

## EL FUERO Y LA JURISDICCIÓN PENAL ESPECIAL INDÍGENAS EN COLOMBIA

**HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO**

*A mi padre, este homenaje por haberme enseñado que los hombres que valen son los que no tienen precio y por su ejemplo de una vida al servicio de la causa de los derechos humanos.*

**SUMARIO: I.** La organización y la movilización de comunidades en términos de identidad étnica en Colombia. 1. El debate teórico sobre la identidad indígena. 2. Factores explicativos del salto cualitativo de las movilizaciones en términos de identidad indigenista. **II.** El conflicto político armado y su repercusión en la vigencia material de los derechos de los pueblos indígenas. **III.** El fuero y la jurisdicción indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 1. Elementos y requisitos para el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción indígena. 2. Observaciones críticas a las tesis de la Corte Constitucional. **IV.** Los límites materiales de la jurisdicción penal indígena. 1. Normas jurídicas que regulan el conflicto. 2. Referentes teóricos que han guiado la solución. 3. Conflictos concretos entre los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas con los derechos humanos. 4. Análisis de los límites materiales impuestos por la Corte Constitucional a la jurisdicción indígena. **V.** Conclusiones.

Este ensayo tiene como propósito describir y analizar las vicisitudes por las que han atravesado el fuero y la jurisdicción especial indígenas, particularmente, a

partir de su reconocimiento por la Constitución colombiana de 1991. Para cumplir este cometido, comenzamos con las razones que explican el protagonismo político ejercido por comunidades en términos de identidad étnica y su correlación con la emergencia en los sistemas jurídicos internacionales y estatales de nuevos derechos, entre los cuales tienen un lugar destacado el fuero y la jurisdicción especial indígenas (parte I). Dado que, en el caso colombiano, dicho protagonismo tiene como escenario un prolongado conflicto político armado, tratamos de dar elementos para comprender las repercusiones que este tiene en la actualidad para la vigencia real de los derechos de las comunidades que reclaman una identidad indígena, en especial de aquellos que tienen una relación directa con la autonomía jurisdiccional de dichas comunidades (parte II). Posteriormente, hacemos una lectura transversal de los fallos más importantes de la Corte Constitucional colombiana sobre el fuero y la jurisdicción especial indígenas, por ser esta corporación el escenario institucional previsto por la Constitución de 1991 para decidir, con fuerza de cosa juzgada, los conflictos entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico estatal (parte III). Continuamos con el análisis de la jurisprudencia de la corporación citada en relación con el conflicto entre los sistemas penales indígenas y los derechos humanos, por ser estos el límite constitucional impuesto al contenido de aquellos (parte IV). Y, finalmente, planteamos las conclusiones de este análisis (parte V).

El énfasis en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana se justifica porque, en ellas, se describen los sistemas jurídicos indígenas más importantes de nuestra realidad sociopolítica y constituyen un valioso intento por resolver los problemas que, muy seguramente, están igualmente presentes en otros países latinoamericanos. De esta forma, el presente estudio puede servir de referente a operadores jurídicos, académicos e investigadores que tienen entre sus preocupaciones la cuestión indígena en América Latina.

## **I. LA ORGANIZACIÓN Y LA MOVILIZACIÓN DE COMUNIDADES EN TÉRMINOS DE IDENTIDAD ÉTNICA EN COLOMBIA**

Iniciamos este acápite con una breve aproximación a la discusión teórica sobre la identidad indígena (sibttítulo 1.) para, luego, tratar de conocer las razones que explican el protagonismo político de colectivos sociales en términos de dicha identidad.

### **1. El debate teórico sobre la identidad indígena**

Hay consenso entre los investigadores en afirmar que, no obstante que la región latinoamericana registra los niveles más altos de discriminación de la población

indígena, correlativamente, entre 1950 y 1995, se dan los más bajos índices de rebelión y movilización. Asimismo, en el último cuarto del siglo xx y comienzos del presente, el continente en su conjunto registra la irrupción de relevantes movilizaciones indígenas, con gran repercusión por su intensidad en los ámbitos nacionales e internacionales. Ello motiva a interrogarse por las razones que pueden explicar la multiplicación e intensidad de dichas movilizaciones, los términos de sus demandas y por qué se hacen asumiendo o poniendo de presente una identidad colectiva en términos étnicos.

Para explicar este interrogante, son dos los enfoques que, en términos dicotómicos, tratan de hallar la respuesta. El primero se define como «esencialista» y afirma que la condición indígena es una realidad étnica objetiva que se ha venido cristalizando con el devenir histórico y ha resistido los embates de la colonización española y de los Estados-nación liberales que se consolidaron en América Latina en los siglos xix y xx. Para este enfoque, «la politización de las identidades étnicas indígenas» es concreción de un largo proceso histórico, el cual ha logrado madurar con el transcurso del tiempo. El otro enfoque, el «constructivista», asume que la identidad indígena o la etnitización de colectivos es una construcción social en el marco de relaciones de poder, definida socialmente y, por tanto, sujeta a cambios y transformaciones. En otras palabras, es el «[...] resultado contingente, interna y externamente contestable, uno entre los varios posibles, de la movilización política y sus estrategias organizativas y discursivas. Producto de un trabajo de filtración, selección e innovación a partir de la heterogénea materia prima étnica disponible en cada caso (cultura, lengua, tradiciones, mitos, símbolos, memorias), por parte de los intelectuales, líderes y organizaciones indigenistas».<sup>1</sup> En conclusión, la identidad indígena es construida como producto de la organización y movilización.

Este último enfoque es hegemónico en los discursos contemporáneos de las ciencias sociales. Conforme a este, la identidad indígena, como cualquier otra identidad política, ostenta las siguientes condiciones:<sup>2</sup> i) más que un hecho objetivo dado, objeto de descubrimiento o reconocimiento, constituye un proceso, esto es, un fenómeno dinámico y contingente, producto de la interacción entre actores y estructuras que, obviamente, ostentan un anclaje social que limita las identificaciones posibles; ii) dado que las identidades son, en principio, múltiples, la indígena concurre con otras posibles, y logra preeminencia o hegemonía o excluye a las otras gracias a un complejo trabajo político de líderes, organizaciones y discursos; iii) como toda identidad política, tiene un componente de estrategia

---

1 Maiz 2004: 131.

2 Maiz 2004: 131-132. Cf. también Castillo/Carou 2002: 56-57.

y elección por parte de los individuos que guarda correlación con la estructura de incentivos y con la percepción de la identificación que adopten los restantes miembros del grupo;<sup>3</sup> iv) finalmente, una vez fijada, tiende a perpetuarse en el tiempo, con cambios lentos, gracias a que posee inercia propia.

La incorporación marginal y precaria al proyecto nacional de quienes hoy reclaman una identidad colectiva en términos étnicos ostenta rasgos comunes en América Latina, y Colombia no guarda diferencias ostensibles. Esta se ha dado mediante una «institucionalización corporativista del Estado», autoritario o liberal, por medio de sindicatos, organizaciones campesinas, cooperativas, confederaciones nacionales, reformas agrarias, gamonalismo, caciquismo o caudillismo. En estos escenarios, el indígena ha sido identificado bien como «ciudadano» o bien como campesino y, en ambos casos, la característica común ha sido que se ha diluido la dimensión étnica cultural de las comunidades, lo que de contera ha conllevado a su invisibilidad.

La construcción identitaria desde el Estado de los indios como campesinos colonizará, incluso, los discursos, las prácticas y las políticas de la izquierda latinoamericana, la cual verá en ellos a campesinos, integrantes de los explotados y ellos a potenciales protagonistas de la revolución.<sup>4</sup> En conclusión, la identidad, en términos étnicos, al igual que las nacionales, es una construcción histórica y política, la cual germina, se mantiene, se reproduce o cambia según las transformaciones que se producen en el contexto estatal o internacional en el que se inserta.

Es importante anotar que, en las zonas de presencia india, compiten dos procesos alternativos de identificación, los cuales proveen de un diferente principio de articulación y hegemonía a un conjunto de elementos, diferenciados en unos casos pero igualmente comunes. Ambos constituyen dos alternativas de identidad para las poblaciones o comunidades, así como también dos posibilidades igual-

---

3 Luis Carlos Castillo y Heriberto Carou expresan que: «En el mantenimiento de las identidades de acuerdo con las circunstancias, juega un papel fundamental el uso estratégico de la identidad. Este se expresa en el esfuerzo consciente de líderes, individuos y comunidades étnicas en pro de la movilización de signos étnicos para acceder a recursos escasos, tanto materiales como no materiales, que les han sido históricamente negados por un Estado-nación que ha buscado históricamente homogeneizar la identidad nacional pese a lo irreductible de las diferencias culturales. Varios países de América Latina están siendo testigos del uso estratégico y la reinención de la identidad étnica por parte de los pueblos indígenas» (2002: 57).

4 Tal es el caso del *Che* Guevara en Chile, quien trató a los quechuas y aymaras de Bolivia como campesinos, una clase explotada integrable a su proyecto revolucionario (Cf. Bengoa 2000: 251). Igual aconteció con los sandinistas en Nicaragua, quienes fueron reticentes a reconocerle al pueblo miskito su autonomía política, circunstancia que generó amplias dificultades para integrarlos a su proyecto nacional y que favoreció su instrumentalización como actores contrarrevolucionarios (Cf. Gould 1998).

mente verosímiles de autocomprensión de sus intereses económicos, políticos, culturales, etcétera.<sup>5</sup>

<b>Campesino</b>	<b>Elementos comunes</b>	<b>Indígena</b>
Mestizo	Pobre	Indio
Clase	Marginado	Etnia
Lengua española	Explotación	Lengua nativa
Derecho	Violencia	Costumbre
Tierra	Opresión	Territorio
Historia	Trabajo	Mito
Explotación natural	Comunidad	Armonía natural
Estado nacional		Estado pluricultural
Centralismo		Autogobierno
Clientelismo		Movilización
Derechos individuales		Derechos colectivos

## **2. Factores explicativos del salto cualitativo de las movilizaciones en términos de identidad indigenista**

Ramón Maiz clasifica en tres los factores o incentivos que contribuyen a explicar el salto cualitativo de las movilizaciones en términos de identidad indigenista o neoindigenista en el último cuarto de siglo en América Latina: una favorable oportunidad política, tanto nacional como internacional (a); una exitosa organización política a partir de redes organizativas previas y un eficiente repertorio de protesta (b); y un discurso político identitario englobador de los problemas indígenas, el cual delimita a sus protagonistas y sus antagonistas (c).<sup>6</sup> Procedemos a ocuparnos de cada uno de ellos procurando discernir su validez para el caso colombiano.

### **a. Estructura de oportunidades políticas**

En los estudios sociales latinoamericanos, hay consenso en que la existencia de una diferencia étnico-cultural indígena, así como la presencia de la marginación, la explotación y la violencia ejercidas sobre bases étnicas, no conduce, necesariamente, al surgimiento del conflicto y la movilización en términos etnicistas. Además de lo anterior, se requiere la concurrencia de factores exógenos que generen

5 Cuadro tomado parcialmente de Maiz 2004: 137.

6 Maiz 2004: 141.

inestabilidad en el equilibrio identitario tradicional (campesino) y la presencia de una «favorable estructura de oportunidad política». Entre los factores más relevantes que integran esta oportunidad, con capacidad de abrir espacios y motivar la acción colectiva sobre bases étnicas, cabe señalar los siguientes: una democratización de los sistemas políticos, las políticas de regulación étnica y el apoyo internacional.

Respecto de la apertura democrática de los sistemas políticos, aunque hay consenso en el sentido de que tiene capacidad para favorecer la movilización política, lo cierto es que, por sí sola, no explica que se produzca en términos étnicos. En América Latina, a la «oleada democratizadora» se le atribuye un papel relevante en la etnificación de la política por dos razones: la primera, el descenso de la represión permitió una mayor capacidad de expresión, organización, propaganda y proselitismo en zonas rurales para empresarios políticos y líderes indígenas; la segunda, relacionada con la descentralización, especialmente en el ámbito municipal, que generó nuevos escenarios políticos de competencia local en el que los líderes indigenistas se desenvuelven con ventaja relativa.

Otra hipótesis estaría representada por las políticas de corte neoliberal de los últimos treinta años, que afectaron los mecanismos de integración social de corte corporativista, como también los modelos de políticas campesinas y reforma agraria. En otras palabras, la movilización en términos indigenistas estuvo favorecida por la frustración de las comunidades campesinas con respecto al proyecto de reforma agraria de corte desarrollista y el desmantelamiento de las instituciones o formas organizativas de corte agrario tradicionales, a lo cual es posible sumarle la amenaza de la propiedad colectiva tanto por los procesos de colonización como por la presencia del capital nacional y multinacional en la explotación de los bosques, en la minería, en la exploración y explotación petrolera, y en el desarrollo de megaproyectos.

Para el caso colombiano, con la expedición de la Constitución de 1991, supuestamente, se da comienzo a nuestra «apertura democrática», pero, antes de este momento, ya estaban organizadas la mayoría de las comunidades identificadas hoy como pueblos indígenas, muchas de las cuales habían logrado el reconocimiento de sus territorios en la forma de resguardos y gozaban de fundamento normativo para su tutela.<sup>7</sup> Asimismo, las organizaciones intermedias de mayor importancia —por ejemplo, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC)— ya estaban consolidadas y las confederaciones de carácter nacional que representaban la mayoría de los pueblos o comunidades que se reclamaban con identidad

---

7 Cf. Sánchez/Arango 1997: 19.

étnica —por ejemplo, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)<sup>8</sup> y la Autoridades Indígenas de Colombia (AICO)— tenían tal fuerza y reconocimiento dentro de las mismas comunidades que se hizo posible que tuvieran representantes en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

De otro lado, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), que congrega en 1971 a los resguardos del Departamento del Cauca, donde se concentra la mayor cantidad de población india del país, lo hace con una plataforma que reclama la autonomía de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC) cuando estaba próxima su escisión entre sus líneas Sincelejo y Armenia.<sup>9</sup> Además, se consolidó en un escenario caracterizado por la violencia, al punto que, para el año 1978, treinta de sus miembros habían sido asesinados y, a mediados de 1980, ya registraba más de un centenar de muertos entre miembros del comité ejecutivo, gobernadores de cabildos y líderes de primera línea.<sup>10</sup>

Las anteriores indicaciones permiten postular que la apertura política no fue determinante de la organización indígena en Colombia, que esta se consolidó en condiciones de extrema represión y que, no obstante la adversidad de estas, ello no fue óbice para que los pueblos indígenas materializaran uno de sus más caros derechos: sus territorios.

El segundo factor de la estructura de la oportunidad política está representado por las políticas de regulación étnica y el correlativo reconocimiento institucional de las comunidades indígenas. Uno de esos momentos, en el caso colombiano, lo representa la Constitución de 1991,<sup>11</sup> que entre otras cosas, vino a reconocerle a las comunidades indígenas plurales derechos por medio de las siguientes estipulaciones: la diversidad étnica y cultural de la sociedad, con la correlativa obligación del Estado a su reconocimiento y protección (Constitución Política, artículo 7); la cooficialidad de las lenguas y dialectos indígenas y la impartición de la enseñanza bilingüe en las comunidades con tradición lingüística propia (Código

---

8 La ONIC fue creada en 1982. A su acto de fundación, asistieron 200 delegaciones con representaciones indígenas provenientes de Brasil, México, Perú, Guatemala, Ecuador, Costa Rica y Panamá.

9 Varios puntos de la plataforma de lucha del CRIC, al igual que la ANUC, giraban alrededor de la tierra, pero, en este caso, se reclamaba el reconocimiento de su titularidad colectiva en forma de resguardo. Al lado, entonces, de la recuperación de la tierra de los resguardos y la ampliación de estos, y el no pago del terraje, postularon demandas específicamente de corte étnico como el fortalecimiento de los cabildos indígenas, la defensa de la lengua y las costumbres indígenas, y la educación bilingüe (cf. Consejo Regional Indígena del Cauca 1981).

10 Gros 1991: 196.

11 Es importante registrar que el reconocimiento constitucional de las culturas y comunidades indígenas es un fenómeno propio del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo. Tal es el caso de Guatemala (1985 y 1998), Nicaragua (1987), Brasil (1988), México (1992-1994 y 1995), Perú (1993), Ecuador (1998) y Venezuela (2000). Cf. Maiz 2004: 148.

Penal, artículo 10); el derecho al territorio, con el reconocimiento del carácter colectivo de los títulos de propiedad y la condición inalienable, imprescriptible e inembargable de los resguardos indígenas (Código Penal, artículos 63, 286, 287, 329 y 330); el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los grupos étnicos (Código Penal, artículo 68-5); el reconocimiento estatal a la igualdad de todas las culturas que conviven en el territorio nacional, en tanto estas son fundamento principal de la nacionalidad (Código Penal, artículo 70-2); y el derecho a una jurisdicción especial propia y al fuero indígena dentro de su ámbito territorial con fundamento en sus propias normas y procedimientos, «siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República» (Código Penal, artículos 246),<sup>12</sup> asunto desarrollado posteriormente por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.<sup>13</sup>

La Constitución de 1991 obliga, entonces, a recontextualizar las relaciones del Estado con las comunidades indígenas al romper con la lógica monocultural del Estado-nación hegemónica durante el siglo XIX y la mayor parte del XX, y al crear una base jurídica y política que legitima la autonomía, el autogobierno territorial y la organización, la movilización y las demandas de las comunidades en términos étnicos.<sup>14</sup> La pregunta subsiguiente es si el reconocimiento constitucional de tal cúmulo de derechos y las demandas subsiguientes de las comunidades indígenas por su vigencia real y plena ha encontrado un eco institucional y social que favorezca la integración y la convivencia, o si, por el contrario, ha agudizado el conflicto con actores con visiones e intereses divergentes que se han expresado en formas graves de violencia y opresión. A este interrogante, procuramos darle

---

12 En este sentido es interpretado por Boaventura De Sousa Santos, quien dice: «Los derechos étnicos deben ser construidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las colectividades, antes de que se puedan proteger como derechos humanos a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades [...]» (Citado por Jimeno Santoyo 1998: 181).

13 El artículo 11 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, consagra que «La rama judicial del poder público está constituida por: “[...] 3) [...] e) [...] la jurisdicción de las comunidades indígenas [...] 1º Autoridades de los territorios indígenas [...]”» y el inciso 5 del artículo 12 prescribe que «[...] las autoridades de los territorios indígenas previstos en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales dentro del ámbito de su territorio conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la constitución y a la ley».

