía.

7) Entrevistadora: ¿Cómo se llega a ser palabrero en la comunidad Wayuu?

Entrevistada: Atendiendo al sistema normativo wayuu, el cual está definido como el los principios y normas de la comunidad indígena wayuu para garantizar la paz y la armonía entre clanes en el territorio wayuu. Teniendo en cuenta una buena convivencia, desde allí surge la importancia del valor de la palabra para la resolución de conflictos y mantener la paz en el territorio wayuu.

8) Entrevistadora: ¿conoce usted de la existencia de este sujeto “palabrero” en otras comunidades indígenas?

Entrevistada: En los diferentes pueblos indígenas no les confirmo si si o no, pero si tienen un líder que los representa, Pero en el pueblo indígena wayuu si existe el palabrero, que “es el elemento central en la administración de la justicia; la palabra y todo su poder aclarador de la realidad, orador e intermediario, Pütchi-pü'üi, es la figura sobre la cual recae la inmensa responsabilidad de aplicar la ley y de servir de soporte a la vasta red de vínculos sociales y culturales que aglutina a la sociedad Wayuu entre los diferentes clanes e incluso con personas u organizaciones no pertenecientes al pueblo Wayuu”.

9) Entrevistadora: ¿Cómo solucionan los conflictos en general en su comunidad?

Entrevistada: Lo primero que se hace es establecer lazos de solidaridad entre los miembros de la comunidad, del agresor y de la víctima, una vez que se establezca esto, el palabrero resuelve el conflicto, mediando entre ambos clanes o familias. Cuando se causa un daño, la reparación le concierne a los familiares del agresor y así tener una buena convivencia.

10) Entrevistadora: ¿Cómo solucionan aquellos conflictos en los que haya algún tipo de daño o lesión, bien sea a las cosas de un miembro, a su integridad corporal, a sus derechos o a la comunidad en general?

Entrevistada: Los palabrereros en la comunidad son reconocidos como las personas a las que se puede acudir en caso que haya un problema entre dos o más miembros de esta, con el fin de llegar a conciliar, esto se hace a través de la palabra, la cual se asemeja al canto de las aves. En la comunidad existe una regla y es que, quien cause daño a otro deberá repararlo, por medio de un pago, por lo que el palabrero media entre las dos familias para llegar a un acuerdo y mantener la paz. Los pagos, se pueden hacer en especie (animales, joyas, etc), en compensación por los actos.

11) Entrevistadora: ¿Cambia en algo si el daño lo ocasiona un externo a la comunidad, o si el daño lo ocasiona un tercero a un miembro de la comunidad o a la comunidad en general?

Entrevistada: Si el daño es ocasionado por terceros y no es reparado como se ha establecido, esto puede traer consecuencias negativas, puesto que, el hecho de no arreglar produce una desazón y es aquí donde estos conflictos pueden finiquitar en pérdidas humanas, venganzas o guerras.

12) Entrevistadora: ¿Cómo se pueden defender los miembros de la comunidad Wayuu ante la presencia de un daño ocasionados contra si o ante una amenaza de daño?

Entrevistada: Ser un buen equipo como miembros de la comunidad, también dependiendo del daño si de pronto fue un daño sin culpa puede ser recompensado, pero si es un daño a propósito ya todo cambia, y no estarían con la intención de arreglar la problemática presentada ya que se sentirían vencidos. Pero siempre se llega a un acuerdo mediante el apoyo de un palabrero wayuu ya que considera que la reparación tiene como base el respeto entre los miembros de los clanes. Es el respeto por la integridad de la comunidad y el hacerse responsables por los errores de sus familiares.

13) Entrevistadora: ¿Qué entiende la comunidad Wayuu por responsabilidad civil y por resarcimiento de daños? ¿existen diferentes formas de resarcimiento?

Entrevistada: Dentro de la cultura wayuu toda responsabilidad se asume de manera colectiva por la línea clanil por la cual esa responsabilidad se hace de manera en conjunto familiar y el tema de resarcimiento de daño también lo genera de esa forma por una familia que haga daño a otro familiar hay la responsabilidad de la familia no es solamente de la persona que afecta sino de toda la familia

Las diferentes formas de resarcimiento, compensar, pagar, responder por algo que se da. La diferente forma de resarcimiento se da por variadas situaciones: una es cuando se paga un dote por una mujer es un compromiso de la familia cumplir con la otra familia que contrae matrimonio la pareja

Cuando se genera golpe ya sea otra vez de estado de embriaguez ahí la familia incurre que tiene que pagar a la persona que hizo daño o que golpea igual cuando hay una afectación también por un tema de muerte ya sea por un accidente por un

tiro hay que pagar a la familia que fue afectada y eso lo tiene que pagar la familia que le hicieron el daño

14) Entrevistadora: ¿Qué sucede cuando no se logra llegar a una solución o acuerdo por medio del palabrero?

Entrevistada: Pueden surgir venganzas a raíz de no llegar a un acuerdo entre las familias, a pesar de los buenos oficios del palabrero. Por eso, un buen pütchipü'üi debe estar informado de los problemas entre las familias. En caso que haya un acuerdo entre las partes, se establece el monto por el cual debe indemnizar.

15) Entrevistadora: ¿Cuáles son las sanciones mayormente impuestas por los miembros de la comunidad Wayuu?

Entrevistada: Para los wayuu el sistema del país, no va acorde a las costumbres y tradiciones de nuestra comunidad, puesto que, para nosotros lleva en sí el germen de la impunidad, no logra su objetivo de resocialización, ni mucho menos conlleva a la resocialización. De acuerdo con nuestro sistema wayuu, no solo la víctima como tal tiene una compensación por el daño que le ocasionaron, si no también toda la comunidad, es decir, es una reparación individual y a la vez colectiva. La resocialización del victimario está dada por el grupo clanil, y la reconciliación significa para nosotros, la muestra de que la armonía ha conducido a las partes al estado inicial del daño causado.

