

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS CONFLICTOS DE
COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCION ORDINARIA Y LA
JUSTICIA INDÍGENA**



Autor:

PEDRO NEL SARDI DURAN

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

POSGRADO DERECHO ADMINISTRATIVO

SANTIAGO DE CALI

2019

Resumen

La Constitución de 1991 propició un cambio en las relaciones con las minorías étnicas en general y en aras de su protección existe el reconocimiento de derechos colectivos y fundamentales de grupo. Dentro de ellos, uno trascendental: la jurisdicción indígena. En esta oportunidad hemos querido entrar a analizar la evolución que ha tenido la jurisdicción indígena desde su reconocimiento, pero especialmente las responsabilidades del Estado en el caso de los conflictos de competencia entre las jurisdicciones afectan a los investigados.

Abstract

The 1991 Constitution led to a change in relations with ethnic minorities in general and for the sake of protection there is recognition of collective and fundamental group rights. Among them, a transcendental one: the indigenous jurisdiction. In this opportunity we wanted to analyze the evolution of the indigenous jurisdiction since its recognition, but especially the responsibilities of the State in the case of conflicts of jurisdiction between jurisdictions affect those investigated.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCION ORDINARIA Y LA JUSTICIA INDÍGENA

Por: **PEDRO NEL SARDI DURAN**

1. INTRODUCCIÓN:

La declaración y la consagración de los derechos de los pueblos indígenas es uno de los más valiosos fenómenos que se han derivado a nivel del Derecho Internacional en los últimos tiempos. En septiembre del año 2007, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconociéndoles a estos entes colectivos el derecho a la libre intrepidez; es decir, el derecho a decidir autónomamente su modo de vida y organización.

Tal como establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se considera pueblos indígenas a aquellos pueblos que «(...) descienden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas». (Art. 1 inciso b).

Desde que la jurisdicción indígena empezó a funcionar se ha clasificado como un derecho fundamental de los pueblos, unido a su supervivencia cultural, pero sin ser

aislado de los cambios que se dieron por la constitución frente a las minorías con la consagración del principio de diversidad étnica y cultural de la nación colombiana ni de la concepción misma del texto constitucional.

La Jurisdicción Especial Indígena y la Ordinaria Nacional maniobran con sistemas particulares en materia de aplicación de justicia y no se localizan articuladas mediante una Ley de Coordinación; aun cuando lo requiere la Constitución Política de 1991 y son recurrentes los conflictos, las exegesis erróneas sobre la garantía de los derechos humanos y las transgresiones de alcances y límites, producidas por inexperiencia de la normatividad, abusos de poder e ineficiencia por parte de las autoridades indígenas y/o los funcionarios judiciales al momento de solucionar asuntos en donde integrantes de comunidades indígenas resultan siendo víctimas o responsables de delitos cometidos al interior o afuera del territorio.

El presente proyecto desarrolló los aspectos metodológicos a través de realizar una investigación jurídica-descriptiva, porque en ella se analizaron los métodos informativos e investigativos que permitieron responder a los interrogantes presentados durante la realización de este proyecto. La presente investigación se fundamentó mediante el uso de fuentes secundarias de información disponible en la revisión bibliográfica de libros especializados, revistas jurídicas, artículos de Internet, leyes y decretos reglamentarios relacionados con el tema pertinente de investigación.

En esta investigación se analizará el tema en tres aspectos: los antecedentes de la jurisdicción especial indígena; el desarrollo normativo de los procedimientos especiales

y por último la responsabilidad del Estado en los conflictos de competencia entre ambas jurisdicciones.

CAPITULO I – ANTECEDENTES DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA

2.1. ANTECEDENTES DE LOS RESGUARDOS INDIGENAS

En primera instancia la institución jurídica y agraria del resguardo se originó en la época colonia: es decir su medida fue adoptada por la corona española del siglo XVI como una medida protectora de los indígenas por el fracaso de la encomienda. (Morales, 1979, p. 319)

El primer resguardo surge en la Nueva Granada hacia 1596, cuando se hacen las primeras redistribuciones de tierras comunitarias con prohibición a la venta y cualquier otro negocio con pobladores no indígenas además de la prohibición a que las tierras así desarrolladas sean penetradas por gente distinta a los naturales. (Gonzales, 1970, p. 20).