14 Por estas razones, algunos la califican de un nuevo «pacto social». Cf., en este sentido, Julio Andrés Sampedro Arrubla (1997), quien afirma: «Con la expedición en 1991 de una Constitución política se inició una nueva era para los derechos de los grupos étnicos del país. Se reconoció a las comunidades indígenas el derecho a la existencia como comunidades distintas dentro de la unidad nacional, su derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social». En igual sentido, señala la Corte Constitucional, en la sentencia T-380 de 1993: «El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferente a los de la cultura occidental».

respuesta en acápites posteriores, al menos respecto de los derechos que son objeto central del análisis en este ensayo.

Por último, el apoyo internacional ha sido otro elemento positivo de oportunidad política que ha facilitado el deslizamiento de la identidad campesina hacia la activación de identidades colectivas indígenas. Dentro de esta dimensión, es posible dar cuenta de diversos cambios que ocurrieron en el escenario internacional, como el de las mentalidades e ideologías y la reorientación de actores e instituciones internacionales, los cuales han representado una presión para los Estados monoétnicos nacionales de América Latina, lo cual incluye, obviamente, a Colombia.

Con respecto a lo primero, es preciso anotar que el enfoque marxista ortodoxo, el cual consideraba a los indígenas como parte de las clases rurales explotadas y, por lo tanto, integrables a la alianza de los oprimidos para confrontar la clase dominante y transformar las condiciones estructurales de explotación, no daba abrigo a demandas en términos de derechos étnicos y culturales. Con la crisis del comunismo, que condujo a una «crisis de la política en términos clasistas», se realiza un desplazamiento parcial de la articulación ideológica, organización y movilización en términos de clase a una perspectiva de cultura, circunstancia propiciatoria para la reformulación de nuevas identidades colectivas, en especial las étnicas.

[...] el «nuevo» lugar que ocupan los indígenas en Colombia [...] ha implicado un proceso de construcción y reinención de las identidades étnicas, en el contexto de un giro de una política basada en la identidad de clase a otra sustentada en la identidad cultural. La instrumentalización de la diferencia, basada en la identidad étnica, ha mostrado una gran capacidad estratégica y «preformativa». Su resultado más palpable es el cambio del Estado unitario. Se producen también cambios en la territorialidad de estos Estados: la autonomía territorial de los sujetos políticos étnicos o al menos la demarcación de sus tierras, sobre las que se le conocen ciertos derechos, quiebra el modelo de territorialidad «plana» propia de los Estados-nación de la época moderna.<sup>15</sup>

El segundo elemento, la producción de diversas normatividades en el escenario de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), todas ellas encausadas a comprometer a los países con el respeto de los derechos de los pueblos indígenas existentes al interior de los Estados-nación, generó un clima internacional favorable a tales comunidades y constituyó un instrumento normativo que reforzó las demandas internas de sus líderes y organizaciones.

---

15 Castillo/Carou 2002: 58-59.

En el caso de Colombia, esta normatividad se fue incorporando paulatinamente al derecho interno y, con fuerza normativa, complementa a la Constitución mediante el concepto de «bloque de constitucionalidad». La primera de ellas es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al derecho interno mediante la ley 74, de 1968.<sup>16</sup> También se deben considerar los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): el 107, aprobado por la ley 31, de 1967, que consagra el principio de no discriminación y que supone el derecho a la diferencia cultural, el respeto mutuo entre diversas entidades socioculturales<sup>17</sup> y, obviamente, el derecho al ejercicio de prácticas socioculturales propias;<sup>18</sup> y el Convenio 169, aprobado por la ley 21, de 1991, el cual asegura la protección de las prácticas y valores sociales, culturales y religiosos de estos pueblos dentro de los límites de los derechos fundamentales de sus miembros, y reconoce plena validez al derecho por ellos producido de naturaleza consuetudinaria<sup>19</sup> y a la obligación para el Estado de respetar sus propias formas de administrar justicia y configurar el control social,<sup>20</sup> incluyendo las de naturaleza punitiva cuando esté involucrado un miembro de su propia comunidad.<sup>21</sup> Sobre este último instrumento, William Villa hace la siguiente puntualización, la cual compartimos:

La nueva connotación sobre los pueblos indígenas en el ordenamiento estatal no es explicable por fuera de la dinámica de la globalización. El fenómeno de la

- 
- 16 Su artículo 2 reza así: «Los estados parte en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».
- 17 «Tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestos a cambios de orden social y económico» (artículo 4, literal a).
- 18 «En aquellos Estados en donde existen minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, personas que pertenezcan a tales minorías no podrán ser negados del derecho, en comunidad con los otros miembros del grupo, deben gozar de su propia cultura [...]» (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27).
- 19 «Al aplicar la legislación nacional de los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario» (artículo 8, numeral 1).
- 20 «Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio» (artículo 8, numeral 2).
- 21 «En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros» (artículo 9, numeral 1).

transnacionalización, el derecho como mecanismo que permite regular las relaciones económicas que han desbordado las fronteras de los Estados nacionales, igual se torna explícito respecto del modo como se codifican relaciones no reductibles a la esfera de la economía, como es el caso de la interacción entre los pueblos indígenas y los Estados, que tiene en el Convenio 169 de la OIT el instrumento jurídico internacional de mayor impacto con relación al ejercicio de la autonomía de tales pueblos y, en consecuencia, el reconocimiento por parte de los Estados de las garantías para la reproducción de sus culturas [...] aparece en un momento de ascenso de los movimientos indígenas, proceso de movilización que trasciende el ámbito de los Estados y se proyecta en la discusión internacional por la vía de las ONG, las agencias de cooperación y los organismos multilaterales.<sup>22</sup>

En la dimensión internacional, también es necesario mencionar la presencia de las organizaciones no gubernamentales (ONG), que, por su capacidad de *lobby* internacional, serán importantes para ejercer presión sobre los Estados latinoamericanos. Además, su presencia en territorios indígenas será un importante aval a la organización y la movilización indígenas, así como al contenido de sus demandas y formas de protesta. Sobre este asunto, Maiz expresa lo siguiente: «Las ONG aportarán a las comunidades indígenas recursos de todo tipo: económicos (fondos y programas de ayuda al desarrollo, agrícola y comunitario), organizativos y políticos (redes de capital social y conexiones en el ámbito americano y europeo), intelectuales y morales (autorrespeto y dignidad de la propia cultura, lengua y tradiciones)». <sup>23</sup> En igual sentido, se pronuncian Castillo y Carou:

Las transformaciones que hemos descrito del Estado-unitario al Estado pluriétnico y multicultural y los logros obtenidos en las demandas indígenas no puede ser comprendido sin referencia al nuevo carácter del contexto internacional, al rol jugado por las Organizaciones No Gubernamentales y su papel en la vinculación de los actores a redes, potenciado por las modernas tecnologías de la información y por su contribución a la creación de un discurso contrahegemónico.

Una de las características de las Organizaciones No Gubernamentales transnacionales es la creación de una densa red de grupos de «lobbies» que han logrado acceso a los centros de poder mundial, a los organismos internacionales más poderosos y a los espacios en los cuales se define la geopolítica global. Estos actores han construido un discurso en torno a valores universales como la defensa de los Derechos Humanos, la diversidad, el medio ambiente y la democracia. Para el caso que nos ocupa, la articulación de intereses entre estas organizaciones y los movimientos de la etnicidad ha sido decisiva para el logro de los derechos étnicos.<sup>24</sup>

---

22 Villa 2001: 136.

23 Maiz 2004: 151.

24 Castillo/Carou 2002: 68-69.

Lo anterior está demostrando que el fenómeno de la globalización económica postulado desde el Consenso de Washington, que deja poco espacio al Estado nacional y a su sociedad civil para decidir con autonomía los asuntos fundamentales que conciernen a su futuro, también es confrontado en el plano, igualmente global, por el «cosmopolitismo», descrito por De Sousa Santos<sup>25</sup> como el rostro positivo de la globalización.

### **b. Experiencias organizativas precedentes**

A la favorable estructura de oportunidades políticas del orden nacional e internacional, cabe agregarle la organización, que es una variable igualmente determinante en el surgimiento y consolidación de las identidades colectivas indígenas y su acción colectiva.

Los formas organizativas presentes en los territorios indígenas o poblados por comunidades étnicas, bien de carácter religioso, campesino, político, etcétera, constituyeron redes que suministraron experiencia organizativa y espacio de calificación de líderes e intelectuales orgánicos que sumaron sus esfuerzos a la causa indígena, fuera de que, en muchos casos, constituyeron aliados en las tareas luego desplegadas en dirección indigenista. Además, entre los pueblos indígenas, se viene procurando que sus estructuras organizativas locales se articulen a asociaciones del orden regional e, incluso, nacional e internacional. De esta forma, han ampliado su espectro de aliados, han sumado fuerzas en escenarios democráticos de representación, y han mostrado más solidez para formular propuestas de políticas públicas de reconocimiento y respeto de sus derechos o para oponerse a estas cuando contravienen sus intereses y necesidades. Por ello, cabe decir con De Sousa Santos que:

[...] en los orígenes de la lucha de los pueblos indígenas por la autodeterminación se encuentra una crítica radical del Estado-nación [...]. A través de la denuncia de la exclusión social y de la supresión política llevada a cabo en nombre de equivalencias falsas y abstractas entre nación, Estado y derecho, las luchas indígenas abren un espacio ideológico a la revisión radical de la obligación política vertical que subyace al estado liberal y reclaman nuevas concepciones de soberanía (soberanía dispersa, compartida, polifónica) [...] la reivindicación de derechos colectivos y de autogobierno apunta a [...] nuevas intermediaciones no corporativas entre el Estado y los ciudadanos y a distribuciones más equitativas de la igualdad y la diferencia [...]. Varese considera que «la unidad no implica la unicidad». Este es el requisito civilizador por excelencia, que reconoce la multiplicidad como marco

---

25 De Sousa Santos 1998a: cap. 10.

de conocimiento y de existencia y la interacción de las diferencias como el único ambiente propicio para la construcción de la civilización.<sup>26</sup>

### **c. Los lenguajes políticos**

También es preciso sumar los lenguajes políticos empleados por los líderes y las organizaciones indígenas en procura de construir una identidad colectiva positiva, digna de autorrespeto, que ha confrontado los estereotipos históricos de inferioridad del indio y su desprecio. En este sentido, cabe mencionar varias estrategias: i) la proclama de una «nacionalidad» o un «pueblo» indígena objetivamente incontrastable, con un pasado común, con raíces en tiempo de la Conquista o la Colonia, con identidad cultural representada en sus costumbres, lengua, formas de control, organización política, autoridades y mitos; ii) el establecimiento del contraste entre los valores y principios de la organización comunitaria (solidaridad, respeto por la naturaleza, propiedad colectiva, etcétera) con las condiciones negativas propias de la colonización, la aculturización por asimilación, la explotación económica y destrucción de los recursos naturales, el etnocidio, y la represión.

## **II. EL CONFLICTO POLÍTICO ARMADO Y SU REPERCUSIÓN EN LA VIGENCIA MATERIAL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

A la par que se han abierto espacios en la Constitución de 1991 para los movimientos y las organizaciones que se inscriben en la democracia participativa, las organizaciones y el movimiento indígenas han estado atravesados por el conflicto político armado, cuyas consecuencias para estos han sido destacadas por María Teresa Uribe de Hincapié en los siguientes términos:

[...] el dominio de la guerra, marcado por el grado de hostilidad entre sus actores, va adquiriendo paulatinamente una cierta autonomía de los motivos que pudieron haberla producido y, al mismo tiempo, ese dominio propio de la guerra contribuye a redefinir, reestructurar y reorganizar, de otra manera y bajo las reglas de las gramáticas bélicas, los contextos sociales y políticos en los cuales ésta tiene ocurrencia.

Esto es lo que parece haber ocurrido con la participación en los diez años de vigencia constitucional; definitivamente la Carta de 1991 no fue un pacto de paz ni la participación y los desarrollos de la cultura política desmontaron la hostilidad, aunque actuaran sobre sus causas; es más, al parecer ocurrió lo contrario, los espacios participativos, las localidades descentralizadas, las movilizaciones colectivas, las organizaciones y movimientos sociales han venido siendo colonizadas por la guerra, convirtiendo la esfera de la acción participativa en otro campo de la disputa

---

26 De Sousa Santos 1998b: 173-174.

de los actores armados, bien para liquidar eventuales enemigos u opositores, bien para cooptarlos e incorporarlos a sus propósitos de dominio exclusivo y sus objetivos militares.<sup>27</sup>

Otros autores destacan la importancia que la guerra tiene en la concreción material de los derechos indígenas, en especial de su territorio, de su capacidad de permanecer en ellos, de desarrollar sus formas autónomas de organización y autogobierno, de crear condiciones para su autosostenimiento y, correlativamente, de dar vigencia a los derechos socioeconómicos. En este sentido, Villa afirma lo siguiente:

Las lógicas de la guerra determinan en la historia de Colombia la forma como se ha ido generando un determinado ordenamiento del territorio, se ha decantado un esquema de comunicación entre culturas diferentes y se ha construido un modelo de representación sobre la identidad nacional. Más allá de la enunciación jurídica que quiere conjugar los intereses de la multiplicidad de actores que configuran la nación, están los ejércitos que avanzan dominando territorios, integrándolos en función de los nuevos mercados, pero sobre todo articulando la población en la búsqueda de abolir las diferencias. Discursos hegemónicos que, hoy como ayer, tienen en las armas el recurso para ampliar la frontera agrícola, para reducir poblaciones en la esclavitud de las economías extractivas, para integrar territorios en función de los intereses transnacionales de la industria petrolera o de la comercialización de narcóticos.<sup>28</sup>

Sin embargo, antes de profundizar en el tema, es preciso enfatizar que las comunidades y las organizaciones que proclaman una identidad étnica en sus programas, en sus políticas públicas y en la implementación de estas han asumido una actitud de distanciamiento de la violencia armada como forma de lucha por la conquista de sus reivindicaciones. Su estrategia prevalente ha sido exigir a todos los actores armados, incluyendo al mismo Estado, el respeto a su autonomía, lo cual les ha granjeado conflictos con todos ellos por cuestionar su presencia en sus territorios, por oponerse a los intentos de reclutamiento de miembros de la comunidad, por denunciar la instrumentalización que se ha hecho de ellos a las «necesidades» y lógicas de la guerra, y por la violación de los derechos humanos. Por esta razón, sus demandas están más cerca de la solución política del conflicto armado, de exigir el respeto de todos los actores armados al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos, lo cual explica por qué las organizaciones indígenas han privilegiado prácticas y políticas como

---

27 Uribe de Hincapié 2001: 147-148.

28 Villa 2001: 140-141.

la neutralidad activa o las comunidades de paz y se han articulado a los comités de derechos humanos de diferente orden.

Es en la esfera de lo societal, no constitucionalizada ni formalizada y en buena medida preconstitucional, donde se advierte un mayor dinamismo y quizá una forma de acción política con mayor capacidad de movilización y de convocatoria, pese a las circunstancias adversas del presente [...] más recientemente con demandas en lo que tiene que ver con el ámbito de la guerra, como las Comunidades de Paz, la neutralidad activa, la lucha por el derecho a la vida, en contra del secuestro y las desapariciones, en defensa de los derechos humanos y en apoyo a iniciativas de paz y pactos de convivencia [...]<sup>29</sup>

Y, no obstante lo adverso del presente, ello tampoco les ha impedido continuar con sus resistencias. En este sentido, es paradigmático su protagonismo en la confrontación de la legitimidad de diversas políticas públicas del programa de gobierno de «seguridad democrática» del presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2006) por medio de diversas formas de expresión:

- La consulta ciudadana y popular que terminó en un plebiscito en contra de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica (TLC) por reputarse un instrumento para afectar la titularidad colectiva, inembargable e imprescriptible de los territorios de las comunidades indígenas y afrocolombianas, por poner en venta la biodiversidad y por profundizar el saqueo de sus conocimientos ancestrales.<sup>30</sup> Esta estuvo acompañada, luego, de *mingas* y marchas de protesta con amplia movilización que terminaron, en algunos casos, con represión estatal.<sup>31</sup>

---

29 Uribe de Hincapié 2001: 152. En igual sentido, Escobar 2004.

30 Fue realizada el 6 de marzo de 2005 en los municipios caucanos de Inzá, Caldono, Silvia, Toribio, Jambaló y Páez, la cual terminó con una votación del 98% en contra del TLC, porque «[...] sienten con el TLC el peligro de que sus tierras y cultura sean negociadas por el Estado como un producto más. De acuerdo a sus análisis, las filosofías actuales del mercado están soportadas sobre el tener, el tener todo incluso la vida, historia y autonomía de los campesinos e indígenas» (Cf. *Caja de herramientas*, año 14, n° 105, abril, 2005).

31 La Minga por la Vida, la Justicia, la Alegría, la Libertad y la Autonomía, a finales de 2004, tuvo la participación de más de 60 mil personas de 85 cabildos indígenas y de comunidades negras. Sus objetivos fueron expresar su oposición a las reformas constitucionales impulsadas por el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, especialmente las que buscaban quitar poder y atribuciones a la Corte Constitucional y limitar la acción de tutela; oponerse a la reelección presidencial; y denunciar las negociaciones sobre el Tratado de Libre Comercio (Cf. *Caja de herramientas*, año 13, n° 102, octubre, 2004).