16) Entrevistadora: ¿Qué sucede cuando en la comunidad Wayuu se logra determinar que no pueden solucionar el problema dentro de la misma comunidad?

Entrevistada: El líder siempre busca alternativas para dar solución a dicha problemáticas, pero si en tal caso no se logra solucionar el problema, se van a venganza o a guerra.

Como podemos observar, en la pregunta número 11 la respuesta no es muy clara o simplemente carece de lógica y enlace de ideas, por ello se intentó volver a establecer comunicación con ella para aclarar un poco la información, cosa que lastimosamente ya no fue posible, por lo tanto, se optó por dejar la respuesta tal cual fue respondida.

También podemos evidenciar que en la pregunta número 5 y la pregunta número 10 nos deja saber que la reparación en la comunidad Wayuu guarda semejanzas con la tradición jurídica occidental, puesto que estarían primando los derechos individuales por sobre las consideraciones de tipo colectivas, toda vez que lo que se busca a través de la palabra es resarcir el daño causado al individuo a través de un monto de reparación y no más bien la paz de toda la colectividad indígena.

El Estado colombiano siempre ha buscado de una u manera que en nuestra nación podamos coexistir pacíficamente, pero no es ajeno para nadie que es una labor muy ardua, ya que el solo hecho de delegar una jurisdicción especial a una minoría, sería casi tanto como decir que un mismo Estado se subdivide en otros *Mini-Estados*, la Corte Constitucional en sentencia T-523, 1997, ha precisado que las tensiones entre la autonomía y el reconocimiento de las comunidades étnicas y el ordenamiento jurídico está claro.

“En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de

derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante” (p. 26).

Dicho de otra manera, tratar de entender a otras culturas es muy difícil, pero lo que no es difícil es aprender a respetarlas, por tanto, el Estado debe hacer posible esa convivencia pacífica dentro del territorio Nacional, garantizando los derechos de cada uno de los ciudadanos o miembros de las minorías, en este caso en particular, de las comunidades indígenas.

Lo que busca el Estado no es otra cosa que la búsqueda de un diálogo que “sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores” (Corte Constitucional, sentencia T-523, 1997) y mediante esto lograr ese conceso mínimo para la convivencia entre nuestras diferentes culturas. Pero, así como es importante reconocer a las comunidades indígenas como grupos culturales con tradiciones diferentes y respetarlas, también es importante respetar la aplicación de sus penas y sus procedimientos, en tanto, por medio de esta investigación se ha podido observar que más que un abogado defensor, como lo exige la ley colombiana, hablamos de un intermediario o palabrero conocedor de la ley indígena, de su lengua y de su cultura.

Así pues, y mediante el análisis de estas dos comunidades podemos atrevernos a decir entonces que el daño para estas, va más allá del simple hecho de haber cometido un

delito, ya que como decíamos con anterioridad, se le da una mirada más humana a quien incurre en un error. Por este motivo el daño para las comunidades indígenas no es el simple hecho de haber cometido un delito contra alguien, sino más bien el hecho de haber irrumpido esa paz o tranquilidad a la que su comunidad se encuentra acostumbrada, o a aquella armonía que se busca no perder bajo ninguna circunstancia, o que en el caso de perderla se pueda llegar a buscar la forma más ligera posible en recuperar esa tranquilidad necesaria y característica de las comunidades indígenas.

Y de una forma un poco mas particular podemos decir que para la comunidad Wayuu, como nos lo hizo saber la señora Ela Cecilia Quiles, el daño también puede ser cualquier tipo de agresión entre los sujetos de un mismo resguardo o diferente y en especial, y al parecer un poco más delicado, cuando la agresión es hacia una mujer.

En cuanto al concepto de reparación en las comunidades indígenas es un poco más amplio al de solo pagar con dinero, o indemnizar como se conoce en el área del derecho, por algún daño o perjuicio cometidos a otra persona. En las comunidades indígenas, como lo estipula la Corte Constitucional (1997), también se debe contar con un debido proceso, lo que implica el cumplimiento de unas reglas acorde a la comunidad de la que se trate. Esto tiene sentido, ya que si estamos reconociendo el hecho de que estas minorías pueden tener su propia jurisdicción, pues también es obvio reconocer el hecho de que cada comunidad se regirá bajo sus propias reglas y por ende cada comunidad determinará lo que considera que se debe castigar y lo que no, así como determinará también la sanción a imponer en cada caso en concreto.

Capítulo 3. Elementos comunes y disímiles de daño y reparación civil en el ordenamiento jurídico colombiano y en la jurisdicción especial indígena

De particular interés aquí es el estudio de los límites fijados para el ejercicio de la jurisdicción conferida selectivamente a las autoridades de las comunidades indígenas, de conformidad con el principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere en sentido general a "la constitución y la ley" como parámetros del límite, es claro que no pueden ser todas las normas constitucionales y legales, de lo contrario, el reconocimiento de la diversidad cultural sería meramente retórico.

Según Villar (2007),

“La interpretación judicial puede contribuir, y en efecto lo ha hecho en varios aspectos, a la prevalencia del sentido social de la Constitución, pero ello no es suficiente para contrapesar la actividad en sentido contrario del Ejecutivo, si éste, con la dócil cooperación del Congreso, se orienta por el desmantelamiento de los derechos sociales, como ha ocurrido en el curso de las últimas y de la presente Administración” (p. 12).

Aunque el Estado Social de Derecho, debe emprender la tarea de crear políticas públicas útiles capaces de lograr el cumplimiento de estos derechos, como parte de su obligación frente a la garantía constitucional, este se limita sólo a la protección de los derechos fundamentales, incluidos los sociales, sin ningún tipo de restricción. Empero, es sometido a unas limitaciones desproporcionadas por parte del legislador que afectan los derechos fundamentales y la dignidad humana de los individuos.