La marcha «Gran minga por la vida, la justicia, la alegría, la autonomía y la libertad», del 9 de octubre de 2005, adelantada en el centro del país, con participación de 15 mil indígenas, terminó con el asesinato de un marchante y cuarenta heridos. Tenía como objetivos expresar su inconformidad contra el TLC y la presencia de grupos armados en sus territorios ancestrales,

- Paros y protestas en diversos lugares del país para denunciar y oponerse a la fumigación aérea de los resguardos con herbicidas tóxicos con el pretexto de acabar con plantaciones ilícitas y que las comunidades asocian con la muerte y la enfermedad de sus miembros, la esterilización de la tierra y la destrucción de la autonomía alimentaria al afectar los cultivos de pan coger.<sup>32</sup>
- El rechazo a la utilización que viene realizando la fuerza pública, con la convalidación de las autoridades judiciales del Estado, de «informantes profesionales» y de supuestos «delatores» para señalar, capturar —incluso masivamente— y judicializar a las autoridades, los líderes, los dirigentes y miembros de diversos pueblos indígenas sobre el supuesto de su participación en las filas de la insurgencia, procedimientos interpretados por dichos pueblos como formas de deslegitimar sus reivindicaciones,<sup>33</sup> criminalizar las marchas y otras formas de protesta, o para encubrir las derrotas militares sufridas por las fuerzas del Estado con la insurgencia.<sup>34</sup>

---

así como la defensa de los derechos humanos y de sus hermanos afectados por las obras de la represa de Urrá. Fue explícitamente prohibida por el Presidente de la República con el pretexto de tener información de que iba a ser infiltrada por la guerrilla, pero, cuando acontecieron los hechos denunciados, se levantó la prohibición, lo cual motivó al diario *El Tiempo* a concebir una nota editorial del siguiente tenor: «No deja de ser paradójico que solo después de lo sucedido el Ministerio del Interior haya decidido permitir las marchas. ¿No hubiese ahorrado víctimas y confrontaciones autorizarlas de entrada? ¿No es un error esa manía, más propia de quien ve terroristas por todos lados que de quien analiza serenamente las manifestaciones populares, de señalar “infiltraciones guerrilleras” en la protesta social?» (Cf. *El Tiempo*, 11 de octubre de 2005, editorial «Para no repetir»).

- 32 Cf. *El Tiempo*, 11 de mayo de 2005, «Culpan a glifosato de muertes», en donde el gobernador del resguardo Casa Grande, Sebastián Chirimía (Nariño), denuncia que las fumigaciones aéreas con glifosato acabaron con la vida de tres niños indígenas, que los 600 miembros de su comunidad empezaron a enfermarse después de la fumigación de la zona y que echaron a perder los cultivos, todo lo cual obligó al desplazamiento de buena parte de ellos.
- 33 Cf. Cepeda Castro 2005, quien denuncia que el pueblo kankuamo ha tenido que soportar el desplazamiento forzado de tres mil personas de su tierra ancestral, la Sierra Nevada de Santa Marta —de una población compuesta por doce mil personas—, y que, desde 1986, han sido asesinados 247 indígenas —112 bajo el actual gobierno— y se han producido dos «desapariciones» forzadas. Y concluye: «El móvil de los crímenes es que esta comunidad indígena se opone firmemente, por razones ecológicas, a la construcción en su territorio de una represa hidráulica utilizando las aguas del río Guatapurí. Ahora, para quebrantar su defensa del agua de la Sierra, se recurre a las detenciones arbitrarias. A comienzos de noviembre, 38 miembros del pueblo kankuamo serán juzgados por rebelión y terrorismo. Su detención se hizo sin orden judicial y con la participación de informantes encapuchados, quienes en su mayoría eran “desmovilizados” de los grupos paramilitares».
- 34 Cf. León 2005. En dicho informe, se relacionan los siguientes hechos. En diciembre de 2004, 26 indígenas kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta fueron capturados y sindicados de rebelión después de una marcha por la muerte de un miembro de su comunidad. En Tacueyó (Cauca), en julio de 2004, la captura arbitraria de un indígena de la comunidad Nasa, acusado

Y tan manifiesto ha sido el abuso que sectores representativos de poderes cercanos al Estado y al mismo gobierno se han pronunciado en forma crítica frente a tales procedimientos y, más aún, reconocen, ante la inocultable realidad, que las comunidades indígenas han dado suficiente testimonio de resistencia a los actores armados con los cuales se les ha querido comprometer. Con motivo de la capturas masivas y posterior liberación de indígenas en el norte del departamento de El Cauca, vinculados a la investigación por acusación de supuestos «informantes» extraídos de las filas de la misma insurgencia, el diario *El Tiempo*, de mayor circulación en el país, en su página editorial, expresó lo siguiente:

Las detenciones fueron precedidas de insinuaciones de algunas autoridades sobre presuntos nexos de los indígenas con la guerrilla, lo que motivó enérgicas protestas de las organizaciones de estos últimos. La evidencia para detenerlos provino de informantes. Pero, como lo demuestra esta decisión de la Fiscalía, es hora de que las autoridades revisen ambas prácticas.

Proferir acusaciones contra organizaciones comunitarias de larga tradición de resistencia a los actores armados y de lucha contra los efectos del conflicto es tan equivocado como apresurarse a capturar a gentes cuya única «culpabilidad» es ser señaladas por dudosos personajes, salidos de esos mismos grupos. Estas prácticas solo contribuyen a minar la ya escasa confianza que esas comunidades tienen en un Estado al que ven como ausente, lejano y, con lamentable frecuencia, abusivo. En aras de una buena relación con ellas, indispensable para una lucha eficaz contra el dominio territorial de la guerrilla, bien harían las autoridades en pensarlo dos veces antes de proceder. Flaco favor le hacen a la legitimidad del

---

por el Ejército de ser el conductor de uno de los jefes de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en la zona, determinó que más de mil indígenas salieran a la plaza para protestar, con lo que obtuvieron del fiscal y del comandante del operativo el compromiso de resolver la situación judicial del capturado en 48 horas, pero solo cuatro meses después este recuperó su libertad, lo que motivó a un líder indígena a expresar: «Más allá de la captura arbitraria, para la comunidad Nasa, donde la palabra es sagrada, esta mentira pública es un hecho grave». El 9 de mayo de 2005, se produjo la captura masiva de diez comuneros del resguardo indígena de Jambaló (Cauca), acusados de haber colaborado con los ataques de las FARC en Caldoso, los cuales fueron puestos en libertad por la fiscalía quince días después por falta de pruebas. Con motivo de estos hechos, el 2 de agosto, cerca de seis mil paeces se reunieron en la plaza principal de Santander de Quilichao (Cauca) «para rechazar las afirmaciones del entonces comandante de la Tercera Brigada del Ejército, Hernando Pérez, quien supuestamente los había señalado como auxiliares de la guerrilla». En septiembre de 2005, unos cien indígenas de Pijao y Paéz reclamaron, frente a la Fiscalía de Chaparral (Tolima), la liberación de un joven indígena capturado por el Ejército luego de participar en una marcha indígena. «La comunidad solicitó que se lo entregaran para investigarlo y, en caso de encontrarlo culpable de rebelión, aplicarle el castigo según la legislación indígena».

Estado acusaciones y señalamientos sin fundamento, en los que toca, como en este caso, echar reversa.<sup>35</sup>

La oposición a que indígenas formen parte del programa de «soldados campesinos» o de las «redes de cooperantes», ni de ningún esquema que los convierta en una fuerza contrainsurgente del Estado.

El rechazo a la negociación adelantada por el gobierno del Presidente Uribe Vélez con los grupos de paramilitares, responsables en gran parte de las más graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas.<sup>36</sup> El cuestionamiento se fundamenta en que la negociación se aparta de los principios de verdad, justicia y reparación, que deben informar este tipo de acuerdos, para en su defecto convertirse en una forma de encubrir los poderes económicos, políticos y sociales responsables de la creación y sostenimiento del paramilitarismo, la legalización de la impunidad de sus crímenes, y la legitimación del despojo que hicieron de los territorios de los pueblos indígenas.<sup>37</sup>

- 
- 35 Cf. *El Tiempo*, editorial titulado «Flaco favor», 26 de mayo de 2005. Ese mismo medio periodístico, en su editorial titulado «El complejo lio del norte del Cauca», del 21 mayo de 2005, expresó lo siguiente sobre las capturas masivas: «¿Tienen milicianos y colaboradores encubiertos las FARC en la zona? Puede ser, pero detenciones masivas de centenares de personas no parecen lo más sabio cuando la comunidad páez ha trabajado insistentemente para que cada vez más indígenas del norte del Cauca tengan menos motivos para irse a los grupos armados. Su neutralidad seguramente molesta al Gobierno porque incluye a la fuerza pública como un actor del conflicto, pero este tipo de medidas no va a afianzar la legitimidad del Estado entre los indígenas. El Gobierno peca a veces por exceso de rigidez. Donde hay un conflicto armado con raíces en la sociedad y la historia, solo quiere ver terroristas. Donde hay una población obligada por décadas, por ausencia del Estado, a convivir con la guerrilla, las autoridades solo detectan cómplices. Simplificaciones arriesgadas. La lucha contra el terrorismo será asunto de policía, pero combatir a una guerrilla implantada por años en un territorio impone, además de medidas de fuerza, tender puentes con la población, respetar sus estructuras organizativas y otras flexibilidades que parecen ausentes de la actual estrategia oficial».
- 36 En los últimos diez años, cientos de indígenas han muerto en masacres a manos de los paramilitares y han sido víctimas de homicidios selectivos, desapariciones y desplazamientos. Con motivo de estos hechos, un vocero de la ONIC expresó: «La mayor ofensa que pueden recibir los grupos indígenas es que el gobierno, sabiendo que han violado el Derecho Internacional Humanitario, no ha tomado medidas reales para judicializar a estos grupos ilegales, para aplicar justicia y reparar esos daños» (Cf. León 2005).
- 37 La Segunda Mesa Nacional Indígena de Paz y Derechos Humanos, realizada entre los días 14 y 16 de julio de 2004, con participación de representantes del 70% de los pueblos indígenas de Colombia, delegados de todas las organizaciones regionales indígenas adscritas a la ONIC, de la AICO, de la Organización de Pueblos Indígenas del Amazonas (OPIAC) y la Confederación Indígena Tairona (CIT), hizo el siguiente pronunciamiento: «[...] este proceso busca la legalización de las acciones criminales de los grupos paramilitares contra pueblos y comunidades, de sus bienes económicos producto del narcotráfico y de la ocupación de las tierras de comunidades indígenas, afrocolombianas y campesinas que han sido desplazadas. Esta intencionalidad es contraria a la cesación de la guerra, las hostilidades y el respeto a la vida y derechos humanos de los colombianos. Por

Respecto del asunto concreto de la reparación, las organizaciones indígenas sostienen que es imposible lograrlo con relación a los daños culturales y espirituales causados a sus comunidades, a las que: «[...] se les han roto su relación con la tierra, con sus líderes y con sus sacralidades». Para ilustrar de mejor manera esta convicción y sentimiento de los indígenas, citamos las palabras de un kankuamo, expresadas el 9 de marzo de 2005, en un conversatorio sobre el tema:

Nosotros resistimos la violencia de todos los actores armados [...] nos han asesinado tantos kankuamos, más de 238, que ahora somos famosos por eso, siendo el mayor número en los últimos tres años [...] en solo los años 2002 y 2003 asesinaron más kankuamos que los que murieron en los cincuenta años anteriores [...] preguntamos ¿cómo se repara para nosotros el asesinato de un indígena si se rompe el tejido social y se fractura la cultura? [...] cuando se asesina un mamo, una autoridad tradicional y líder espiritual, es como si en occidente se quemara una biblioteca [...] ¿cómo se repara eso? [...] ¿cómo se repara los sitios donde el Ejército ha derramado la sangre, si para nosotros eso es envenenar la madre, la tierra que nos ha dado la vida? [...] para nosotros la tierra es la madre amorosa que nos carga cuando nacemos y que aún cuando morimos nos sigue cargando y nos cubre para que ahí reposemos [...] hemos sido desplazados por la violencia [...] especialmente las familias de los líderes y si los líderes no pueden estar en el territorio, se desestabiliza la organización social y la cultura [...] nosotros hemos resistido pero después de la tutela y de las medidas cautelares de la Corte, nos han seguido asesinando [...] pero eso está pasando a lo largo y ancho del país y seguimos preguntando ¿cómo se repara eso? [...].<sup>38</sup>

Se suma a lo anterior que la «guerra sucia» ha colonizado el conflicto político armado y sus expresiones más tangibles —por ejemplo, las masacres, el asesinato de líderes y autoridades indígenas, el desplazamiento y confinamiento forzados de comunidades étnicas, la desaparición forzada de sus miembros, la criminalización de sus luchas y protestas, y las amenazas— han victimizado en grado sumo a los pueblos y organizaciones indígenas. Y no puede caber la menor duda de que todas estas formas de violencia han repercutido negativamente sobre las condiciones enunciadas por la Corte Constitucional como requisitos *sine qua non* para el reconocimiento del fuero y la jurisdicción indígenas, esto es, la existencia de una comunidad organizada; que esta cuente con normas, tradiciones o costumbres que regulen los conflictos entre sus miembros; y que existan autoridades investidas de

---

lo tanto, el acercamiento y negociación entre gobierno y AUC no debe tener otro objetivo que el de someter a la justicia a estos grupos paramilitares por los delitos de lesa humanidad que han cometido contra la vida y los derechos de los pueblos y debe servir para que la sociedad colombiana conozca la verdad de los intereses políticos, económicos, sociales, y la identidad de los responsables que promovieron el surgimiento, crecimiento y sostenimiento del paramilitarismo en nuestro territorio» (Cf. *Caja de Herramientas*, año 13, n° 101, agosto, 2004).

38 Citado por Madariaga Reales 2005.

poder jurisdiccional dentro de un territorio determinado y con capacidad real de hacer cumplir sus decisiones.<sup>39</sup> Las razones de esta hecatombe humanitaria han sido explicadas por Alfredo Molano Bravo, un profundo conocedor de la realidad de nuestro país, en los siguientes términos:

La violencia en los territorios indígenas aumenta día a día. Contra esos 700.000 colombianos que viven, trabajan y defienden su patrimonio cultural y ambiental, la guerra irregular es más bárbara y sangrienta [...]. La pregunta es obligada: ¿se ha declarado la guerra a los indígenas? ¿De qué guerra se trata? ¿Quién la hace? ¿Qué busca? No se puede uno contentar con la explicación oficial de que lo que pasa es que el terrorismo nos afecta a todos [...].

Hilando delgado, cabe la muy probable hipótesis de que en Colombia estemos ante una guerra preventiva organizada que busque impedir la radicalización del movimiento indígena. Ciertamente es que la ONIC acusa de los crímenes a los paramilitares (37,9%), a la Fuerza Pública (24,0%), a la guerrilla (15,2%) y a «otros grupos criminales» sin identificar (22,7%). Pero la guerra irregular tiene una lógica, y el primer objeto de la nuestra es en el campo sembrar el terror para obligar a la gente a desplazarse, y dejar la tierra libre para ser reapropiada. En el caso de los territorios indígenas esta lógica es más cruel y perentoria: ocupan un 20% del país, donde existe buena parte de la oferta ambiental de más alta calidad (agua, bosques, minas), y las autoridades tradicionales tienen jurisdicción sobre ella. Los territorios indígenas están en la mira de los poderes políticos y militares en conflicto y no solo por la población como recurso estratégico, sino como verdadero botín de guerra. Las minas y la madera ya lo son de hecho, pero muy pronto lo será también el agua. Los territorios indígenas son —por Constitución— inalienables, inembargables e imprescriptibles. Es decir, están por fuera del mercado de tierras y es este un obstáculo que el capital no tolera. La llamada Ley Forestal, la Ley de Aguas —menos nombrada—, y el TLC tienen cláusulas dirigidas a erosionar o suprimir esas garantías constitucionales. Ni más faltaba, pensarán los padres de estas leyes, que las riquezas que guardan esas tierras las vayan a aprovechar los indios. La ONIC ha denunciado con toda claridad que la política del actual gobierno —para no hablar de los otros— consiste en desmontar los derechos territoriales y desconocer la autonomía indígena, para lo cual «militariza sus territorios, persigue, asesina y judicializa a sus dirigentes, y recorta los presupuestos destinados a las comunidades».<sup>40</sup>

39 Véase, más adelante, acápite III.

40 Molano Bravo 2005. Cf., en igual sentido, Luis Eveles Andrade Sasama (2004), quien, ante la visita del Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, dijo: «[...] la política del actual gobierno consiste en desmontar nuestros derechos, en particular los territoriales, y a un gobierno propio, para lo cual impulsa acciones que tienden al señalamiento y judicialización de nuestros dirigentes; la impunidad para tapar los atropellos que cometen contra nuestras comunidades los diferentes actores vinculados al conflicto (Ejército, grupos económicos legales e ilegales, contrainsurgentes); negligencia en la aplicación de políticas sociales en nuestras

En conclusión, los territorios de los pueblos indígenas y la correlativa autonomía de estos para prefijar su destino y utilización<sup>41</sup> y para ejercer, dentro de ellos, su jurisdicción, no obstante lo categórico de su reconocimiento como derechos colectivos, se han visto desdibujados e incluso aniquilados cuando estos entran en disputa con las lógicas de la guerra; los intereses del narcotráfico, de la agroindustria y del capital transnacional;<sup>42</sup> y la ampliación de la infraestructura nacional<sup>43</sup> y de la frontera agrícola.

### **III. EL FUERO Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

La Carta Política de 1991 le ha conferido a la Corte Constitucional «[...] la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» (Código Penal, artículo 241) y, en ejercicio de las funciones derivadas de dicho mandato, con motivo del estudio de constitucionalidad de las leyes o de la revisión final de los fallos de tutela proferidos por los juzgados y tribunales del país, ha decidido los conflictos más importantes que se han presentado entre el fuero y la jurisdicción indígenas y el sistema jurídico estatal. Por esta razón, en el presente acápite, procuramos sistematizar la evolución jurisprudencial sobre esta materia con el fin de conocer el grado de reconocimiento que el fuero y la jurisdicción indígenas han tenido en Colombia y determinar los factores que han comprometido la vigencia plena de los mismos.

---

comunidades (salud, educación, productividad, seguridad alimentaria, entre otras). Al reclutamiento forzado de nuestros jóvenes, involucrándolos en el conflicto a través del programa de soldados campesinos; ataque indiscriminado a la base alimentaria de las comunidades a través de las fumigaciones a los cultivos de uso ilícito [...]».

41 El territorio es reconceptualizado por el discurso étnico como escenario mítico simbólico con el fin de erigirlo en argumento no solo para reclamar su dominio y hacer posible su autonomía cultural y socioeconómica, sino también para confrontar procesos de colonización portadores de prácticas de agricultura intensiva y pretensiones económicas tributarias de la lógica del mercado, caracterizadas por la sobreexplotación y la degradación de los recursos forestales y del subsuelo, frente a lo cual las comunidades indígenas se autorrepresentan como desarrolladoras de procesos productivos respetuosos de los ecosistemas y de la biodiversidad, por medio de lo cual logran legitimidad, reconocimiento y apoyo en el contexto nacional e internacional entre grupos ecologistas. Este enfoque contrasta con quienes sostienen que el reconocimiento constitucional de dicho derecho no tiene como significado ser condición *sine qua non* de la reproducción de las culturas indígenas, sino ser funcional a la necesidad de salvaguarda ecológica en el contexto de una crisis planetaria de carácter ambiental. Cf., en este último sentido, Villa 2001: 139.