Se puede decir entonces que un Estado Social de Derecho, tiene una orientación teórica neoconstitucional, puesto que posee una constitución garantista, fundada en principios y valores, que limita el poder de las otras ramas con el ejercicio de jueces constitucionales, y está fundada en el ejercicio de la protección de los derechos fundamentales y de los principios del Estado. En la sentencia de 12 de noviembre de 1992 la Corte Constitucional (sentencia C-587) señaló que:

“En el Estado social de derecho que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconoce a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos entre sí.” (p. 12)

Por otro lado, tenemos que el control de constitucionalidad en Colombia concentrado es realizado por la Corte Constitucional Colombiana, y esta, en virtud del artículo 4 de la Constitución política de Colombia se consagra como el órgano que guarda de la supremacía constitucional. Los órganos del estado tienen una serie de deberes que están dados por la misma constitución. advirtiendo esto, una inconstitucionalidad por omisión se da cuando un órgano del estado, siendo conocedor de los deberes jurídicos plasmados en la carta magna, omite hacerlos.

Por ello, la Constitución Política de 1991, es considerada un pacto de transformación social, política y económica que beneficiará a todo el país, pero también, como una transformación democrática y de las políticas poco vanguardistas, contemplando a la persona humana en distintas esferas, a saber: como miembro de una comunidad familiar, social, ecológica, estatal y supraestatal, que reconoce la diversidad étnica y multicultural del país. Más que intentar codificar las relaciones de poder, lo que buscaba era delinear un nuevo modelo de sociedad, es decir, la construcción de un nuevo país, con más oportunidades, con más derechos y mecanismos para el ejercicio pleno de estos.

La Corte Constitucional (1997), buscando entonces este reconocimiento de la diversidad cultural, dice que “para hacerlo operante se debía maximizar la autonomía de las comunidades indígenas y, por ende, minimizar las restricciones”, no significando otra cosa que las costumbres de una comunidad indígena primarían sobre las leyes del ordenamiento jurídico ordinario. Ahora bien, también es importante aclarar que existen algunas leyes que superan los principios de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, como lo son por ejemplo las normas imperativas de orden público. Sobre lo que debe entenderse como normas de orden público, señala la Corte Constitucional en sentencia C-166 (1997) que

“Estas se refieren a los preceptos que no son susceptibles de ser obviados ni siquiera por el acuerdo de voluntades entre los particulares, pues conciernen al interés público y social del Estado, normas orientadas a la seguridad, solidaridad y

justicia. Son imperativas, obligatorias, no son susceptibles de pacto en contrario, de renuncia o transacción”

Tanto el sistema jurídico colombiano como la jurisdicción indígena cuentan con una jurisdicción autónoma dentro de sí mismas, entendiendo que la jurisdicción indígena va enmarcada dentro del marco constitucional colombiano, pero respetando su propia manera de auto regirse como etnia. De lo anterior se considera que no basta entonces conocer los elementos de la autonomía de las comunidades indígenas, sino que es lo que conforma su jurisdicción especial y como los elementos de cada situación podrían ayudar a determinar si dicha situación se deja en manos de las autoridades indígenas o no. Para determinar entonces qué casos podrían conocer las autoridades indígenas podemos analizar lo que conlleva ser miembro de una comunidad indígena y concluimos entonces que se necesita:

- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo de origen étnico.
- Un elemento orgánico, esto es, las autoridades tradicionales que ejercen una función de control social en sus comunidades.
- Un elemento normativo, esto es, que la comunidad se rija por un sistema jurídico propio, de acuerdo con sus leyes y costumbres ancestrales.
- Un ámbito geográfico, el cual de acuerdo con el artículo 329 de la Constitución Política sea considerado Jurisdicción Indígena.

— Un factor de congruencia, es decir, que el sistema jurídico de la comunidad no puede ir en contravía de los presupuestos constitucionales.

Ahora, para dejar un poco más en claro los anteriores elementos, podemos también hacer una pequeña aclaración con respecto de las diferentes situaciones que se puedan presentar,

es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Y es importante distinguirlas en razón a que es necesario saber de una o de otra manera como se debe actuar dependiendo a la situación en la que se halle la comunidad indígena, es decir, se deben tomar en cuenta las personas que actuaron en el hecho, para poder determinar cómo se llevara a cabo el reconocimiento de su responsabilidad. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (v.g. un blanco y un indígena, un negro y un indígena, indígenas de dos comunidades diferentes). La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de esta (Gaviria, 1996, p. 98)

La jurisdicción especial indígena en Colombia hace referencia a los procesos y tradiciones a través de los cuales los indígenas ejercen su poder y responsabilidad en sus territorios. Sin embargo, “en Colombia el papel que ejercen los actores del estado y la

jurisdicción especial indígena no está en sintonía, ni homogeneidad entre ellos, ocasionando que las comunidades en sus territorios no tengan un nivel de vida digno y las atenciones necesarias como ciudadanos” (Sanchez, 2021, p.19).

En este sentido, la falta de integración de la adaptación basada en reparación civil en el ordenamiento jurídico colombiano “podría ser posible si también se evaluara la vulnerabilidad del modelo ecosistémico y sus servicios de comunidades indígenas” (Sánchez, 2021, p. 22). Por ende, se hace necesario analizar

Los diseños y medidas de conservación y restauración cultural, y económica de las comunidades étnicas de acuerdo con las capacidades de carga de los ecosistemas en relación con su población, con el fin de aumentar su resiliencia en su diario vivir. A medida que se desarrollan las políticas para abordar el desafío que plantea la gestión sostenible del desarrollo regional y planificación del territorio en el contexto social de las comunidades negras y si es posible tomar medidas utilizando la amplia gama de herramientas reguladoras que ofrece la legislación nacional (Sánchez, 2021, p.32).

Dicho lo anterior, nace en algunas ocasiones la necesidad de buscar en la jurisdicción ordinaria la manera de solucionar los problemas propios de su fuero, y como se pudo notar en el capítulo anterior en la entrevista realizada a una integrante de la comunidad Wayuu, esta comunidad está más encaminada a la solución de los problemas por medio del dialogo Palabrerros (2020) “fortaleciendo los escenarios de acceso a la justicia desde el dialogo, la capacitación intercultural y la creación de instrumentos que promuevan el

respeto y ejercicio efectivo de la misma” (p.12), en otras palabras, por medio de algún acuerdo en el que ambas partes afectadas puedan quedar complacidas con la decisión tomada, ya que una de las principales diferencias que se ha logrado analizar en el transcurso de este trabajo investigativo ha sido que en la jurisdicción ordinaria, quien comete o causa algún daño o perjuicio a otra persona, estará obligado a indemnizar al afectado, a diferencia de la comunidad Wayuu, que por medio del diálogo da una mirada más humana a quien incurra en un error y no simplemente pagar y ya.

Buscando pues uno de los fines sociales del estado que no es otro que el reconocimiento de una democracia con un carácter participativo y pluralista y por consecuencia el reconocimiento de la multiculturalidad de la Nación, por lo que se debe garantizar el derecho a las comunidades indígenas de ejercer sus funciones como autoridades no solo legislativas dentro de su misma comunidad, sino también aquellas facultades que posee el poder judicial. No significa esto que, por el hecho de poseer aquella propia jurisdicción, ya estas minorías no puedan remitir a la jurisdicción ordinaria algunos de sus procesos llevados a cabo dentro de su comunidad, pues esto no significaría otra cosa sino el desconocimiento de estos pueblos indígenas como pueblos pertenecientes a Colombia.

Por lo general estas remisiones se darán cuando “la conducta altere el orden público o social o ya sea también por fuerza mayor en el caso de no poder hacerlo por algún motivo su fuero” (Guzman, 2009) o también, como se analizó en la pequeña entrevista a una de las integrantes de una comunidad indígena, cuando por medio del palabrero o los palabreros no se haya podido llegar a un acuerdo.

Una similitud muy importante que podemos resaltar es el hecho de que, según la Junta Mayor Autónoma de Palabrereros (2020):

“Ningún miembro de las comunidades indígenas tendrá doble penalización por conductas delictivas o culposas. El conocimiento y resolución de un asunto por el Sistema Normativo Indígena se entenderá como cosa juzgada. Las autoridades jurisdiccionales y las autoridades indígenas deben coordinar los mecanismos para hacer efectivo este principio” (p.16).

Puesto que en nuestro ordenamiento jurídico nos guiamos por la misma orden, ya que unos de los principales pilares de nuestro sistema, penalmente hablando, es el de precisamente la resocialización del individuo y no dejar que aquel que cometa una infracción pague dos veces por lo que ya fue castigado. Pero es importante tener en cuenta que, en la jurisdicción ordinaria, si bien no está permitido juzgar a una misma persona dos veces por un mismo delito, no se debe dejar de lado que una misma conducta o conflicto puede dar lugar a diferentes consecuencias (civiles, penales, disciplinarias) ya que no son excluyentes entre sí. Es decir, en algunas ocasiones el causar un daño conlleva no solo consecuencias penales o civiles sino también disciplinarias por quien se encontraba ejerciendo, por ejemplo, un cargo público.

Una disimilitud que se ha podido evidenciar a lo largo de esta investigación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, es la manera en la que son llevadas a cabo el cumplimiento de sus reglas: en Colombia es de conocimiento público la manera en la que se adelanta un proceso para un ciudadano que cometa una infracción,

ya sea de carácter civil o penal, como lo es por ejemplo contar con un abogado, presentar una demanda o una denuncia, asistir a centros de conciliación, etc. Ahora bien, cuando hablamos de la manera de pagar por una infracción cometida en las comunidades indígenas, podemos evidenciar que son, como ya se ha dicho anteriormente en el transcurso de este texto, muy diversas, es decir, al regirse cada comunidad por sus propias reglas, y al elegir estas lo que consideran como una falta o no, serán estas mismas comunidades las que les den el grado de importancia a cada falta cometida y por consiguiente su sanción. La Corte Constitucional en la sentencia T-523 (1997) señala que encuentra

Plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza (Corte Constitucional en la sentencia T-523 de 1997).

Una similitud que podemos abordar es la naturaleza de las sanciones en ambos sistemas jurídicos: para el sistema jurídico colombiano, en las teorías absolutistas, y como lo dice el abogado Juan Camilo Boada Acosta (2019) el fin de la sanción no es otra sino la de

retribuir el daño generado por la comisión de un delito, y para las comunidades indígenas, como lo señala Jumpa (2009), “las sanciones pueden ser definidas como la fuerza coercitiva de la comunidad que surge ante el incumplimiento de sus reglas básicas” (p. 98). Así pues, cabe también decir que, para las comunidades indígenas, es restaurar las cosas al estado anterior de la agresión o del daño que se le haya causado a la víctima.

De acuerdo con Regalado (s.f.) “la sanción intentará pues, restaurar esa convivencia alterada y buscará prevenir o mantener la situación de armonía de la comunidad. Dentro de esta perspectiva la sanción se puede componer de tres elementos básicos: la reparación del daño, la aplicación de una pena o castigo, la amenaza de una pena mayor” (p.102)

Dentro del sistema jurídico especial indígena existen un sin número de sanciones, al igual que muchos sistemas, y como se había aclarado con anterioridad, será cada comunidad la que determine el grado de importancia a las faltas cometidas por los integrantes de su comunidad, por lo cual es importante aclarar que no todas las sanciones aplicables a la justicia indígena serán aplicables a todas sus comunidades. Ahora, los tipos de sanciones más aplicables son: Regalado (s.f.) “las multas, la devolución de objetos robados, las indemnizaciones, ejercicios físicos, multas, el pago de daños a través de trabajo comunal, el baño con agua fría, el castigo con ortiga, el fuste o látigo, los pencazos, pérdida de derechos comunales” (p.105).