42 Tal es el caso de la comunidad U'wa con respecto a la exploración petrolera de su territorio. Cf. Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997.

43 Como es el caso del pueblo Embera, que fue consultado cuando la represa Urrá ya se hallaba construida. Cf. Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998.

## 1. Elementos y requisitos para el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción indígena

a) La naturaleza que se le atribuya al fuero indígena define, en gran parte, los elementos que lo integran y los requisitos para su reconocimiento. En este asunto, la Corte Constitucional no ha tenido una posición unívoca y ha oscilado entre las tesis del fuero como derecho colectivo, cuyo titular es la respectiva comunidad indígena, y la de derecho personal, cuyo titular es el indígena miembro de esta, aunque no han faltado decisiones que procuran hacer una integración de ambas tesis.

El enfoque que privilegia la concepción del fuero como derecho colectivo, conforme al cual se faculta a la comunidad indígena a juzgar las conductas de sus miembros por medio de sus autoridades y de conformidad con sus normas, prácticas y costumbres tradicionales, ha enfatizado el carácter potestativo de su ejercicio y la condición renunciable de tal derecho.<sup>44</sup> En cambio, el enfoque que lo asume como derecho personal del indígena lo interpreta como concreción material de la garantía del juez natural y como uno de los componentes del debido proceso, y, consecuente con la tradición liberal en la materia, tiende a afirmar su carácter de derecho no renunciable ni sustituible por el titular y de observancia obligada por autoridades indígenas y nacionales investidas del poder jurisdiccional.<sup>45</sup>

La regulación específica que hace nuestra Constitución de la jurisdicción especial indígena<sup>46</sup> también ha informado la jurisprudencia de la corporación analizada, en especial en la definición del problema relativo al «ámbito territorial» que ha de comprender dicha jurisdicción.

44 Cf. Sentencia T-552 de 2003, explícita en tal sentido.

45 Cf. Sentencia T-496 de 1996, en la cual se dice: «[...] del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el *derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero*. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo». En la sentencia T-728 de 2002, sobre el mismo asunto, se expresa: «[...] *las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad*, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el del juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución». En idéntico sentido, la sentencia T-522 de 2003: «*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 la comunidad [...]» (las cursivas de los textos transcritos no son originales).

46 Artículo 246: «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 contrarias a la Constitución y leyes de la República».

A continuación, procedemos a hacer una lectura transversal de las tesis y argumentos contenidos en las decisiones de la Corte Constitucional en relación con los requisitos exigidos para el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción especial indígenas.

b) La sentencia T- 496, de 1996, adscrita al enfoque del fuero indígena como derecho personal, afirma que este lo componen dos elementos: uno de carácter «personal», «el derecho» del indígena a ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter «geográfico», que consiste en que cada comunidad puede juzgar con sus propias normas las conductas de sus miembros siempre y cuando ocurran dentro de su territorio. Es importante aclarar que no se exige que ambos requisitos concurren de manera simultánea para reconocer el fuero; basta, en algunos casos, el «personal» para ello.

Por el esfuerzo que, en la sentencia, se hace por sistematizar diversos problemas que se pueden presentar en relación con el fuero indígena, en la que se prescriben las líneas generales para su solución, procedemos a resumir las tesis expuestas en ella. En efecto, si la acción típica es cometida por un miembro de un «pueblo indígena» dentro de su territorio, atendiendo a las consideraciones territoriales y personales ya expresadas, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional. Sin embargo, si el indígena, de manera individual, afecta a una persona que no es miembro de su comunidad, por fuera del ámbito geográfico del resguardo, la solución válida no siempre la dará la «regla general de territorialidad», sino que el juez estará obligado a tener presente las siguientes consideraciones: cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso, pero, adicionalmente, el juez tiene «[...] el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero». Si su contacto con la sociedad mayoritaria es precario, accidental y su particular cosmovisión le inhibía la posibilidad de conocer la reprochabilidad de su conducta en el otro ordenamiento, se le deberá devolver a su entorno cultural «[...] en aras de preservar su especial conciencia étnica»; por el contrario, si, atendidos sus contactos con la «comunidad mayoritaria», cabe afirmar que conocía el «carácter perjudicial» del hecho, sancionado además por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, deberá ser sancionado conforme a los contenidos del sistema jurídico nacional.

Si la conducta es sancionada en ambos ordenamientos, es inferible que «la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial», pero, incluso en estos supuestos, el juez no podrá circunscribirse al aspecto territorial para definir la competencia, sino que le es obligatorio entrar a valorar plurales circunstancias para determinar la conveniencia o no de que el

indígena sea juzgado y sancionado por su propia comunidad o por el sistema jurídico nacional. Y las materias que, en concreto, deben ser consultadas por el juez para tomar la decisión son las siguientes: las culturas involucradas, la conciencia étnica del sujeto, su grado de integración frente a la cultura mayoritaria, el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece y la afectación del individuo frente a la sanción. En conclusión: «La función del juez consistirá, entonces, en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable».

Se anota, en la misma sentencia, que la solución aquí propuesta tiene como ventajas que se aparta del concepto de inimputabilidad para efectos de definir el juzgamiento de los indígenas<sup>47</sup> por reputarlo incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce el carácter multiétnico y multicultural de nuestra sociedad, lo que determina que la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, más que dar pábulo a la minimización o discriminación, nos deben conducir al reconocimiento de que estos contribuyen «[...] al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías».<sup>48</sup> La otra ventaja es que no equipara al indígena con los demás miembros de

---

47 Lo que era propio del decreto 100 de 1980, del anterior Código Penal, que, para dar solución al conflicto que representaba la violación de la ley penal por parte de los indígenas, procedía a diferenciarlos de la siguiente manera: de una parte, los que habían sido «aculturizados», esto es, los que habían introyectado los valores que subyacen a las normas penales, a los cuales declaraban responsables penalmente como imputables y les imponían las penas allí previstas; de otra, los que todavía permanecían anclados a los referentes valorativos de su propia cultura, lo que les inhibía de conocer la ilicitud de su conducta o a determinarse de conformidad a las exigencias del derecho positivo, por lo que los declaraba inimputables por «inmadurez psicológica» y los sancionaba con la «medida de seguridad» de reintegro a «su medio ambiente natural» (artículos 31 y 96).

48 Y se puntualiza que «[...] de lo que se trata es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si, conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que esta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia, ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades». En la sentencia C-370 de 2002, con motivo del estudio de la ley 599 de 2000 —Código Penal actualmente vigente—, la Corte considera que el concepto de inimputabilidad por «diversidad sociocultural» puede ser dotado de un significado no peyorativo o discriminante: «[...] la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen, exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad sociocultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un

la sociedad, lo cual se corresponde con una nación «[...] que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural» y en la que, por lo tanto, «[...] ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse».

Los fallos posteriores que recogen los argumentos de esta sentencia y en los cuales, incluso, se afirma que hay certeza del carácter indígena del sujeto procesado y, por tanto, que se cumple con el elemento «personal» del fuero terminan negando su reconocimiento al privilegiar otros factores: uno de ellos es el territorial, con argumentos como que la conducta delictiva investigada ocurrió fuera del territorio del resguardo o que el victimario o la víctima, no obstante ser indígenas, no residían en este.<sup>49</sup> Otro es que la víctima es ajena a la comunidad y es necesario salvaguardar los derechos de esta que se reputan prevalentes sobre los derechos al fuero y a la autonomía de los pueblos indígenas.<sup>50</sup> Sin embargo, el más frecuente es el grado de aculturación que ha sufrido el indígena y la comunidad a la que pertenece, de lo cual infieren que la racionalidad y cosmovisión propias y de su comunidad no son obstáculo para comprender la ilicitud de la conducta y los valores que la informan.<sup>51</sup>

c) El enfoque que asume el fuero especial como un derecho colectivo de la comunidad indígena ha sido más proclive a la ampliación de los requisitos para su reconocimiento. La sentencia T-1238 de 2004, inscrita en este enfoque, al analizar si es parte del debido proceso que el juez del sistema jurídico estatal adelante de manera oficiosa las diligencias probatorias necesarias para establecer si hay o no lugar a aplicar el fuero, concluyó negando dicha obligación, para lo cual adujo que la jurisdicción especial es una potestad de las comunidades indígenas,

---

incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena» (artículo 8 del Código Penal).

49 Cf. Sentencias T-667 de 1998 y T-728 de 2002

50 Cf. Sentencia T-552 de 2003, según la cual «Cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias para establecer si, además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si, por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desarrollado por fuera de ese ámbito y frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanciones de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional».

51 Cf. Sentencia T-728 de 2002, en la cual se asevera que «[...] la prueba es concreta en señalarla como persona que si bien es indígena y aún reside en un resguardo, su racionalidad y cosmovisión es indicativa de que su vida se desarrolla en un porcentaje en nuestro medio, lo cual incluso la ha llevado a no hablar ya la lengua nativa, aunque dice entenderla». Por lo tanto, considera la Sala que no es dable reconocerle a O. P. S. el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, «[...] pues al ser capaz de entender los valores de la conducta recriminada, no resulta inconveniente juzgarla de acuerdo con el sistema jurídico nacional».

que pueden o no ejercerla y, por lo tanto, si no lo hacen, el juez de la República —quien ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional por mandato legal—, legítima y válidamente, puede adelantar el proceso penal. Consecuente con lo expuesto, la manifestación de voluntad de una autoridad tradicional competente se erige en un factor adicional al personal y al territorial para que el caso sea asumido por la jurisdicción indígena y, en ausencia de esta, el juez ordinario no pierde la competencia para conocer del asunto. Por lo tanto, en los eventos en los que cualquier sujeto procesal considere que el procesado está amparado por el fuero especial indígena, debe elevar una solicitud a la autoridad indígena que considere competente para que esta le presente la solicitud al juez que conoce del proceso.<sup>52</sup>

d) A partir de la Constitución de 1991, se ha operado un proceso dinámico de las comunidades indígenas encaminado a la recuperación de su identidad y a la reafirmación de su autonomía que ha estado rodeado de avatares y dificultades de diversa índole que imposibilitan la asunción plena del poder jurisdiccional por parte de sus autoridades. Ello explica que los ordenamientos jurídicos tradicionales carezcan, en algunos casos, de antecedentes sustantivos y procesales claros para juzgar algunas conductas y que la vulnerabilidad de los pueblos indígenas, ante determinados actores, los haya obligado a remitir el juzgamiento a la jurisdicción del Estado; además, la carencia de medios coercitivos y organizativos los ha determinado a optar por no ejercer el poder jurisdiccional. Ante esta situación, la Corte ha vinculado otros requisitos para el reconocimiento del fuero como los siguientes: que existan precedentes de carácter sustantivo y procedimental dentro del sistema jurídico tradicional para ejercer el control social de la conducta, que la autoridad indígena que exterioriza la voluntad de asumir el juzgamiento se encuentre en capacidad de ejercer la jurisdicción de acuerdo al procedimiento previsto por sus usos y costumbres, y que se encuentre en condiciones de hacer efectiva la sanción impuesta a los infractores.<sup>53</sup>

e) Correlativo con el problema antes planteado, se encuentra el de la legitimidad y la validez de la renuncia a la jurisdicción por parte de las comunidades y au-

52 Cf. Sentencia T-1238 de 2004.

53 Cf. Sentencias T-552 de 2003 y T-1238 de 2004. En la primera, se expresa : «Hasta aquí se tendría que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado. Lo anterior, sin embargo, no sería suficiente, por cuanto se requiere, además, establecer la capacidad de esas autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción conforme a usos tradicionales. Esto es, puede existir un reconocimiento formal de resguardo y cabildo, pero no darse materialmente los supuestos de la jurisdicción, por carencia de normas y prácticas específicas de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o porque las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones».

toridades indígenas investidas del poder jurisdiccional, con obvias repercusiones sobre el fuero y su naturaleza. En sus primeras decisiones sobre el asunto, la Corte aceptó como plenamente válida la renuncia que hicieran las autoridades indígenas investidas de poder jurisdiccional para que la investigación y el juzgamiento los asumiera la jurisdicción nacional, no obstante no existir duda sobre la competencia de la jurisdicción indígena y de que operaba el fuero especial indígena.<sup>54</sup>

En fallos posteriores, se advirtieron las dificultades que el carácter potestativo de la jurisdicción indígena tenía para los principios del juez natural y la legalidad del procedimiento, y se procedió a establecer como regla que si la autoridad indígena asumía el conocimiento de un asunto, era perentorio que lo siguiera haciendo respecto de los demás, con lo que perdía la jurisdicción su carácter potestativo. Y, consecuente con esta regla, los integrantes de la comunidad adquirirían su derecho al fuero de manera plena.

Entre tales dificultades de articulación se encuentra, por ejemplo, el carácter potestativo que, en principio, tiene la jurisdicción indígena. La inserción de las comunidades indígenas en el ambiente nacional, la aceptación y acatamiento de sus patrones jurídicos, la remisión a su sistema de justicia para la solución de los conflictos internos, son circunstancias que ponen de manifiesto que el ejercicio de la jurisdicción es una opción que la Constitución ha abierto para estas comunidades, pero que no siempre están en condiciones de asumir. Para que en cada caso proceda la jurisdicción indígena, se requiere que exista una autoridad indígena con competencia territorial y personal, y que tal autoridad esté dispuesta a asumir el juzgamiento [...].

Las autoridades indígenas pueden, así, reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, porque cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo, la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades confor-

---

54 Cf. Sentencia T-349 de 1996. Este antecedente sirvió de referente para tratar de legitimar iniciativas legislativas del gobierno para hacer de la jurisdicción especial indígena un derecho renunciante. Tal es el caso del Proyecto de Ley Estatutaria elaborado por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Justicia, que con el fin de reglamentar el artículo 246 de la Constitución Política, al determinar las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, partió del supuesto del carácter disponible y renunciante de la primera. El artículo 17 de este proyecto prescribía lo siguiente: «*Traslado de competencia.* En el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, las autoridades de los pueblos indígenas tendrán la facultad de remitir a la jurisdicción nacional los casos que, por razones de protección a la integridad étnica o cultural, no acatamiento de la decisión o imposibilidad de control por parte de la autoridad indígena, consideren que deben ser resueltos por las autoridades judiciales ordinarias. Esta decisión no será considerada como denegación de justicia». Para la consulta de este texto, cf. Jimeno Santoyo 1998: 197-203.

me a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización. Así, por ejemplo, una vez asumida esa función jurisdiccional, no pueden las autoridades tradicionales ejercerla de manera selectiva en unos casos sí y en otros no, y surge de manera plena el fuero para los integrantes de la comunidad conforme al cual tienen el derecho a ser juzgados por sus propias autoridades, las cuales, a su vez, tienen el deber de hacerlo [...].<sup>55</sup>

f) La Corte también ha previsto que el indígena puede tener interés en escoger a su arbitrio la jurisdicción que considere le es más conveniente. Esta posibilidad es rechazada en principio, pero se acepta que la jurisdicción nacional por solicitud del indígena sea la que lo juzgue cuando se acredite, por ejemplo, que la jurisdicción indígena «[...] no está en condiciones de garantizar el debido proceso».<sup>56</sup> No sobra anotar que el fallo no formula la hipótesis de una jurisdicción nacional incapaz de garantizar el debido proceso, muy posiblemente porque la considera un imposible fáctico y jurídico.

## **2. Observaciones críticas a las tesis de la Corte Constitucional**

Frente a las tendencias generales de las tesis suscritas por la Corte Constitucional colombiana en relación con el fuero y la jurisdicción especial indígenas, es posible hacer las siguientes consideraciones:

a) La Constitución Política hace explícito reconocimiento de la existencia de una pluralidad de grupos étnicos y culturales con autonomía en sus sistemas de valores, lo cual legitima la vigencia de diferentes órdenes normativos y, por consiguiente, distintas formas de control social. Asimismo, una comprensión cabal del principio de igualdad, cuyo contenido se corresponda plenamente con el paradigma de Estado constitucional de derecho, permite concluir que los pueblos indígenas, por su vulnerabilidad con motivo de las diversas violencias de las que

---

55 Cf. Sentencia T-552 de 2003. La tesis del carácter potestativo del fuero es reiterada en la sentencia T-1238 de 2004 en los siguientes términos: «En una hipótesis tal, es posible que las autoridades tradicionales no tengan la capacidad para asumir el conocimiento de esas ofensas, que no existan precedentes en la comunidad sobre el particular y que no estén en condiciones de hacer efectiva una sanción a los infractores. Así, por ejemplo, no cabría imponerle a un Consejo de Ancianos, que ejerce un precario control social, contra su voluntad, el conocimiento de unos delitos cometidos por individuos de alta peligrosidad, pertenecientes a su comunidad y dentro de su comprensión territorial, si previamente esa autoridad no ha exteriorizado su decisión de asumir el conocimiento de tales delitos [...], la decisión de ejercer la jurisdicción obedece a una opción de la comunidad, expresada a través de sus autoridades cuando quiera que se estime que están dados los presupuestos para ello».

56 Cf. Sentencia T-552 de 2003.

históricamente han sido víctimas, merecen una especial protección, la cual debe abarcar a sus autoridades, territorios, lenguas, modelos de desarrollo y sus concretas expresiones culturales, entre las cuales se encuentran sus específicas formas de resolver sus conflictos y de control social.

b) El fuero y la jurisdicción especial indígenas (Código Penal, artículo 246) son concreción material de diversos principios constitucionales: el pluralismo (Código Penal, artículos 1 y 2), el carácter democrático del sistema político (Código Penal, preámbulo y artículo 1), el respeto a la diversidad étnica y cultural, la protección de la riqueza cultural (Código Penal, artículo 7) y la igual dignidad de todas las culturas que conviven en nuestro territorio (Código Penal, artículos 13 y 70). El conjunto de estos principios obliga al Estado a cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo.<sup>57</sup>

Un enfoque hermenéutico consecuente con estos principios, legitima una interpretación de la Constitución en términos de la competencia exclusiva de la jurisdicción especial indígena en todos los casos que se ventilen conflictos que tengan como protagonista a un miembro de una comunidad indígena organizada, como trataremos de demostrarlo.

A la luz de los principios de igualdad y dignidad de todas las culturas, del respeto a la diversidad étnica y cultural y del pluralismo jurídico, no hay razón que justifique que, cuando una persona no indígena realiza un delito en el territorio indígena con perjuicio de esta comunidad o de sus integrantes, se afirme, sin la menor duda, que la competencia es exclusiva de la jurisdicción del Estado y que a igual conclusión no se llegue respecto de la competencia exclusiva de la jurisdicción indígena para juzgar las conductas de los miembros de dicha comunidad, incluso cuando estas se realizan por fuera del resguardo o en contra de intereses de comunidades diversas o cuando afectan a una persona no indígena.

Asimismo, cuando la conducta realizada por una persona no indígena vulnera de manera grave los derechos de una comunidad indígena o de los integrantes de ella, y la legislación penal del Estado no la tiene tipificada como delito, no es posible derivar de ella ni un mandato de criminalización ni la competencia de la comunidad indígena para juzgarla. Y si de respetar la igualdad de los pueblos se trata, del hecho de que la conducta de un indígena afecte los derechos de otras comunidades o integrantes de estas, y esté tipificada como delito en el ordenamiento nacional, no así en el de su comunidad, no es posible derivar ni la obligación de la comunidad indígena de prescribirle penas ni que pierda la competencia para juzgarla. En uno y otro caso, para ser respetuosos de la igualdad y de los principios enunciados, lo pertinente es la construcción de un diálogo intercultural que,

---

57 Cf. Sentencias T-380 de 1993, T-001 de 1994 y T-523 de 1997.

a partir de la comprensión de las cosmovisiones del otro, genere procesos encausados a un mutuo respeto como condición de paz y unidad nacional.<sup>58</sup>

En este mismo orden de ideas, si es cierta la vocación de respetar el pluralismo y la autodeterminación de los pueblos, en los eventos en los que la comunidad indígena avanza hacia la recuperación de su identidad y la reafirmación de su autonomía, y, por ello, la jurisdicción especial se encuentra en proceso de construcción, no es razonable ni legítimo aducir esta circunstancia para asignarle el tratamiento del conflicto al sistema jurídico estatal y despojar, con ello, a la comunidad de la oportunidad de elaborar instituciones, normas y procedimientos que, de conformidad con su cultura y tradiciones, traten como protagonistas de los problemas que tienen a los integrantes de esta.

Iguales consideraciones cabe hacer en los eventos en los que la comunidad indígena o sus autoridades sean vulnerables a la violencia que pueden ejercer algunos de sus miembros, o cuando, por la carencia de medios coercitivos y organizativos, estén obligadas a optar por no ejercer el poder jurisdiccional. Ante estas circunstancias, lo pertinente sería colaborar con la comunidad y con sus autoridades prestándoles la ayuda necesaria para colocarlos en condiciones de dar solución a sus propios conflictos. Y a esta conclusión es válido llegar no solo porque de esta forma se cumple la axiología constitucional contenida en los principios atrás enunciados, sino también porque el Estado está obligado a prestar dicha colaboración con la jurisdicción de las comunidades indígenas, dado que estas son parte de la rama judicial del poder público, tal como explícitamente lo prescribe la Constitución y lo ratifica la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.<sup>59</sup>

---

58 A esta propuesta parece adscribirse la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2002 cuando expresa que «35- En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (Código Penal, artículo 70) [...]». Y uno de dichos instrumentos, según la misma sentencia, puede ser el proceso penal, con lo cual este perdería «[...] su connotación puramente punitiva y [podría] tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural».

59 Cf., más arriba, nota de pie de página nº 13. Y en la sentencia T-239 de 2002, se hace explícito reconocimiento de la obligación de todas las autoridades del Estado de colaborar con la jurisdicción indígena: «[...] es un hecho comprobado que la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y, como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etcétera, para completar su realización. Por ello, es obligación del Estado, a través de las autoridades (Ministerio del Interior, de Justicia, Inpec) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pueda avanzar en su consolidación».

Además, afirmar que, por razones de impunidad, mayor salvaguarda a los derechos de las víctimas o mejores garantías para los procesados, es válido y legítimo que la jurisdicción especial indígena renuncie o sea desplazada por la jurisdicción penal del Estado del conocimiento de conflictos cuya competencia constitucionalmente les ha sido reconocida, tiene como reparo político que los mismos males que se le imputan a aquella los tiene esta. Si algo caracteriza el sistema penal que administra el Estado colombiano, tal como lo ha denunciado la criminología crítica e incluso la oficial, son los índices de impunidad en general y en particular respecto de las formas de violencia más graves (genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado, tortura, etcétera), la colonización de la jurisdicción por la corrupción, su cooptación o amedrantamiento por poderes subterráneos y tenebrosos, el quebrantamiento de todos los principios constitucionales de naturaleza sustantiva y procesal que normativamente se imponen como límites al ejercicio del *ius puniendo*,<sup>60</sup> y el desconocimiento de los derechos que el Estado constitucional de derecho ha construido a favor de las víctimas.

c) La tesis según la cual «ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse» —pacífica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que traduce correctamente el significado y la relevancia de los principios del respeto a la diversidad étnica y cultural, la igual dignidad de todas las culturas, el derecho de las comunidades indígenas a su autonomía y, consecuentemente, a su propia jurisdicción—, termina siendo negada cuando, a renglón seguido, se asevera que existe una relación directamente proporcional entre el grado de «aculturización» de una comunidad indígena o de un integrante de ella y la competencia del sistema punitivo estatal para conocer del conflicto surgido con motivo de la conducta imputable a un indígena. Las razones que sustentan esta afirmación, son varias.

En primer lugar, el concepto de «aculturización» no tiene ni valor jurídico o político, ni es merecedor de respeto alguno, si con su significado lo que se pretende es encubrir, eufemísticamente, las diversas violencias y discriminaciones que se ejercen y se han ejercido en contra de las comunidades indígenas por parte de los poderes económicos y políticos que representan la «visión mayoritaria» como el despojo de las tierras tradicionalmente habitadas por la comunidad, la criminalización de sus resistencias, el asesinato y desaparición de sus líderes, el avasallamiento por el hambre y la minimización de dichas culturas. Sobre estas realidades, constitutivas de un etnocidio, es imposible, política y éticamente,

---

60 Cf. Londoño Berrío 2003: 184-186. Respecto a la proclividad del sistema penal colombiano, de desconocer sus propias bases de legitimación, cf. Martínez 1999; Orozco Abad/Gómez Albarello 1999; Pérez Toro/Vanegas Yepes/Alvarez Martínez 1997.

construir la legitimidad de la jurisdicción propia de la «visión mayoritaria» para juzgar a los sobrevivientes de tal barbarie.

Además, si, no obstante la «aculturización» de una comunidad, subsisten en ella características que permitan afirmar su carácter indígena y lucha por conservar su identidad cultural apuntalando sus propias formas de control social, usurparle su derecho a juzgar las conductas de quienes la integran constituye, en nuestro sentir, un nuevo etnocidio, pues, con ello, se obstaculiza la posibilidad de reconstruir su propia identidad, entre cuyos elementos el control social autónomo reviste mayúscula importancia.

En segundo lugar, si por «aculturización» se entiende la recepción que hace una cultura minoritaria, como la indígena, de elementos de una mayoría,<sup>61</sup> producto de la interacción permanente que existe entre ellas al compartir un territorio, un Estado y hasta una historia común, ello, por sí mismo, no autoriza a afirmar que la primera ha perdido los rasgos característicos de su identidad cultural, porque esta es dinámica y se construye en diálogo permanente con otras culturas.<sup>62</sup> Además, si nuestra Constitución Política concibe la pluralidad de culturas como una de nuestras grandes riquezas y prescribe que, en forma igualitaria, todas tienen el derecho a la autonomía y reclama la necesidad de un diálogo horizontal e igualitario entre ellas, no porque una de las culturas prohíje elementos de otra, aquella puede ser despojada de sus derechos, entre los cuales cabe contar el derecho a su propia jurisdicción.

---

61 V.gr., el conocimiento del idioma español, la asimilación de nuestras técnicas de producción o costumbres alimentarias, el reputar como disvaliosas conductas que nuestros códigos definen como ilícitas, el imponer las mismas penas del sistema jurídico estatal, como lo es la prisión, etcétera.

62 En el mismo sentido, cf. Sánchez Botero/Jaramillo Sierra 2000, pp. 53 y 56, quienes afirman: «Los indígenas han sido erróneamente pensados como seres cuya identidad ontológica está definida por su nacimiento o por portar determinadas características. No son pensados, ni tratados como seres en devenir, cuya identidad no consiste en el mantenimiento de algo inmanente y estático, sino que se determinan como todos los humanos en sociedad, en invención permanente de su identidad en relación con su mundo y el de los demás. Los sujetos como los grupos sociales, van incorporando conocimiento, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo, que son producto de relaciones sociales cambiantes. Este orden se define por los referentes de la cultura que se ha modificado históricamente y sirve de guía para los comportamientos que otorgan significaciones compartidas [...]»

«La interiorización de elementos socioculturales y de cultura material pertenecientes a otras sociedades y culturas, que supuestamente acaban con la identidad, en muchos casos es condición necesaria para poder existir. La singularidad propia de estas comunidades en las cuales se reproducen y se manifiestan formas diferentes de vida social, son los *sentimientos* y *vivencias colectivas* que siempre son cambiantes y siempre se recrean con el tiempo, sin recurrir a estructuras petrificadas o camisas de fuerza que no se modifican temporal ni definitivamente. Esta es una de las visiones que actúa como presupuesto del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural que debe ser modificada».

De otro lado, no es un despropósito afirmar que nuestra cultura, aunque mayoritaria, es igualmente «aculturizada», tanto por los contactos que esta ha tenido y tiene tanto con otras culturas existentes dentro del país, como con culturas extranjeras. Entre ellos, se encuentran los nexos con las culturas indígenas y nadie, hasta el presente, se ha atrevido a afirmar que, por ello, la jurisdicción indígena adquiere el derecho o la competencia para avocar el conocimiento de las conductas realizadas por personas de nuestro margen cultural, ni siquiera en los eventos recurrentes en que las víctimas son las propias comunidades indígenas.

En conclusión, si queremos ser consecuentes con el derecho a la igualdad de todas las culturas, erigido como principio por la Constitución Política, la jurisdicción especial indígena —expresión del derecho colectivo a la autonomía cultural y étnica— debe ser respetada y privilegiada cuando de un indígena se trate.

d) La «aculturización» del indígena con motivo del desplazamiento que realiza a un lugar por fuera del territorio de su comunidad, bien sea de manera temporal o por un tiempo más o menos prolongado, no es una circunstancia que tenga la entidad de argumento legítimo para determinar la vigencia o no del fuero indígena en un caso concreto. Y ello porque, con sus ausencias temporales, su identidad no se afecta y, antes por el contrario, se puede ver enriquecida.<sup>63</sup> Además, a lo largo de nuestra historia, son plurales las formas de violencia que han afectado la permanencia de los indígenas en sus territorios: la expansión del latifundio y de los narcopropietarios; la explotación minera y petrolera; el deterioro de sus ecosistemas por la explotación ilegal del bosque, la flora, la fauna y los recursos minerales, con el correlativo deterioro de las condiciones para la satisfacción de sus necesidades alimentarias y de vivienda; los megaproyectos que comprometen tierras habitadas por los indígenas; y el desplazamiento forzado con motivo del conflicto armado. Desde luego, ninguna de estas formas de violencia constituye un argumento legítimo para sustentar la tesis de que las comunidades indígenas o sus integrantes pierden el derecho a la jurisdicción especial o al fuero, porque por ellas se vieron obligados a abandonar su territorio para garantizar su existencia.

Agréguese a lo anterior que si a favor de los indígenas «es necesario que se imponga siempre un trato preferencial», como una manera de compensar social y políticamente «el abandono, la humillación y discriminación» a los que han

---

63 V.gr., cuando su desplazamiento se realiza para: asistir a un evento nacional o internacional; visitar a familiares o amigos; realizar actividades políticas y administrativas, como es el caso de los indígenas elegidos para las corporaciones públicas o para regir los destinos de entes territoriales como municipios y gobernaciones; realizar estudios de cualquier grado; marchar hacia una ciudad o municipio, como forma de protesta o denuncia por la violación de sus derechos o como forma de presionar modificaciones en las políticas públicas.

sido expuestos,<sup>64</sup> consecuentemente con ello, debe privilegiarse la vigencia de la jurisdicción y del fuero indígenas, porque es indudable que el sistema de justicia penal en manos del Estado ha sido otra de las formas de «humillación», «discriminación» y aniquilamiento cultural, político y social de dichas comunidades. De ello da fe la historia de la inquisición en Colombia, la criminalización de la lucha indígena por recuperar los resguardos, y la represión a la organización y movilización indígenas en contra de diversas políticas estatales. Por esta razón, si el sistema de justicia penal estatal hace parte del proceso de «aculturización» sufrido por los indígenas, y este no es otra cosa que un transcurso caracterizado por «el abandono, humillación y discriminación», para compensar la desigualdad material que les representa a tales culturas y etnias, se hace necesario entronizar un trato privilegiado, preferencial para ellas, que no puede ser otro que respetar las formas autónomas que culturalmente han creado para la solución de los conflictos intraétnicos.

e) En la actualidad, las comunidades y las organizaciones indígenas son actores políticos que confrontan la legitimidad de diversas políticas públicas del programa de gobierno del presidente Uribe Vélez,<sup>65</sup> lo que han hecho a través de *mingas*, marchas, toma de instalaciones públicas, denuncias ante organismos y ONG internacionales protectoras de los derechos humanos, demandas judiciales, etcétera. Todas estas expresiones de resistencia y de lucha, las cuales han contado, muchas veces, con la participación de toda la comunidad y con el liderazgo y el aval de sus autoridades, por razones obvias, no serán reprochadas y mucho menos castigadas por la jurisdicción indígena. Ante esta situación, el Estado pretende sojuzgarlas con la criminalización, mediante capturas masivas y selectivas y mediante la judicialización amparada en delatores e informantes profesionales. Este conflicto evidencia el interés que tienen algunas autoridades estatales de restringir el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción indígenas, con la correlativa ampliación de la competencia de la jurisdicción penal del Estado, lo que se reputa necesario para vencer la resistencia de pueblos «apabullados, pero no derrotados», feliz expresión de Mauricio Archila,<sup>66</sup> con la cual quiere relevar su valentía ante la arbitrariedad y la infamia.

#### IV. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA JURISDICCIÓN PENAL INDÍGENA

En este acápite, estudiamos los fallos de la Corte Constitucional que se refieren a los conflictos que se presentan entre los contenidos y prácticas propias de la jurisdicción penal que ejercen las comunidades indígenas y los «derechos humanos».

64 Cf. Sentencia T-567 de 1992.

65 Véase, más arriba, acápite II.

66 Archila 2004: 39-40.

Para una descripción integral del tema, consideramos necesario abordar las siguientes materias: las normas jurídicas que regulan el conflicto en el caso colombiano, las cuales no difieren de manera sustancial de otros sistemas jurídicos latinoamericanos (1); los referentes teóricos que han informado las decisiones de la Corte Constitucional (2); los conflictos concretos entre los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas con los derechos humanos y la solución específica dada al caso por la citada corporación (3); y culminamos con un análisis de los límites impuestos a la jurisdicción especial indígena en los fallos descritos y, desde un enfoque político, hacemos una valoración crítica de las tendencias registradas (4).

## **1. Normas jurídicas que regulan el conflicto**

En la historia constitucional colombiana, la jurisdicción especial indígena es reconocida, por primera vez, en la Constitución Política de 1991 como concreción de los acuerdos de la Asamblea Nacional Constituyente reunida ese mismo año, la que tuvo una minoritaria representación indígena. El artículo 246 de esta Constitución, prescribe que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando ellos «[...] no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República». A su vez, el artículo 93 incorpora al ordenamiento interno, con máxima jerarquía normativa, los derechos humanos contenidos en tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Uno de dichos convenios, justamente, es el 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por el Congreso mediante la ley 21 de 1991, que prescribe, en su artículo 8, que los pueblos tienen derecho a conservar sus costumbres, su derecho consuetudinario e instituciones propias, «[...] siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos». Además, en su artículo 9, postula que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos recurren para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, «[...] en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

## **2. Referentes teóricos que han guiado la solución**

Conforme a las normas antes citadas, no existe duda de que los «derechos humanos», nacional e internacionalmente reconocidos, constituyen, en el sistema jurídico colombiano, un límite a la jurisdicción especial indígena.<sup>67</sup> Sin embargo,

---

<sup>67</sup> En este sentido, cf. Sentencia T-254 de 1994, donde se afirma: «La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de

la certeza de esta regla jurídica no es suficiente, por cuanto resta por definir otros asuntos de mayúscula complejidad y relevancia como lo son: la determinación de los derechos humanos que son inderogables e indisponibles para todo pueblo; si el contenido de estos es uniforme en todas las culturas o, si por el contrario, varía conforme a las especificidades de cada una de ellas; y, finalmente, dado que se pretende regular identidades culturales y sociales cuya existencia es muy anterior a nuestro Estado, es perentorio definir los criterios que deben guiar el juicio de ponderación para resolver con justicia y equidad el conflicto entre los derechos humanos de naturaleza colectiva, como lo son la autodeterminación, la autonomía cultural y la igualdad, y los otros derechos humanos positivizados en la Constitución Política y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Para la solución de estos problemas, la Corte Constitucional ha sostenido la tesis de que la Constitución Política «[...] no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional», muestra de lo cual es que prescribe como «regla general» el respeto a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural (Código Penal, artículo 7), pero, simultáneamente, establece sus límites al obligar que su ejercicio sea de conformidad con los preceptos constitucionales o legales (Código Penal, artículos 246 y 330).<sup>68</sup> Sin embargo, como la autonomía y la diversidad étnica y cultural tienen el carácter de principios constitucionales, para que una limitación de ellos esté constitucionalmente justificada, es necesario que se cumplan dos condiciones:<sup>69</sup> la primera es que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía o, lo que es lo mismo, que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la autonomía y la diversidad étnica y cultural; la segunda es que, del catálogo de restricciones posibles, se elija aquella que sea menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. De no cumplirse estas condiciones, puntualiza la Corte, el pluralismo que inspira la Carta Política devendría ineficaz.<sup>70</sup>

Con fundamento en estos argumentos, la Corte infiere que el proceso hermenéutico llevado a cabo para resolver el conflicto debe estar guiado por dos reglas interdependientes entre sí: la «maximización de la autonomía de las comunidades indígenas» y, correlativo a ella, la «minimización de las restricciones a dicha autonomía a las indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía».<sup>71</sup>

---

diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos».