La utilización de algunas medidas que se podrían clasificar como un poco “drásticas”, no son más que el reflejo de una autonomía reflejada en cada comunidad que las utiliza. Por ejemplo, para algunas comunidades, como lo es para este caso la comunidad Páez, el

fuate es alguna de las sanciones a imponer por las faltas cometidas dentro de su comunidad (Corte Constitucional, 1997).

“El fuate consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el ceпо, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo [sic]. Es, pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía” (Corte Constitucional, 1997).

Otro medio de reparación reconocido por algunas comunidades indígenas es el del destierro, que, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, si es aplicable en la jurisdicción indígena, pero deberá entenderse a aquel destierro como únicamente aplicable a su resguardo, ya que las reglas de aquellos territorios indígenas no pueden sobrepasar las normas constitucionales; entonces, se entenderá como el destierro de su resguardo indígena, mas no del Estado Colombiano.

Según la doctrina penal colombiana hablamos de un derecho penal de autor y un derecho penal de acto:

“En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, En este orden de ideas no es relevante que aquel

cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas, En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo (Corte Constitucional, Sentencia C-077 de 2006).

Nuestro sistema jurídico, entonces, está basado más en un derecho penal de acto, que será el indicado para determinar la responsabilidad de una persona, pero ¿cómo se determina la responsabilidad según estas dos posiciones doctrinales en las comunidades indígenas? Este es el caso de la comunidad Quizgó, en la cual un juez indígena decide condenar a un miembro de su comunidad por homicidio debido a que este hombre había desencadenado una riña y en medio de esta pelea, la misma se fue tornando más grande acabando en un desenlace fatal para una persona quien fue asesinada por una persona totalmente diferente de quien inició la riña, pero para este juez indígena si el sujeto que inicio la riña no la hubiera iniciado, no se habría llegado al fatídico final. Para la jurisdicción ordinaria entonces hay un claro ejemplo de la violación al principio doctrinal del derecho penal de acto, ya que nuestra jurisdicción está basada en un “derecho penal objetivo y que prevé un derecho penal de acto y no de autor” (Triviño, 2004) y, por tanto, la podríamos llegar a analizar como una disimilitud entre la manera en la que se desarrolla el proceso en el sistema ordinario, y la manera en la que se toman las decisiones en el fuero indígena.

Ahora bien, nos surgiría entonces la duda de cómo saber aquellas reglas de interpretación que nos permitan ser aplicadas cuando se presenten diferencias o conflictos valorativos en la aplicación de ordenes jurídicos tan diversos como el nuestro, así pues, la Corte

Constitucional ha determinado unas reglas para su interpretación. Estas premisas, fueron establecidas en la Sentencia T-254 de 1994, con el fin de sopesar entre los derechos fundamentales y el derecho de autonomía de las comunidades indígenas en los casos que se requieran:

1. Las comunidades indígenas que tengan un mayor nivel de conservación de sus costumbres tendrán un mayor nivel de autonomía.
2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen una obligación para todos los particulares.
3. Las normas que constituyen el ordenamiento jurídico colombiano priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, aunque estos gocen de autonomía y tenga un sistema jurídico propio.
4. Los usos y costumbres de las comunidades indígenas priman sobre las normas legales dispositivas.

Otra pregunta que surge a lo largo de esta investigación es la de cómo puede una persona demostrar ser perteneciente a alguna comunidad indígena para poder ser juzgada allí. Y es importante responder a esta pregunta ya que es necesario poder demostrar que pertenecen a una comunidad indígena para poder exigir ser juzgado en su fuero. Pues bien, para la demostración de ser perteneciente a estas se debe estar inscrito “en el censo de la comunidad, un carné y la declaración del gobernador del cabildo” (Guzmán, 2008, p.32). Cuando no se logra demostrar la pertenencia a ninguna comunidad indígena,

entrará entonces a participar la jurisdicción ordinaria, ya que el sujeto no podría simplemente quedarse sin ser juzgado cuando haya cometido un delito.

Ahora bien, la pertenencia a un fuero indígena puede ser optativa, por lo que se renuncia a ella cuando se decide abandonar voluntariamente su resguardo indígena, y al momento de cometer un delito, aun siendo perteneciente a un fuero y cumpliendo con todos los requisitos necesarios, entrará a participar la justicia ordinaria, siempre y cuando el integrante haya cometido el daño por fuera de su resguardo, ya que de no haber sido así, será facultad única y exclusivamente de su fuero. Como ejemplo de lo dicho anteriormente tenemos el caso expuesto en el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 22 de febrero de 2006 (M. P: Fernando Coral Villota), rad. N.º 110010102000200600183, en el cual un hombre estaba siendo juzgado por homicidio por la justicia ordinaria, aun encontrándose este inscrito en el censo que lo ratificaba como perteneciente a una comunidad indígena, pero ¿qué pasaba con este hombre? Este hombre había abandonado voluntariamente su comunidad, es decir, ya no se encontraba dentro de su resguardo indígena, por lo que la jurisdicción indígena había perdido pues su competencia. Con este ejemplo nos daría paso a decir que en cuanto al conflicto de competencias se deberá tener en cuenta el lugar donde ocurrieron los hechos, es decir, si el delito o daño fue cometido fuera del resguardo indígena, será entonces competencia de la justicia ordinaria su conocimiento, lo que evidencia una gran disimilitud con la justicia ordinaria, ya que mientras la justicia ordinaria tiene aplicación sobre todo el territorio

nacional, la jurisdicción indígena solamente tendrá aplicación dentro de su misma comunidad o resguardo.