68 Cf. Sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

69 Cf. Sentencias C-139 de 1996 y T-349 de 1996.

70 Cf. Sentencia C-139 de 1996.

71 Cf. Sentencias T- 349 de 1996, T- 523 de 1997 y C-127 de 2003.

Adicionalmente, dado el carácter indeterminado que es propio de las normas constitucionales, la interpretación prevalente es aquella que «[...] mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros» (interpretación «pro indígena»)<sup>72</sup>.

La Corte también asume como hecho incontrovertible que, en muchos casos, se presenta una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, lo que se explica por la divergencia de raíces que tienen estos con las normas consuetudinarias de las comunidades indígenas.<sup>73</sup> Lo anterior hace necesario encontrar unos «mínimos universales éticos» que permitan «[...] trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones». Esos «mínimos éticos» cree encontrarlos en las cartas internacionales de derechos humanos que han surgido como respuesta a estas necesidades y que constituyen «[...] la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores»<sup>74</sup> (cursivas originales).

Si respecto de los referentes teóricos antes descritos es posible aseverar que hay cierto consenso en las sentencias de la citada corporación, no acontece lo mismo con los derechos humanos seleccionados como límite a la jurisdicción especial indígena. En efecto, la sentencia T-254 de 1994, que inaugura la discusión, ubica tal límite en la totalidad de los derechos humanos que están consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, pues estos configuran, según la Sala, un «[...] código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos».

---

72 Cf. Sentencias SU-510 de 1998 y C-127 de 2003.

73 Cf. Sentencias T-254 de 1994, C-139/96, T-349/96, T-496/96 y SU-510 de 1998. La sentencia T-254 de 1994 presenta la tesis en los siguientes términos: «Mientras que estos (los derechos humanos) filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal». En la sentencia SU-510 de 1998, el argumento es del siguiente tenor: «48. La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones».

74 Sentencia T-254 de 1994.

En cambio, la sentencia T-349 de 1996, luego de un estudio de la misma normatividad, concluye que el núcleo de derechos que limita a la jurisdicción indígena está integrado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, y aduce dos razones para ello: la primera es que «[...] únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural»; la segunda es porque este grupo «[...] se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado». A ellos, se suman, por expresa exigencia del artículo 246 de la Carta Política, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas.

A su turno, la sentencia SU-510 de 1998, que trata de unificar los criterios respecto de los asuntos sobre los cuales hay divergencias en las diversas salas de tutela, reitera esta última fundamentación y adiciona que la dignidad humana, esto es, la no afectación del «[...] núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad», también constituye un límite a la autonomía de las autoridades indígenas.

### **3. Conflictos concretos entre los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas con los derechos humanos**

Es pertinente, ahora, ocuparnos, por su valor ilustrativo, de algunos de los más importantes conflictos que ha debido encarar la Corte Constitucional colombiana sobre los límites sustanciales que nuestro ordenamiento jurídico le impone a la jurisdicción especial indígena.

#### **a. La legalidad del proceso y el derecho a la defensa**

En la sentencia T-349 de 1996, se suscribe la tesis de que la legalidad del proceso es un límite material de la jurisdicción indígena cuyo fundamento es el artículo 246 de la Carta Política, el cual prescribe que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las «normas y procedimientos» de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de estos antes del proceso y de la decisión a fondo sobre la conducta objeto del juzgamiento.<sup>75</sup> Se argumenta, además, que, en razón

---

<sup>75</sup> En el mismo sentido, la sentencia T-254 de 1994, en la cual se afirma que el derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas (Código Penal, artículo 246). El debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta, y la Corte considera que su contenido no puede ser otro que la plena vigencia y el respeto de las garantías y derechos que permiten afirmar que es «debido», esto es, legítimo: los principios de legalidad, de imparcialidad, del juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desco-

del carácter prevalentemente no escrito de los sistemas jurídicos indígenas, el principio del «debido proceso» debe interpretarse en términos «[...] de lo que es necesario para asegurar *la previsibilidad* de las actuaciones de las autoridades», porque, de no procederse así, se terminaría vulnerando el derecho a la autonomía cultural.<sup>76</sup> Dicha «previsibilidad», en los términos de esta sentencia, significa que la actuación debe ser conforme a las tradiciones de la comunidad, a la forma como ella ha juzgado sus conflictos en el pasado, lo cual no comporta «[...] volver completamente estáticas las normas tradicionales», porque, perentoriamente, debe reconocerse el carácter dinámico que tiene toda cultura, incluso aquellas en las que el peso de la tradición es muy fuerte.

Este asunto fue nuevamente abordado en la sentencia T-523-97, en la que se valoró la legalidad del proceso que se había adelantado en contra de miembros de la comunidad, a quienes se les imputaba haber instigado a un grupo insurgente mediante una falsa información (vínculos con el paramilitarismo) para sacrificar la vida del alcalde municipal, miembro igualmente de la comunidad. La autoridad indígena competente (gobernador del cabildo) ordenó que la investigación se adelantara con la colaboración de otros cabildos de la misma región, en atención a que el caso era grave por tener como autores materiales a integrantes de un grupo insurgente. La Corte constató que el procedimiento había sido instaurado por convenio con participación de los diversos cabildos, precisamente, para enfrentar «[...] los casos en los que estuvieran involucrados grupos armados», razón por la cual concluyó que tal circunstancia hacía previsible el procedimiento adelantado y, por ende, su legalidad. Además, así el procedimiento no fuera, en estricto sentido, el seguido por los antepasados, por haber sido instaurado en fecha reciente (1984), ello tampoco era óbice para negar su legalidad, porque «[...]

---

nocimiento de cualquiera de estas garantías constitucionales para el juzgamiento y la sanción constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso. La sentencia T-048 de 2002 declaró nulo el proceso adelantado por la comunidad indígena mediante su cabildo, por quebranto del debido proceso, argumentado que se pretermitió el procedimiento que, para el efecto, prevé su propio reglamento interno —requerimiento, amonestación y decisión unánime de la asamblea— por omitir investigar las acusaciones que le fueron formuladas al imputado por faltas que habría cometido en ejercicio de su cargo de gobernador del cabildo y por no haberle dado la oportunidad de explicar su conducta.

76 Cf. Sentencia T-349 de 1996: «[...] la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse [...]. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta».

el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico», esto es, transformarse atendiendo a los ámbitos de conflictos que le corresponde asumir y conforme la interacción que la comunidad construya con otras realidades culturales.<sup>77</sup>

La sentencia T-349 de 1996 también redefine el derecho a la defensa para comprender en él instituciones propias de la jurisdicción especial indígena. En la tradición liberal, este derecho se ha entendido integrado tanto por la defensa material como por la defensa técnica, las cuales deben concurrir en los momentos trascendentales del proceso. Sin embargo, en el caso de la jurisdicción indígena, se le reconoce validez a la asunción de la defensa por los parientes del procesado, así estos carezcan de formación profesional.<sup>78</sup> En posteriores decisiones, la Corte ha ratificado que, en los juicios que se adelantan en la jurisdicción indígena, no se impone que la defensa sea asumida por un abogado,<sup>79</sup> sino que, válidamente, puede ser ejercida, por ejemplo, por un miembro de la comunidad que conozca su lengua y sus costumbres, sin perjuicio de que el acusado pueda adelantarla por sí mismo en forma directa.<sup>80</sup>

---

77 Cf. Sentencia T-523-97, en la cual se agrega: «[...] el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social».

78 Cf. Sentencia T-349 de 1996, en la que se vincula el siguiente argumento: «Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que, dentro de su cosmovisión, se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual solo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. Fue la necesidad de ese acuerdo, justamente, la que determinó que se realizara el segundo juzgamiento por parte de toda la comunidad, pues en el juicio realizado en el Cabildo se había omitido ese requisito esencial. Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales».

79 Cf. Sentencias T-253 de 1997 y T-601 de 2001.

80 Cf. Sentencia T-523 de 1997, en la cual se expresa: «[...] los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y, además, tiene la oportunidad

## **b. Principios de proporcionalidad y redención de la pena**

A estos efectos, la sentencia T-048 de 2002, al valorar la pena de expulsión definitiva de la comunidad impuesta al procesado por el cabildo indígena, la reputó como violatoria del principio constitucional de proporcionalidad y afirmó el carácter redimible que debe ostentar toda pena. De tal manera que resulta excesivo y desproporcionado conminar al integrante de un grupo social étnico, como el actor, con fuerte conciencia colectiva, a vivir indefinidamente alejado del grupo, como quiera que tal decisión desconoce el profundo significado de la relación comunitaria que debe animar a las comunidades indígenas, en especial, con aquellos que, como el actor, se han empeñado en demostrarla.

De otro lado, el artículo 28 de la Constitución Política prohíbe las penas irredimibles y el artículo 34 hace lo propio con la cadena perpetua, de tal manera que, aunque la expulsión del territorio —sanción usual en las comunidades indígenas— no resulta *per se* inconstitucional —dada su diferencia con la pena de destierro—, las comunidades que la imponen están obligadas a adoptar los mecanismos que permitan su redención, de modo que el alejamiento cumpla la función de reconciliar al infractor consigo mismo y con la comunidad a la que defraudó, y no se presente como una simple y odiosa retaliación —artículos 28, 29 y 34 del Código Penal—.

## **c. Principio de culpabilidad por el acto**

En la sentencia T-811 de 2004, se valora la prueba relativa a un homicidio cometido en contra de un miembro de la comunidad indígena y se concluye que el indígena condenado no fue «[...] el causante de la muerte que se le imputa» o, lo que es lo mismo, «[...] dicho resultado no hizo parte de la exteriorización de su conducta, de lo efectivamente realizado por él», así se hubiere producido en el contexto de una riña en la que este tuvo papel protagónico. Sobre estos supuestos, la Corte decidió que, en el caso concreto, se violó el principio de culpabilidad, porque al procesado se le impuso una pena por un acto que no cometió, consecuencia de aplicar un derecho penal de autor y no de acto.<sup>81</sup> En virtud de lo

---

de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra [...]. 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».

81 Cf. Sentencia T-811 de 2004. Es importante anotar que la Corte, en este fallo, identifica el principio de culpabilidad con la proscripción de la responsabilidad objetiva y lo entiende contenido en el reconocimiento constitucional de la dignidad humana.

anterior, el fallo le ordena a las autoridades del resguardo dejar sin efectos la pena impuesta al indígena condenado y las exhorta a darle el mismo tratamiento que estas le impusieron a otros partícipes de la riña, no así del homicidio.

#### **d. Prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes**

Sobre esta materia, en la sentencia T-523 de 1997, se encara la problemática atinente a la pena del «fuate», muy común entre las comunidades indígenas de nuestro país y descrita como una flagelación con «perrero de arriar ganado» que, en el caso concreto, se ejecuta en la parte inferior de las piernas. Para la Corte, este tipo de sanciones contrasta con la visión hegemónica de la sociedad mayoritaria, que rechaza las penas corporales «[...] porque atentan contra la dignidad del hombre», pero, en el caso de las comunidades indígenas que la tienen incorporada a su ordenamiento, las reputa válidas y legítimas, porque «[...] su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo»; en otras palabras, es «[...] una figura simbólica [...], un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía». Y agrega que no puede equipararse a la tortura, pues el sufrimiento y el daño corporal que podría causar es mínimo, amén de que tampoco podría considerarse como pena degradante porque su finalidad no es humillar al individuo, someterlo al «escarmiento» público, «[...] sino buscar que recupere su lugar en la comunidad». El fallo señala como significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

En la sentencia T-349 de 1996, se asume igualmente que la pena del cepo tiene como contenido una aflicción corporal, pero no subsumible dentro de la pena o trato cruel e inhumano, porque la forma y la duración con la que se aplica no produce ningún daño en la integridad del condenado, fuera de que hace parte de la tradición de la comunidad y esta la considera valiosa «[...] por su alto grado intimidatorio y su corta duración». En conclusión, «[...] ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad».

#### **e. Derechos de la víctima**

En la sentencia T-552 de 2003, se vincula la tesis de que la jurisdicción indígena tiene que dar cuenta de los intereses o derechos de la víctima, los cuales comprenden, además de los patrimoniales, «[...] saber la verdad y que se haga justicia», conceptos que significan que debe «[...] constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad».<sup>82</sup> Para ella, tienen tal importancia los derechos de la víctima que, cuando el afectado es una persona ajena

---

82 Sobre los derechos de la víctima en el sistema penal en conjunto, cf. Sentencia SU-1184 de 2001.

a la cultura (conflicto intercultural), así las conductas investigadas se hubieren producido en el ámbito territorial comprendido por la jurisdicción indígena, exige valorar, además, si cabe ubicarlas en el «ámbito cultural» propio de la comunidad que reclama la jurisdicción y, en su defecto, «[...] podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanción de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional».<sup>83</sup>

#### **e. Legalidad de la ejecución de la prisión provisional y de la pena privativa de la libertad**

En la sentencia T-239-02, se aborda el problema relativo a si es legítimo y válido que la detención preventiva (prisión provisional) y las penas privativas de libertad impuestas por la jurisdicción indígena sean ejecutadas por autoridades de la jurisdicción ordinaria y cumplidas en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del sistema penal estatal. En el caso específico, la comunidad había producido un documento escrito en el cual se preveía que la detención preventiva y las penas privativas de la libertad podrían cumplirse en las cárceles de los municipios en los cuales estaba ubicado el resguardo mientras la comunidad lograba construir sus propios centros de reclusión, y advertía que el encarcelamiento debía constituir el «último remedio» dentro del catálogo de penas previstas en dicho estatuto (multas, calabozo, trabajo comunitario).<sup>84</sup> Sobre estos presupuestos, se asume que el principio de legalidad de la pena se cumple satisfactoriamente y, además, dado que «[...] la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo», porque, en muchos casos, «[...] no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etcétera», se obliga a todas las autoridades del ejecutivo, carcelarias y a la misma jurisdicción ordinaria a prestar una

---

83 En el caso concreto, el conflicto investigado fue catalogado como puramente interno de la comunidad, «[...] porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial» y, conforme a la «[...] doctrina constitucional consolidada», se concluyó que la jurisdicción indígena era la competente para conocerlo.

84 El documento, que tiene como nombre *Constituyente Embera*, prescribe que «Los hechos ocurridos en territorio indígena entre personas indígenas son de competencia de la comunidad de Cristianía, según sus normas y procedimientos», pero, adicionalmente, hace la salvedad de que si la comunidad lo considera necesario, «[...] tiene la facultad de enviar estos casos a la justicia ordinaria». Además, «Si la comunidad impone detención preventiva o sanciona con cárcel, esta debe cumplirse en los establecimientos de Andes y de Jardín, para lo cual debe solicitarse la colaboración del Inpec y del Alcalde Municipal». En cuanto al carácter de *ultima ratio* de la sanción de cárcel, reza así el documento: «La sanción de cárcel debe ser aplicada con cuidado, porque puede resultar más grave encarcelar a los compañeros, que aplicarles otro tipo de sanción, por lo cual debe aplicarse como último remedio. El Cabildo y el Consejo gestionarán en lo posible la adecuación de locales dentro del territorio del Resguardo para las detenciones prolongadas, o la celebración de acuerdos con la OIA o con otras comunidades para trasladar detenidos».

colaboración permanente para «[...] convertir en realidad tal autonomía» con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pudiese avanzar en su consolidación.

#### **f. El bien jurídico**

El bien jurídico, elevado por el paradigma del Estado constitucional y la cultura penalística ilustrada a la condición de principio, esto es, límite al ejercicio del *ius puniendi*, obliga a circunscribir lo que es objeto de tutela penal a las relaciones sociales fundamentales, esto es, a las condiciones básicas de existencia de la vida en sociedad, con lo cual se garantiza el espacio más amplio de la libertad y el respeto a la pluralidad de las diversas opciones de vida. El control social formalizado de un sistema penal cuyos contenidos respeten la dimensión de garantía del bien jurídico deberá abstenerse, por razones obvias, de criminalizar el ejercicio de las libertades fundamentales (expresión, asociación, pensamiento, libre desarrollo de la personalidad, religiosa, de cultos, etcétera) y las conductas que no afectan los derechos fundamentales, y hará una proscripción radical de su intervención en el ámbito de las conductas que solo afectan la moral, por muy mayoritaria que sea.<sup>85</sup>

Dicho principio, como lo reconoce la misma Corte Constitucional,<sup>86</sup> está explícitamente contenido en la Constitución de 1991. No obstante, en el estudio de constitucionalidad del artículo 5 de la ley 89 de 1890,<sup>87</sup> realizado en la sentencia C-139 de 1996, luego de advertir que la norma comporta trasgresión tanto del principio del bien jurídico como del principio de legalidad, al facultar a las jurisdicciones especiales que ejercen las comunidades indígenas a definir como hechos punibles las meras «faltas morales», declara legítima y válida tal disposición argumentando que el esquema jurídico de separación tajante entre la moral y el derecho, predominante en la sociedad colombiana, no tiene igual vigencia entre los destinatarios de la norma, esto es, los integrantes de los pueblos indígenas. Conforme con ello, opta por respetar la particular cosmovisión de sus conflictos y controles sociales.<sup>88</sup>

---

85 Hoy es preciso afirmar que el bien jurídico poco sirve para la construcción de diques y límites del *ius puniendi*, pues el carácter normativo y artificial que ostenta el concepto, producto de procesos consensuales precarios o de relaciones de dominación, lo han hecho ampliamente susceptible de manipulaciones y perversiones.

86 Cf. Sentencias C-198 de 1997, C-237 de 1997, C-746 de 1998, C-317 de 2002 y C-984 de 2004.

87 Cuyo tenor es el siguiente: «Artículo 5. 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».

88 Sentencia C-139 de 1996: «La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida esta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría las disposiciones de la Constitución Política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía

En cambio, en la sentencia SU 510 de 1998, la Corte declara que el principio del bien jurídico es un límite material de la jurisdicción indígena al declarar como ilegítimo y arbitrario que se sancione a un miembro de la comunidad por el simple hecho de abandonar la cosmovisión indígena y adoptar un nuevo credo religioso, lo que fundamenta aduciendo que «[...] la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial —el mínimo de los mínimos— de la libertad de cultos».

Sin embargo, resulta muy importante que, en el mismo fallo, se declaren constitucionalmente válidos los siguientes hechos: i) que la comunidad indígena le imponga sanciones a quienes, con motivo de las nuevas creencias, incumplen las normas tradicionales, omiten sus deberes colectivos o irrespetan a la autoridad, porque son prescripciones que obligan igualmente a los restantes integrantes de ella;<sup>89</sup> ii) que las autoridades indígenas impidan la práctica del culto evangélico dentro del territorio del resguardo mediante formas como el cierre del templo y la prohibición del culto colectivo en lugares públicos, o que prohíban el ingreso al resguardo de personas extrañas a la comunidad como, por ejemplo, los predicadores de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC); iv) que se construyan, en el resguardo, instalaciones para realizar el culto evangélico. Las razones expuestas para sustentar estas decisiones fueron las siguientes: que los dogmas y prácticas del grupo evangélico amenazaban la existencia misma de la cultura indígena;<sup>90</sup> y que los resguardos y territorios eran propiedad colectiva, con carácter

---

amplio otorgado a las comunidades por los artículos 7 y 246 de la Carta con el fin de preservar los usos y costumbres de estas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, como se afirmó anteriormente, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por el legislador (artículo 246 de la Constitución Política) y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto».

89 Cf. Sentencia SU- 510 de 1998: «La interdicción de perseguir al disidente por el mero hecho de serlo no implica que este adquiera un título válido para dejar de cumplir las reglas de la vida comunitaria que todos deben acatar en razón de su condición de miembros de la comunidad [...]. Es posible que el nuevo sentimiento religioso exponga al disidente a inobservar reglas de la vida social que se inspiran en los valores espirituales vernáculos. La autoridad encargada de sancionar las violaciones a las pautas que ordenan la vida social, mientras se limite con objetividad a aplicar lo que en la comunidad es el derecho válido, no incurre ciertamente en arbitrariedad».

90 Cf. Sentencia SU- 510 de 1998, donde se comparan las dos cosmovisiones involucradas en el conflicto: «(1) En la cultura Ika —a diferencia de otras culturas— existe una estrecha relación entre el ámbito de lo sacro —la religión— y el de lo profano —lo político y lo jurídico—. En esa medida, un cambio de paradigmas religiosos produciría un efecto notable en términos de la legitimidad (a) de la organización política existente, (b) de las normas que regulan la vida individual y comunitaria del sujeto, y (c) de las autoridades encargadas de diseñar y aplicar tales normas.

de «derecho fundamental», por constituir el principal medio de subsistencia y formar parte de la «cosmovisión y religiosidad» indígenas, razón por la cual la comunidad tiene la facultad tanto de decidir autónomamente quién puede o no entrar y permanecer en su territorio, como de prohibir la construcción en él de instalaciones por parte de personas extrañas a su cultura.<sup>91</sup> En la sentencia T-1022 de 2001, se reiteran las conclusiones anteriores al analizar un conflicto de idéntica naturaleza entre otra comunidad indígena y los miembros de ella que profesan el culto evangélico y los predicadores de la IPUC.<sup>92</sup>

---

(2) El carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos choca frontalmente con la concepción del sujeto contemplada por la cosmovisión Ika y con las responsabilidades que esa misma cosmovisión ha asignado a los indígenas serranos, de las que se derivan roles y tareas sociales bien definidas.

(3) Las prácticas rechazadas por la IPUC (como el uso del poporo, la seguridad, la ofrenda y el pago, la confesión con los mamos, la realización de “trabajos tradicionales”, la participación en ritos colectivos, etcétera) forman parte del núcleo esencial de la filosofía práctica y religiosa de los Ika y su incumplimiento está catalogado por el sistema jurídico arhuaco como una falta que puede generar, incluso, la expulsión del resguardo».

91 Sentencia SU- 510 de 1998: «El ingreso de otros dioses, definitivamente, notifica a los arhuacos el inicio de la profanación de sus símbolos sagrados. La identidad cultural no puede dejar de manifestarse en una lucha por la defensa de su territorio abierto únicamente a su culto. La pretensión de exclusividad —opuesta a las prácticas religiosas extrañas en su territorio—, por las razones expuestas, encuentra asidero en el derecho de la comunidad y de sus miembros a preservar su propia religión. Si le fuera dado a los jueces de tutela, haciendo caso omiso de la legítima pretensión de defender la propia identidad cultural, garantizar a terceros las acciones de proselitismo en territorio arhuaco, se habría patentado la forma más eficaz y rápida para poner término a esta cultura milenaria».

92 Cf. Sentencia T-1022 de 2001. En ella, se expresa que, del hecho de que los indígenas adscritos a la religión evangélica hicieran extensivas sus creencias religiosas a otros campos de la vida social, como el desconocer la autoridad del cabildo y negarse a continuar con las prácticas de producción y desarrollo comunitario establecidos, cabía derivar que atentaban «[...] contra la forma de vida que la autoridad indígena intenta preservar» y daban pábulo a una «[...] ruptura de las relaciones pacíficas de los miembros del resguardo». Y con respecto a los derechos involucrados en el conflicto, fundamenta su decisión así: «[...] sobre la admisión para que miembros de la comunidad Yanacona participen del culto de la IPUC, pero fuera de los territorios del resguardo, así como en lo atinente a la exclusión del predicador demandante, la Corte considera que, existiendo derechos en conflicto, de un lado, el del Cabildo del resguardo indígena de Caquiona que en este caso concreto y enfrentado a otro interés como el de la libertad religiosa, y sopesados ambos valores, se debe dar primacía, en las circunstancias particulares de este caso, a los derechos fundamentales del pueblo Yanacona en cuanto integridad étnica y cultural, y en cuanto propiedad colectiva sobre su resguardo. Asimismo ejercieron su derecho de exclusión del territorio del resguardo para impedir la entrada o permanencia del predicador, quien es una persona extraña a la comunidad».

#### **4. Análisis de los límites materiales impuestos por la Corte Constitucional a la jurisdicción indígena**

Un estudio a fondo de las sentencias aquí descritas exige dar cuenta de problemas relacionados con el origen, la naturaleza, la universalidad, la historicidad y la politización de los derechos humanos, y, además, con la repercusión que, en su contenido, vigencia, validez y legitimidad, tiene el enfoque multicultural, una tarea perentoriamente interdisciplinaria que rebasa los objetivos de este ensayo y, obviamente, nuestras posibilidades. Por estos motivos, consideramos suficiente circunscribir el análisis a registrar las tendencias más significativas de los fallos y a valorar las tesis expuestas en ellos desde un enfoque sociopolítico.<sup>93</sup>

a) En cuanto a tendencias, debemos registrar que la Corte Constitucional no ha logrado claridad sobre cuáles son los derechos humanos específicos que sirven de límite a la jurisdicción penal indígena. Inicialmente, sostuvo una concepción que los abarcaba todos; luego, se limitó a prescribir unos pocos (vida; proscripción de la tortura, prohibición de la esclavitud; y legalidad del proceso, de los delitos y de las penas); y terminó vinculando un concepto omnicomprendivo como la dignidad humana. En decisiones posteriores, las cuales supuestamente prohíjan la tesis restrictiva, vinculó otros derechos como límite —por ejemplo, la proporcionalidad de la pena y el carácter redimible de esta, los derechos de la víctima y la culpabilidad por el acto—.

La dificultad que representa la vinculación de estos últimos derechos como límites materiales a la jurisdicción indígena es que su contenido y su significado se definen a partir de baremos propios de nuestro margen cultural en los cuales no existe un consenso sobre estos. La culpabilidad por el acto, por ejemplo, ni en la doctrina nacional ni en la extranjera, ni en las legislaciones penales, tiene un significado unívoco. En unos casos, partiendo de una concepción antropológica que afirma el «libre albedrío», termina equiparada a un juicio de reproche que valora la capacidad individual de comprender el significado antijurídico del acto y de adecuar la conducta a las exigencias del derecho; en otros, que entienden la necesidad de inscribir la conducta en un contexto sociopolítico, la culpabilidad es un juicio de exigibilidad en el cual se valora de manera especial el grado de compromiso que el sistema tiene con el reconocimiento y el auténtico respeto de los derechos fundamentales de la persona.<sup>94</sup> En estas condiciones, ¿cuál concepto

---

93 En otra ocasión, tuvimos la oportunidad de realizar una valoración crítica de la mayoría de los fallos aquí descritos desde un enfoque jurídico-constitucional. Cf. Londoño Berrío/Vargas Restrepo 2000: 117-135. Véase también el estudio antropológico y jurídico realizado por Sánchez Botero 2004.

94 Cf., en tal sentido, Baratta 2004: 322-323. Este autor, por la tradición que existe de equiparar la culpabilidad a una específica «actitud interior del sujeto», lo que omite tomar en cuenta la di-

de culpabilidad ha de imponérselos a las comunidades como límite al ejercicio de su poder jurisdiccional?

En cuanto a los derechos de la víctima, no se puede desconocer que, con frecuencia, han sido perversamente instrumentalizados para legitimar una maximización de los sistemas punitivos y para aniquilar, suspender o limitar los derechos del procesado, del imputado y del condenado. Y esto es precisamente lo que acontece en el fallo descrito,<sup>95</sup> en el que, con el pretexto de la salvaguarda de los derechos de la víctima, se le exige a la jurisdicción indígena, so pena de ser despojada de su poder, no dejar «impune» la conducta del indígena, lo que implica criminalizarla, particularmente cuando el afectado no es integrante de la comunidad. De esta forma, la Corte, a la vez que privilegia un enfoque cuestionable del rol de la víctima en el proceso penal,<sup>96</sup> incurre en una intromisión ilegítima en la autodeterminación del pueblo indígena, cuyo sentido no es otro que garantizarle la autonomía para construir sus formas concretas de resolver o tratar los conflictos que tienen como protagonistas a sus integrantes, las cuales, muchas veces, sin ser punitivas, tienen la condición de ser idóneas y eficaces para reconstruir el tejido y restaurar la paz dentro de dicha comunidad.

Y cuando la Corte menciona que la pena debe ser proporcional, redimible y no perpetua, y que éstas características son un límite de los sistemas punitivos instaurados por las comunidades indígenas, inmediatamente, nos viene a la mente el problema de la legitimidad de tal exigencia por varias razones: la primera, porque en nuestro margen cultural, en el que prevalece la pena privativa de la libertad, el

---

mención sociopolítica de la conducta, considera pertinente llamarlo «principio de exigencia social del comportamiento conforme a la ley», del cual expresa: «En una construcción dogmática basada en el contexto situacional de la acción, más que un “elemento interior”, tan difícilmente operable, como lo demuestra la experiencia teórico-práctica, tendrían que definirse las siguientes series de requisitos normativos: 1. Causas de no exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y criterios de verificación en relación al contexto situacional de la acción y a los roles sociales o institucionales cubiertos por el sujeto en la situación problemática. 2. Criterios de evaluación del espacio de alternativas comportamentales a disposición del sujeto en la situación problemática en que se ha llevado a cabo la acción».

95 Cf., más atrás, IV.3.e.

96 Cf. Baratta 2004: 316-317, quien, luego de relevar las distorsiones del sistema penal desde el punto de vista de los intereses de la víctima, concluye que la salvaguarda de estos podría lograrse de una manera más eficaz e integral con una estrategia de «privatización de los conflictos», esto es, con la descriminalización, la cual debe abarcar «[...] buena parte de los conflictos sobre los cuales incide la ley penal». Y agrega que, desde la perspectiva de un derecho penal mínimo, del principio de «primado de la víctima» tendría que derivarse un programa encausado a «Sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas».

carácter incomensurable de esta y el hecho de que afecta muchos más derechos de la estricta libertad ambulatoria, hace honestamente imposible compararla con cualquier injusto o grado de «culpabilidad»; la segunda, porque esta misma corporación, en oportunidad no muy lejana, llegó a expresar que la pena de prisión de sesenta años impuesta a imputables, cuando tal condición exige en Colombia una mayoría de edad de 18 años, no solo no es perpetua, sino que también puede tener una finalidad resocializadora.<sup>97</sup>

b) Por nuestra formación liberal en lo político, nos es imposible renunciar a la idea de la necesidad de construir límites al ejercicio del poder, especialmente si este interviene sobre esferas fundamentales de la vida de las personas como es lo propio del sistema penal. Por esta razón, podríamos estar de acuerdo en vincular la vida; la dignidad humana; la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; y la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas como derechos-límite al ejercicio del poder jurisdiccional por parte de las comunidades indígenas. Sin embargo, el significado de estos no puede ser el que, autárquicamente, les otorga nuestra cultura ni los poderes que dicen representarla.

Consciente de esta situación, la Corte Constitucional ha hecho loables esfuerzos por encontrar una solución y, en tal sentido, ha propuesto como tesis que los derechos humanos y sus garantías deben ser interpretados de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las comunidades en donde operan y tienen vigencia. De no procederse de esta forma, se aniquilarían la autonomía cultural, la igual dignidad de todas las culturas, el pluralismo cultural y jurídico, y la propia jurisdicción indígena.

Tal tesis es sugestiva a primera vista, pero tiene como inconveniente que la comprensión del significado y del contenido del derecho, en términos que se corresponda a la especificidad de la cultura indígena que se valora, la hacen funcionarios judiciales que pertenecen a otra, que, aunque mayoritaria, tiene la mácula de que, históricamente, ha «ninguneado» o despreciado a las indígenas. Además, así en la tradición cultural de Occidente exista un consenso sobre el carácter inalienable e indisponible de dichos derechos, no acontece lo mismo con su significado. Tal es el caso de la «dignidad humana», cuya vaguedad y polisemia llega a tal punto en nuestro margen cultural que los tratados y convenios internacionales

---

97 Cf. Sentencia C-565 de 1993, la cual valoró la exequibilidad del artículo 28 de la ley 40 de 1993, que prescribía sesenta años como término máximo de duración para la pena de prisión. El argumento para afirmar que esta norma no quebrantaba la prohibición constitucional de penas perpetuas e irredimibles fue el siguiente: «La norma analizada no contiene el señalamiento de una pena perpetua. Lo perpetuo es lo intemporal, esto es, lo que no tiene límites ni medidas en el tiempo, lo infinito, de tal suerte que tiene un comienzo pero no un fin. La norma en comento tiene un límite temporal preciso y determinado; por lo tanto, no puede decirse que ella es perpetua».

de derechos humanos, para encontrar consenso entre los diversos países que los suscriben, llegan, en nuestro sentir, al exabrupto de convalidar, de manera implícita, la tesis de que esta no se ve afectada con la pena de muerte y llegan también, desde nuestra particular concepción, a la perversión política de erigir como derecho a la «seguridad nacional», con estatus superior a los derechos humanos de las personas,<sup>98</sup> tesis que, en alguna oportunidad, suscribió nuestra Corte, precisamente, para ponerle límites a los derechos de las comunidades indígenas.<sup>99</sup>

Algo idéntico se puede afirmar del «derecho a la vida», que, aunque sobre él exista consenso de que es una «barrera infranqueable» para el poder punitivo, tanto para el ejercido por el Estado como por una comunidad con reconocimiento político, la definición de su contenido, alcance y jerarquía respecto de otros derechos no deja de ser conflictiva. Para corroborar este aserto, basta ejemplificar, con

---

98 Cf. Baratta 2004: 199-220. Este autor señala que, conceptualmente, hay dos modelos opuestos de «la política de seguridad»: uno, el modelo del «derecho a la seguridad»; el otro, «el modelo de la seguridad de los derechos». Con respecto al primer modelo, que prescribe la existencia de un «derecho fundamental a la seguridad», dice que este es: «[...] el resultado de una construcción constitucional falsa o perversa. En efecto, tal construcción será superflua, si significa la legítima demanda de seguridad de todos los derechos para todos los individuos (en este caso, antes que de derecho a la seguridad, será correcto hablar más bien de seguridad de los derechos, o de “derecho a los derechos”), o bien será ideológica, si implica la selección de algunos derechos de grupos privilegiados y una prioridad de acción del aparato administrativo y judicial en su favor y, al mismo tiempo, limitaciones a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en las Convenciones Internacionales [...]». Y con respecto al modelo de «seguridad de los derechos», que comporta una política integral de protección y satisfacción de los derechos fundamentales y humanos, expresa que «[...] no es solo un modelo posible (pero improbable), alternativo a aquel existente (pero no necesario); es también un modelo legítimo, porque corresponde a la validez ideal de las normas contenidas en la Constitución del Estado social de derecho, al derecho internacional de derechos humanos y a la demanda social de implementación de estas normas». Y la política de prevención y seguridad consecuente con este modelo debe abrazar: «[...] un campo extremadamente más amplio que la perspectiva restringida de la “lucha” contra la criminalidad (una lucha directa sobre todo o solamente hacia el control de los excluidos). Esa es, también y sobre todo, una lucha contra la exclusión social y contra los mecanismos inhumanos y esclavizantes de acumulación impuestos por la globalización neoliberal de la economía; una lucha, en suma, por una sociedad basada sobre la realización de las necesidades reales, es decir, de las potencialidades de desarrollo de los individuos y de los pueblos».

99 Cf. Sentencia T-405 de 1993, en la cual se decidió que la instalación de un radar y la presencia de tropas militares en el territorio de una comunidad indígena, con la finalidad de «[...] controlar actividades delictuosas relacionadas con el narcotráfico», no vulneraban el derecho de propiedad colectiva de la comunidad sobre su territorio, porque, sobre este derecho, prevalecían los derechos colectivos de la nación, representados por «[...] la preservación de la seguridad nacional, de la soberanía del Estado y de la conservación del orden público».

todo, el debate suscitado en nuestro país con la criminalización del aborto y con la legalización de la muerte asistida en algunos supuestos (eutanasia).

Respecto del aborto, la política criminal desarrollada por la ley siempre ha sido restrictiva y, en ello, ha contado con el aval de la Corte Constitucional,<sup>100</sup> cuyo argumento ha sido que, por la importancia de la vida humana de la que es titular el *nasciturus*, el Estado está obligado a darle una tutela eficaz, la cual no la puede sino suministrar el sistema penal,<sup>101</sup> en otras palabras, la consagración constitucional del derecho a la vida comporta, para el legislador, un mandato de criminalización.<sup>102</sup> Lo paradójico es que la Corte cita como fundamento de su

---

100 Cf. Sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997 y C-213 de 1997. En la sentencia C-013 de 1997, explícitamente, se le da el estatus de persona humana al *nasciturus* en los siguientes términos: «El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo. Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros —la intangibilidad de la vida del *nasciturus*, por ejemplo— que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos».