En este sentido, las comunidades indígenas en Colombia hacen parte fundamental de la historia, las raíces y la cultura que podemos apreciar hoy en día en el país, pues gracias a estas comunidades se encuentra conservada la naturaleza en los sitios que estos habitan, ya que promueven la protección del medio ambiente en un mundo que se ha sumergido cada vez más en las nuevas tecnologías. Estas comunidades no solo protegen los aspectos naturales que los rodean, de los territorios donde habitan, en Colombia, a lo ancho y largo del territorio existen muchas comunidades indígenas que salvaguardan los recursos naturales, usos y costumbres, pero también, el legado histórico de sus antepasados.

El artículo 246 de la Constitución Política de 1991, otorga a las comunidades indígenas el derecho a ser autónomos, por ello a partir de esto se crean las jurisdicciones indígenas, que no es más que la autoridad otorgada a los pueblos indígenas para hacer control social en sus territorios, de acuerdo con sus propios procedimientos, usos y costumbres.

Mediante la Ley 89 de 1890, se facultó a las comunidades indígenas para sancionar las conductas de los miembros de sus comunidades. En el artículo 5 de dicha Ley, se establecía que: “Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto”, no obstante, esta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-139 de 1996, por considerar esta iba en contravía de

los derechos que se le habían otorgado a las comunidades indígenas en la Constitución Política de 1991:

“La Corte no encuentra una justificación razonable para limitar la diversidad étnica impuestas por el artículo 5 de la Ley 89 de 1890, en relación con la autoridad competente y el contenido de la sanción, motivo por el cual declarará la inconstitucionalidad de dicha disposición” (Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996).

La Corte Constitucional ha establecido tres elementos de la jurisdicción especial indígena, que, según esta, se encuentran establecidos en el artículo 246 de la Carta Magna, estos son:

- La existencia de la guardia indígena, que es la autoridad encargada de ejercer control social en estas comunidades.
- La facultad de estas autoridades para establecer las normas y procedimientos que consideren de acuerdo con sus usos y costumbres.
- La sujeción de esta jurisdicción y de sus procedimientos y normas a la Constitución y demás normas del ordenamiento jurídico colombiano.

Asimismo, la Corte ha establecido que los dos primeros elementos componen el núcleo de la autonomía otorgada a las comunidades indígenas, el cual, de acuerdo con las facultades otorgadas no solo es jurisdiccional, si no también legislativo, debido al precepto de ‘creación de normas y procedimientos’; el otro elemento compone la integración de la jurisdicción especial con el ordenamiento jurídico colombiano.

Conclusiones

En cuanto a la jurisdicción especial indígena y el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional, ha establecido que en cuanto a las normas y procedimientos que adopten las comunidades indígenas en virtud del precepto de autonomía, facultad otorgada por el artículo 246 de la Constitución Política de 1991, se debe respetar el principio de diversidad étnica y cultural y simultáneamente, armonizar las disposiciones de esta jurisdicción especial y las de la Carta Magna.

Cabe resaltar que la jurisdicción especial no solo se limita a los hechos en lo que miembros de las comunidades indígenas lleven a cabo conductas que afectan la armonía y la convivencia de estas, si no que aplica en otros asuntos, como, por ejemplo: asuntos medioambientales, de salud, etc. Lo que precisa que estas facultades otorgadas a las comunidades indígenas, es bastante amplia, al abarcar diferentes ámbitos de su vida cotidiana y sus territorios.

Los límites de la jurisdicción especial, de acuerdo con el artículo 246 de la C.P., están orientados así: a) Los procedimientos y normas, se establecen de acuerdo con sus usos y costumbres. b) Estas normas y procedimientos no deben ser contrarios a las normas y procedimientos señalados en el ordenamiento jurídico colombiano. Es decir, que los límites de esta facultad están determinados por los preceptos constitucionales y demás normas que conforman el ordenamiento jurídico del país. En relación con este aspecto, la Corte Constitucional ha reiterado que los derechos fundamentales al debido proceso, la vida e integridad personal, son derechos superiores, por lo tanto, se

constituyen en límites al ejercicio de esta justicia especial.

El ordenamiento jurídico ordinario tiende a buscar que los individuos, en su entorno significativo, que se basan en un modelo integrador, de importancia de la convivencia y establece la importancia de estos en la salud y el bienestar de la comunidad. El individuo, por tanto, se ve inmiscuido en un ecosistema finito, que está a su vez constituido por factores físicos, biológicos, sociales, económicos, políticos y ambientales que interactúan permanentemente y juegan un papel decisivo en la dinámica ecosistémica de la vida humana.

Debe decirse que los seres humanos son completamente dependientes de los ecosistemas y sus servicios, por lo que la intervención humana para reducir su vulnerabilidad y aumentar la resiliencia a los efectos de la cultura y el bienestar de las comunidades debe ser un pilar de la política de adaptación. Por este motivo, la intervención humana para la adaptación de los ecosistemas en la gobernabilidad facilita su comprensión y traducción en concreto acciones de diferentes actores con diferentes habilidades técnicas. Sin embargo, una de las limitaciones comunes de esta estrategia es que estas acciones son consideradas una preocupación por el bienestar comunitario, sin permear la planificación del desarrollo en general, en el desempeño de todas las entidades estatales y en la regulación y desempeño de los actores de la jurisdicción especial indígena.

El daño para las comunidades indígenas va más allá del simple hecho de haber cometido algún daño, aunque el daño es importante determinarlo para poder resolver la situación,

en las comunidades indígenas ven más allá de los directamente afectados y llegan al trasfondo de la situación, o de como esa situación afecta la armonía y la paz a la que la gran mayoría de las comunidades indígenas están acostumbradas, por lo tanto, el daño para las comunidades indígenas es esa irrupción de la tranquilidad y la paz característica de sus resguardos.

Tras este análisis acerca del daño y la reparación en la jurisdicción indígena, se nos deja ver con claridad el alcance de la palabra, o más bien la importancia que las comunidades indígenas le entregan a esta, es decir, a lo largo de este análisis investigativo se pudo evidenciar que para algunas culturas indígenas es más importante dialogar acerca de un conflicto para lograr recuperar la paz y la armonía en la comunidad, ya que para estas comunidades lo esencial es recuperar esa paz y esa armonía dentro de la comunidad, que el hecho de responder por un daño causado a otro. No significa pues esto que no importe la persona a quien se le causo el daño, sino más bien como el daño puede afectar la convivencia en sus resguardos a futuro.

Las comunidades indígenas tienen una jurisdicción especial en virtud de su autonomía, sus costumbres y sus creencias, que son enormemente diferentes a las del ordenamiento jurídico ordinario, sin embargo, ante algunas actuaciones por parte de las comunidades indígenas, como lo fue el caso expuesto por la comunidad Quizgó, se pudo evidenciar una dicotomía entre lo que para el sistema jurídico ordinario sería un choque de doctrinas en las que para la cultura indígena prima uno, el derecho penal de acto, y para el sistema jurídico ordinario prima el otro, el sistema penal de autor, dejamos ver

entonces, que aunque existan unas normas propias de una jurisdicción especial, no significa que ya quienes pertenecen a estas comunidades serán olvidados por el sistema jurídico ordinario, al contrario el sistema jurídico ordinario siempre estará ahí en pos de salvaguardar los derechos de cada individuo, sea perteneciente o no, a un fuero especial como lo es para este caso el fuero especial indígena.

Ambos sistemas jurídicos buscan, por medio de la sanción, esa retribución que de una u otra manera devuelva la armonía, en otras palabras, devolver todo al estado en el que se encontraba antes de que el daño fuera cometido. Esta situación es muy común en nuestra vida diaria, ya que siempre que se nos causa un daño buscamos la manera en la que la otra persona responda por el daño que cometió, ya sea retribuyendo el bien u objeto dañado o buscando que este se humanice con lo sucedido y pida disculpas, etc. El punto es que en ambas jurisdicciones se busca que quien cometió un daño, de una u otra manera, se responsabilice de sus acciones y busque resarcir el daño causado.

Ahora bien, la integración de la reparación civil en el ordenamiento jurídico ordinario y la jurisdicción indígena es en realidad más amplia que la promoción de acciones de conservación o restauración en las políticas y leyes correspondientes. Se trata de alinear los procesos económicos, productivos y sociales con la justicia ordinaria y desarrollarlos dentro de la capacidad de carga de los modelos indígenas, teniendo en cuenta las presiones adicionales del cambio social y cultural que sufren las comunidades. En este sentido, por ello se entiende por política de adaptación a todos aquellos que explícitamente se refieren a la adaptación y la pobreza, por ejemplo, Contribución

Determinada a Nivel Nacional (NDC), políticas, planes y estrategias de gobernalidad. En resumen, las primeras acciones concretas que pudimos evidenciar, por un lado, buscan la inclusión de medidas de conservación y restauración en el marco de las políticas y las leyes, y por otro lado, buscan la integración de evaluaciones de vulnerabilidad y mecanismos de flexibilidad en políticas y leyes ambientales, sociales y económicas (Yazykova y Bruch, 2018).

Referencias

- Aktoug, O. (2001). La metodología de las ciencias sociales y el enfoque cualitativo en las organizaciones (3ra edición). Cali: Universidad del Valle.
- Arias, J. (2013). Awá Kuakier, gente de la montaña. Bogotá: Ministerio de Cultura.
- Arias, J. (2018). Awá Kuakier, gente de la montaña. Bogotá: Ministerio de Cultura.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional 3.
- Awá, U. I. (2008). Plan de ordenamiento cultural y ambiental del territorio indígena Awa. Pasto: Corponariño y Critical Ecosystem, Conservation International .
- Baldassarre. Antonio (2001) Los Derechos Sociales, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Baron, C. A. (12 de noviembre de 1992). Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-587-92.htm#:~:text=%22%20La%20integridad%20f%C3%ADsica%20y%20mental,la%20violaci%C3%B3n%20de%20este%20derecho%22>.
- Berraondo, M. (2006). Instituto de Derechos Humanos. Obtenido de pueblos indigenas y derechos humanos vol.14: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://corteidh.or.cr/tablas/24006.pdf
- Boada, J.C (2019) La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano.

- Botero, E. (2007). Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Botero, E. (2017). Mucho derecho y poca antropología: El impacto negativo en sociedades étnicas del derecho globalizado. Retos del constitucionalismo pluralista, 1(27).
- Comentarios a la sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Burgos Guzmán Filipo Ernesto (2008) Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver
- Caballero, A. M. (09 de julio de 1992). Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1994). Curso de Derecho internacional público. Madrid: Tecnos. 84-309-2064-1.
- Camacho, R. (2002). Estado y pueblos indígenas en el siglo XIX. La política indigenista entre 1886 y 1991. Revista Credencial de Historia, 12-35.
- Crawford, James (2004). Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios. Madrid: Dykinson, SL. 84-9772-529-8.
- CSJ. (2015). Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006. Bogotá: Imprenta Nacional.

de Bringas, A. (2018). Autonomías indígenas en América Latina. Una mirada comparada a partir de las dificultades para la construcción de un Derecho intercultural. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, (28), 101-138.

Díez-Picazo y Antonio Gullón: Sistema de derecho civil. vol. II, Tecnos, 1989. ISBN 84-309-0813-7 (obra completa), p. 591.

Díaz, C. G. (15 de octubre de 1997). Corte Constitucional. Obtenido de principio de diversidad étnica y cultural: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>

Díaz, C. G. (15 de octubre de 1997). Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>

Díaz, C. G. (15 de octubre de 1997). Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>

Dlestikova, T. (2020). Encuentros entre las justicia indígena y restaurativa en Colombia. *Novum Jus*, 14(1), 15-40.

Fajardo, R. (2014). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El otro Derecho*, ISLA, Bogotá, (30), 171-193.

Figuera, S., & Ariza, A. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Estudios Sociales*, (53), 65-76.