101 En la sentencia C-133 de 1994, se fundamenta dicha obligación así: «El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado». La Corte parte del supuesto ampliamente controvertido, incluso por la criminología liberal, de que el sistema penal es un instrumento eficaz para la prevención del aborto. Las razones de la inidoneidad del sistema penal, en este como en otros conflictos, es que: i) el control penal interviene sobre los efectos y no sobre las causas de las conductas, esto es, sobre determinados comportamientos con los que se manifiestan los conflictos y no sobre los conflictos mismos; ii) dicho control interviene sobre personas y no sobre las situaciones o relaciones sociales en donde el conflicto se gesta; iii) finalmente, interviene de manera reactiva y no preventiva, esto es, cuando las consecuencias de las infracciones se han producido y no para evitarlas. Cf. Baratta 1989.

102 El «bien jurídico», categoría jurídica que, en sana interpretación significa un límite al ejercicio de la potestad punitiva para el legislador, en la argumentación de la Corte, termina convertido en legitimador de dicho poder y pierde, con ello, su carácter de principio o garantía. Además, así la relación social objeto de tutela sea un «bien jurídico», porque es «merecedora» y está necesitada de la tutela penal, es perentorio verificar otros asuntos antes de optar por la

tesis los pactos y convenios internacionales relativos a los derechos humanos, que son, precisamente, los cuerpos normativos que sirven de referente a la mayoría de los Estados del mundo para consagrar en sus legislaciones el aborto como derecho fundamental de la mujer —por ejemplo, la solución de plazo— o para legalizarlo en diversos supuestos.<sup>103</sup> Las preguntas obligadas son: ¿qué concepto de «vida humana», en esta materia, se le prescribe como obligatoria a las comunidades indígenas? Si estas tienen en algunos supuestos de aborto una práctica legítima, ¿ello los obliga a criminalizarlas según la tesis citada de la Corte?

Y en cuanto a la «eutanasia», la Corte Constitucional colombiana justificó la conducta del médico que asiste la muerte de enfermos terminales con intensos sufrimientos y que han expresado su consentimiento argumentando que, en estos casos, el deber del Estado de tutelar la vida cede frente a los derechos de la persona a morir con dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la pluralidad de concepciones éticas imperantes en una sociedad, los cuales ilegitiman al Estado para imponer coactivamente una de ellas, así sea la mayoritaria.<sup>104</sup> Esta decisión, que contó con plurales salvamentos de voto, generó amplia

---

criminalización del conflicto: i) que las investigaciones sobre los efectos reales o potenciales de la intervención punitiva demuestren que son mayores los beneficios que esta puede tener para la indemnidad del bien jurídico que los costos individuales y sociales conexos directa e indirectamente a ella; ii) que exista certidumbre científica de que, para la solución del conflicto, han fracasado tanto las políticas públicas que privilegian el papel social del Estado como también los otros controles sociales de carácter formal y las experiencias comunitarias, barriales, etcétera, que han promovido y puesto en ejecución programas no punitivos.

103 Por ejemplo, la indicación «terapéutica», esto es, para salvaguardar la vida o la salud de la madre; la indicación «ética», cuando el proceso gestacional ha sido producto de una agresión a la libertad sexual de la mujer; la indicación «eugenésica», cuando existe una comprobada malformación congénita o daño irreparable en la salud del feto o embrión.

104 Cf. Sentencia 239 de 1997. El argumento que afirma que, en estos casos, cesa la obligación del Estado de tutelar la vida fue este: «El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que, frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna». El argumento de la dignidad se expresó así: «El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano [...], sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto». El argumento de la pluralidad cultural se expuso así: «[...] si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisiblemente de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral. De nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el

controversia en el país y en el orbe por ser la primera vez que un Tribunal Constitucional suscribe una tesis de este tenor.

Todo ello demuestra el carácter controversial del significado, la naturaleza, la jerarquía y el contenido de los derechos humanos, y que, incluso, entre comunidades que se precian de estar adscritas a una misma cultura, no han logrado, entre ellas, un consenso sobre esta particular materia.

c) La totalidad de los magistrados que han integrado la Corte Constitucional, desde su creación en 1991 hasta el día de hoy, pertenecen a una cultura, si bien mayoritaria, muy diferente a la que tienen la generalidad de los pueblos indígenas. Y aunque es loable su esfuerzo por documentarse de manera amplia acerca de la especificidad de la cultura de las comunidades cuyos conflictos tratan de resolver, mediante de prueba antropológica e, incluso, dando audiencia a los protagonistas,<sup>105</sup> ello, en nuestro sentir, no resulta suficiente para garantizar el respeto a la autonomía cultural, porque, en la valoración de la legitimidad de las instituciones de la jurisdicción penal indígena, es sumamente difícil desprenderse del significado que su particular cultura le da a los derechos y a las garantías consagradas en la Carta Política. Suscribe igualmente esta tesis Beatriz Eugenia Sánchez, quien afirma:

---

fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, solo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles». Finalmente, la justificación de la conducta del sujeto que presta la asistencia se fundamentó de la siguiente manera: «En el caso del homicidio pietístico, consentido por el sujeto pasivo del acto, el carácter relativo de esta prohibición jurídica se traduce en el respeto a la voluntad del sujeto que sufre una enfermedad terminal que le produce grandes padecimientos, y que no desea alargar su vida dolorosa. La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquel que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir».

105 Cf. Sentencia SU-510 de 1998: «4. [...] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución —directa o indirecta—, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual tendrá que adoptar su decisión con el *ethos* y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (Código Penal, artículo 1)». En el mismo sentido, cf. Sentencia C-127 de 2003.

La Corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo. Nadie puede desprenderse de su cultura, pues ello es equivalente a arrancarse la piel [...]. Además, no es un juez blanco —ni unipersonal ni colectivo— el llamado a definir las reglas de las relaciones interculturales. Estas, si se pretenden respetuosas de la diversidad, deben ser elaboradas tras un proceso de diálogo y concertación entre los actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los Tribunales los espacios apropiados para su desarrollo.<sup>106</sup>

Por esta razón, insistimos, al igual que otros autores nacionales<sup>107</sup> y extranjeros,<sup>108</sup> que la definición de las reglas de juego sobre los límites y la competencia de la jurisdicción especial indígena no son asuntos que deban decidir los tribunales, sino que son del resorte de la política y, por lo tanto, deben ser producto de un diálogo multicultural, caracterizado por el mutuo respeto y la horizontalidad de todos los participantes, lo que comporta proscribir todo vestigio de imperalismo cultural y epistémico, esto es, asumir con convicción que, en él, todos los partícipes tienen algo para aportar y mucho que aprender y la certeza de la incompletud del núcleo central de valores que se suscriben en cada una de las culturas. Definido el problema en este subsistema y con estas condiciones, la solución de los conflictos específicos debería ser materia cuya competencia se le asigne a tribunales de origen pluricultural.

d) En Colombia, nuestra constitución prevé que la «[...] ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional» (Código Penal, artículo 246), pero, a pesar de haber transcurrido quince años de vigencia de esta, el Congreso no ha expedido la ley estatutaria sobre el asunto, aunque ha habido varias iniciativas en tal sentido. Y ello tal vez no sea de lamentarse por la crisis de legitimidad por la que atraviesa nuestra democracia representativa; por la colonización que de ella han hecho poderes armados ilegales; la criminalización de la auténtica oposición; y la precaria vigencia para el ejercicio de los derechos de asociación, movilización, expresión, libertad de

106 Cf. Sánchez 1998: 352-353.

107 Cf. Sánchez Sánchez 1998: 352-353; Uprimy 1998: 105-110.

108 De Sousa Santos 1998a: 345-365; De Sousa Santos 1998b: cap. 3.5, 193-211. José Hurtado Pozo expresa que, para el caso del Perú, la integración de diversos pueblos nativos al sistema político y judicial del país se debe hacer «[...] en el respeto efectivo de sus diferencias culturales. Lo que no implica, necesariamente, la instauración de un sistema de condiciones legales personales o de circunscripciones geográfica como reductos o reservas de indígenas, sino que deben buscarse establecer un sistema jurídico común basado en los derechos humanos; este sería completado o matizado por la toma en consideración de las especificidades culturales de las diversas poblaciones que forman parte de la sociedad [...]» (2005: 343).

opinión, etc, que son *conditio sine que non* de la democracia. En este sentido, Norberto Bobbio expresa que: «[...] sin libertades civiles, como la libertad de prensa y de opinión, como la libertad de asociación y de reunión, la participación del pueblo en el poder político es un engaño; pero sin participación popular en el poder, las libertades civiles tienen pocas probabilidades de durar» Y, más adelante, concluye: «[...] la verdad es que las dos libertades no son en absoluto incompatibles, digan lo que digan los rígidos defensores de una y otra. No solo no son incompatibles sino que se refuerzan una a la otra. Las dictaduras modernas se han encargado, por lo demás, egregiamente, de demostrarlo».<sup>109</sup>

## V. CONCLUSIONES

El reconocimiento que hace la Constitución colombiana de 1991 del fuero y la jurisdicción especial indígenas, al igual que de otras de sus reivindicaciones como derechos humanos colectivos, no es producto de una concesión gratuita o una táctica perversa de legitimación de los poderes hegemónicos adscritos a la cultura mayoritaria en nuestro país. Sin lugar a dudas, en ello incidió, y de manera relevante, la resistencia secular librada por los pueblos indígenas, que aprovecharon lo propicio de la oportunidad política con el fin de vincular un instrumento adicional, como la constitucionalización de sus derechos, para favorecer su lucha en contra de la exclusión, la discriminación, el desprecio y la persecución que vienen confrontando desde siglos atrás.

Naturalmente, los pueblos indígenas tienen claro, por el saber histórico acumulado, que tal reconocimiento, así sea en un cuerpo normativo de mayúsculo peso como la Constitución, no resulta suficiente para garantizar la vigencia real y

---

109 Bobbio 1993: 17-19. El autor profundiza la tesis de que existe un estrecho ligamen de interdependencia entre el método democrático y las libertades civiles y políticas —de lo cual ha dado testimonio la historia del Estado moderno—, porque el primero, que implica la participación directa o indirecta de los ciudadanos en la formación de la ley, es la mejor garantía para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la tendencia del poder de limitarlos y suprimirlos, aunque cabe reconocer, dice el autor, que «mejor» de ninguna manera quiere decir ni «óptimo» ni «infalible». Bajo este aspecto, los derechos políticos son un complemento natural de los derechos de libertad y de los derechos civiles. De otro lado, la salvaguarda de los derechos humanos es necesaria para el funcionamiento correcto del método democrático, por cuanto el voto solo puede erigirse en correcto y eficaz ejercicio del poder político, o sea, el poder de influir en la toma de decisiones colectivas, «[...] si se realiza libremente», es decir, si quien sufraga goza de libertad opinión, de prensa, de reunión, de asociación, en otras palabras, «[...] de todas las libertades que constituyen la esencia del Estado liberal, y que en cuanto tales fungen como presupuestos necesarios para que la participación sea real y no ficticia» (Bobbio 1995: 47).

efectiva de sus derechos.<sup>110</sup> Por ello, han sumado a su lucha un trabajo organizativo y de movilización signado por el conflicto con actores portadores de visiones e intereses divergentes que se han resistido a comprender el carácter pluricultural y multiétnico de nuestra sociedad o a perder sus privilegios.

Sin embargo, ha sido la degradación del conflicto político armado el factor que más ha contribuido a la violación y al desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, victimizados en grado sumo por todos los actores armados por medio de diversas formas de violencia: el genocidio, la masacre, el asesinato selectivo de líderes y autoridades indígenas, el desplazamiento y confinamiento forzados, la desaparición forzada, y la criminalización estatal de sus luchas y protestas. Los intereses responsables y beneficiarios de tal etnocidio son plurales: los poderes políticos de origen clientelista, el narcotráfico, el latifundio, la agroindustria, las empresas exploradoras y explotadoras de los recursos renovables y no renovables —por ejemplo, el petróleo, el bosque, la biodiversidad, etcétera— existentes en territorios indígenas, grupos económicos vinculados a megaproyectos en zonas de resguardo, —entre los cuales es posible ubicar al capital multinacional—, entre otros.

Esta situación, por razones obvias, ha tenido una repercusión negativa sobre diversos derechos de los pueblos indígenas: la propiedad colectiva de los resguardos y sus territorios, el tejido social comunitario, la autonomía de las comunidades para fijar sus formas de gobierno y sus autoridades, y la regulación eficaz de la vida colectiva por normas con origen en sus tradiciones o costumbres. Todos estos derechos son condiciones constitucionalmente prescritas como requisitos para el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción indígenas, pues es difícil representarse el ejercicio de estos últimos de manera eficaz cuando, con motivo de las violencias aludidas, la soberanía de la comunidad se pone en vilo y entra a ser disputada con los poderes armados,<sup>111</sup> el dominio territorial presupuesto de

---

110 Cf. Hurtado Pozo 2005: 342-343, quien le imputa el carácter simbólico al reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas en el proceso constituyente del Perú: «La declaración constitucional de los derechos fundamentales, sociales y políticos constituye, en buena cuenta, un discurso simbólico que oculta una situación injusta y antidemocrática. Esta situación enraizada en las estructuras mismas del sistema social permite comprender que todas las regulaciones dirigidas a tomar en cuenta las diferencias culturales de los diversos grupos sociales, en especial, las de los pueblos nativos, no dejan de ser simples declaraciones sin eficacia real».

111 Cf. Uribe 1998: 11-37; Uribe 1999: 23-45. La expresión es utilizada por la profesora Uribe para relevar cómo el conflicto armado en Colombia, que se ha desarrollado en marcos temporales prolongados (estados de guerra), ha dado lugar, por lo menos en algunas regiones y territorios, a la conformación de «órdenes políticos alternativos de hecho» con pretensiones soberanas que «[...] reclaman para sí el monopolio de los impuestos, proveen orden y organización en sus ámbitos territoriales, configuran ejércitos capaces de defender fronteras y disputan nuevos espacios y construyen algún consenso así como formas embrionarias de re-

la jurisdicción desaparece, sus autoridades han sido amenazadas o desplazadas, y los lazos comunitarios se han roto con motivo del terror o el desplazamiento.

No obstante, a pesar de estas circunstancias adversas, los pueblos indígenas continúan con sus resistencias, entre ellas, reclamando ante el poder jurisdiccional del Estado, cuya máxima autoridad es la Corte Constitucional, el respeto por su fuero y por su autonomía jurisdiccional. Y, aunque en esta corporación han encontrado eco a muchas de sus demandas, lo cual le ha merecido un reconocimiento indígena,<sup>112</sup> también es necesario señalar que falta camino por recorrer, afirmación que hacemos teniendo en cuenta el tratamiento que la jurisprudencia constitucional le da a dos asuntos, abordados de manera específica en este ensayo: el primero, el conflicto de los derechos humanos como límites materiales a la jurisdicción indígena, que no ha encontrado una solución unívoca ni en cuanto a los derechos en concreto que tienen fuerza normativa para imponerse sobre los derechos indígenas, ni respecto a su naturaleza, significado y contenido; el segundo, las reglas que deben regular las relaciones entre la jurisdicción del Estado y la indígena, porque las desarrolladas hasta el presente en los fallos analizados no satisfacen, de manera cabal, los principios de igual dignidad de todas las culturas, el respeto a la diversidad étnica y cultural, y el pluralismo jurídico, al punto de poderse aseverar que, en muchos casos, ha primado y se ha impuesto nuestra cosmovisión sobre la indígena.

Nuestra tesis es que la solución de estos problemas le concierne a la política por varias razones: son asuntos cuya competencia le corresponde directamente a

---

presentación. Obviamente todo ello incide en la capacidad del Estado para ejercer la soberanía» (1999: 35-37).

- 112 Ello le ha merecido a la Corte Constitucional un reconocimiento de parte de las comunidades indígenas como actor institucional que se ha preocupado por la vigencia real de sus derechos. La noticia correspondiente a este acto se registró así: «Con la entrega de sus banderas y la celebración de un rito espiritual, la Guardia Indígena presentó un homenaje a la Corte Constitucional como “defensora de los derechos de los aborígenes colombianos” [...]. El presidente de la Corte Constitucional, Jaime Araujo Rentería, recibió la bandera de la Guardia Indígena como símbolo de apoyo a la gestión que esta corporación desarrolla en beneficio de la diversidad cultural y étnica del país. El acto se desarrolló en el recinto de la Corte, al tiempo que más de 100 guardias de varios pueblos ancestrales hacían rituales de protección en los alrededores del Palacio de Justicia en Bogotá. Dos filas de guardias encabezados por paeces, y acompañados por indígenas kankuamo, arhuaco, wayú, inga y embera, rodearon el edificio ubicado en la Plaza de Bolívar, donde fueron recibidos por los magistrados que pasaron por la calle de honor bajo los bastones de mando, símbolo de protección indígena. “Se trata de un ritual de protección que nuestros pueblos ofrecen a quienes desarrollan una labor delicada o de responsabilidad”, comentó Alicia Chocué, ex gobernadora del cabildo Pueblo Nuevo en Caldoño, Cauca» (Cf. El Colombiano, 21 de enero de 2005, «Corte recibió poderes mágicos de indígenas»).

los pueblos involucrados en el conflicto, quienes, mediante de un diálogo multicultural y horizontal, deben decidir democráticamente las condiciones de convivencia y de mutuo respeto. Y esto solo será posible cuando cese la violencia contra las comunidades indígenas, lo cual supone encontrarle solución al conflicto armado interno, esto es, proscribir el trato de «enemigo» a las comunidades que, en ejercicio de sus derechos democráticos, reclaman reconocimiento y respeto, y privilegiar, con la insurgencia, la opción de la negociación política, que es precisamente la que reputan válida los pueblos indígenas. Otra de las razones es que, a la política, también le concierne la definición del modelo de desarrollo, que, si quiere contribuir a la paz, debe ser incluyente, democrático e igualitario, de forma tal que prodigue respeto a los derechos específicos de los pueblos indígenas y confronte las diferencias socioeconómicas cada vez más protuberantes entre clases sociales y grupos humanos.

El cielo que se vislumbra para el inmediato futuro de nuestro país está lleno de nubarrones. Sin embargo, hay una certeza: los pueblos indígenas serán vapuleados, apabullados, e incluso derrotados, pero no serán vencidos. Y se deberá contar con ellos como vanguardia de los movimientos sociales en la construcción de una nación que garantice igual dignidad para todos.