Galindo, J. G. (1 de abril de 1997). Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-166-97.htm>

García Belaunde, Domingo y Palomino Manchego, José Félix (2013): El control de convencionalidad en el Perú, en: AA.VV. Controle de Convencionalida de. Um panorama latinoamericano. Luiz Guilherme Marinoni y Valerio de Olivera Mazzuoli (coords.). (Brasilia: Gazeta Jurídica Editora)

García Herrera Miguel Ángel. (1996) Poder Judicial y Estado social, en *Corrupción y Estado de derecho*, Madrid, Trotta, p. 69 Disponible en: <http://www.uniderecho.com/por-que-colombia-es-un-estado-social-de-derecho.html>

Garrido, C. M., & Quecedo Lecanda, M. R. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de psicodidáctica*, No. 14, 5-40.

Gaviria, Enrique (2005). *Derecho Internacional Público* (Sexta edición). Bogotá: Editorial Temis S.A. ISBN 958-35-0531-5. Recurso Digital

Gómez, G. (2004). Problemas de la División de la Investigación en Función de los Métodos Utilizados: Inductivos/ Deductivos. *Razón y palabra*, No. 41, <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n41/ggomez.html>.

Guzman, C. D. (2009). Justicia Transicional. Obtenido de *Reparrar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusion*: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25595.pdf

Jiménez, E. (2009). Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos. *Nuevo foro penal*, 73(11).

- Konrad-Adenauer-Stiftung. (2008). *Economía Social de Mercado y Estado Social de Derecho*. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung Oficina Colombia.
- Kunz, A., & Cardinaux, N. (2017). *Investigar en Derecho: para estudiantes y tesisistas*. Buenos Aires: UBA.
- Latorre, E. (2021). ¿ El derecho postergado? Aproximación al proceso de reparación colectiva en el pueblo Ette Ennaka. *Saber, Ciencia y Libertad*, 13(1), 44-61.
- López, S. (2017). Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(1), 133-189.
- Ministerio de Cultura. (2010). *Caracterización del Pueblo Awá*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Mohl, Robert von. (1832) *Die deutsche Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen, H. Laupp, pag 34.
- Morato, N. (2016). La resistencia y la sobrevivencia de la justicia indígena en Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 14(17), 347-375.
- Muñoz, E. C. (30 de noviembre de 1995). Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm#:~:text=C%2D566%2D95%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20Estado%20social%20de%20derecho,y%20la%20adecuada%20integraci%C3%B3n%20social>.

- Olano García Hernán Alejandro (2016) Teoría del control de convencionalidad
Universidad de La Sabana, Colombia. Estudios constitucionales vol.14 no.1
Santiago Versión On-line ISSN 0718-5200
- Ortega Giménez, Alfonso (diciembre de 2007). El Derecho Internacional Privado como
sistema jurídico. Noticias Jurídicas.
- Ortiz, Loretta (1993). Derecho Internacional Público (Segunda edición). México, D. F.:
HARLA, S.A. de C.V. ISBN 968-6356 72-X.
- Osborn, A. (1991). Estudios sobre los indígenas Kwaiker de Nariño. Bogotá: ICBF.
- Osorio, C. (2017). Autonomía Indígena y democracia en Colombia. El Ágora USB,
17(1), 105-127.
- Osorio, C. (2017). Autonomía Indígena y democracia en Colombia. El Ágora USB,
17(1), 105-127.
- Palabrerros, J. M. (24 de julio de 2020). Wayuu, Pueblo. Obtenido de Junta Mayor
Autonoma de Palabrerros: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/fortalecimiento-etnico/Documents/banco-2019/18.%20MODELO%20DE%20ATENCI%C3%93N%20INTERJURISDICCIONAL.pdf>
- Payne, J. Mark; Alonso, Pablo (2007). República del Perú: Evaluación de la
governabilidad democrática. Madrid: Universidad Complutense, Instituto
Complutense de Estudios Internacionales. p. 66.

Peña Jumpa Antonio (2009) multiculturalidad y constitución

Philipp Reclam Jun. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949, Stuttgart, 1953.

Restrepo Piedrahita Carlos (1996) Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Regalado, J. A. (s.f.). Biblioteca Juridica Virtual Del Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM. Obtenido de de las sanciones y las penas en la jurisdiccion indigena.

Rodríguez Mackay Miguel Ángel El principio de solución pacífica de controversias como norma de jus cogens del derecho internacional y los medios de resolución de controversias Internacionales. Decano de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Tecnológica del Perú – UTP

Ross, R. (1987). Exploring Indian Reallity. Ohio: Kenora.

Saavedra Becerra, R. (2018). De la responsabilidad patrimonial del Estado. Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Sanchez, A. S. (septiembre de 2020). Cultural Survival Quarterly Magazine. Obtenido de <https://www.culturalsurvival.org/es/publications/cultural-survival-quarterly/asamblea-de-los-pueblos-indigenas-por-la-soberania>

Sanchez, C. E. (junio de 2021). Estudios Socio-Juridicos. Obtenido de El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en

- Colombia. El debate de la coordinación:
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792008000100012
- Santamaría, R. (2010). El derecho profano: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Schwank, J. (2005). La costumbre jurídica de los pueblos mayas. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (41), 19-47.
- Semper, F. (2018). Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Editorial Temis.
- Solarte, B. (2014). El grupo indígena Awa-cuaiquer. Bogotá: Instituto colombiano de cultura hispánica.
- Stavenhagen, R. (2010). Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina. México.
- Triviño, J. C. (27 de agosto de 2004). Corte Constitucional. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-811-04.htm>
- Villar borda Luis (2007) Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* N° 20, Disponible en: <file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-EstadoDeDerechoYEstadoSocialDeDerecho-3400539.pdf>
- Villegas, M. (2014). Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal:¿ Subsiste el Az Mapu? *Política criminal*, 9(17), 213-247.

ANEXOS

- 1. Autorización de entrevista**
- 2. Formato de entrevista**