Hay que precisar que los resguardos nacen por la disminución de la población aborigen sino la corona no los hubiera establecido, pues para eso era la encomienda que fracaso. Como lo indica Gonzales “Los males de aquella trataron de ser corregidos con una institución segregacionista, paternalista en algún grado y comunal en su esencia, pero que demostró ser una excelente medida de conservación de la tierra en manos de sus legítimos dueños: los indios”.

En el año de 1778 se fortalece una directriz que se venía dando sus pasos durante la mayor parte del siglo XVIII. En ese año el fiscal Moreno Escandón promovió una fatal reforma para los resguardos que consistía en vender la tierra sobrante que ellos tenían según el para lograr una equidad entre la cantidad de indios habitantes y las tierras de los mismos. Pero esto resultó peor solo llevo ruina de los indígenas y un aumento de tierra a poder de los colonos, mestizos y peninsulares. El mismo personaje ideo la fusión de varios resguardos y la transferencia de la población de una tierra a otra, para remediar la falta de tierras. Ahí se les dio la estocada final a los resguardos en el siglo XVIII, pues aumento el número de usuarios por parcela productiva lo que llevo a conflictos entre los indígenas.

Ya en la época republicana es decir en el siglo XIX se da una pugna entre la preservación y la pérdida, entre la propiedad comunal y la propiedad privada. Ahora, aunque se empezaban a generar los movimientos de emancipación que en cierta medida ayudaron a los indígenas a su liberación pero que afectaban sus tierras, porque era un movimiento de ideas francesas, que solo pensaban en la propiedad privada no comunal como era el caso de los resguardos.

En el año de 1821, el 11 de octubre el Congreso del país expidió la ley sobre extinción de tributos a los indígenas y distribución interna de tierras de resguardo. El artículo tercero declaraba:

“Los resguardos de tierras asignadas a los indígenas por las leyes españolas y que hasta ahora han poseído en común o en porciones distribuidas a sus familias sólo para su cultivo según el reglamento del Libertador Presidente del 20 de mayo de 1820, se les repartirá el pleno dominio y propiedad, luego de que lo permitan las circunstancias y antes de cumplirse los cinco años de que habla el artículo segundo”. (Friede, 1944, p. 108)

La idea de esta ley es que las tierras se convirtieran con el tiempo en privadas para cada familia y con eso no cobrar los impuestos parroquiales, pero si los privados. (Morales, 1979, p. 321), su fin mediático era que la población indígena se integrara a la población en general es decir ser propietarios privados con todas las obligaciones y derechos civiles, pero en ese mismo acto legislativo se les condenaba:

“En las parroquias de indígenas podrán establecerse cualesquiera otros ciudadanos, pagando el correspondiente arrendamiento por los solares que ocupen sus casas; pero de ningún modo perjudicarán a los indígenas en sus pastos, sementeras u otros productos de sus resguardos” (Friede, 1944, p. 109).

Este mismo autor nos indica que en el año de 1932 el general Santander hizo esfuerzos para lograr que la ley de 1821 se cumpliera, pero tuvo muchos obstáculos, es así como medida expide la ley 6 de marzo del mismo año, donde prohíbe vender las tierras en los primeros 10 años.

“la misma ley contiene las bases de las futuras disposiciones sobre reparto, por cuanto señala la separación del área de población (ocho a veinte fanegadas), la repartición del resguardo en doce partes iguales, la adjudicación de una parte para los gastos y de una o dos para el sostenimiento de la escuela. En previsión de que los indígenas puedan abandonar las tierras una vez repartido el resguardo, el artículo 7°. Prohíbe la venta de parcelas adjudicadas durante diez años después de la entrega”

Posteriormente cita la ley 2 de junio de 1834 donde en el artículo 13 indica:

“En ningún tribunal o juzgado se oirán reclamaciones cuyo único y determinado objeto sea pedir que no se repartan los resguardos” (Friede, 1944, p. 111).

De estas lecturas se puede concluir que el General Santander no tenía las intenciones de acabar con el indio, esa no era su prioridad porque él era etnocentrista y

sus labores eran exponente de la dignidad humana, él lo que pretendía era administrar y distribuir los resguardos o parcialidades y no lo hizo de mala fe.

El legislador del siglo XIX el Presidente Carlos Holguín expide la ley 89 de 1890, que contradice las disposiciones posteriores y cuyo incumplimiento es notorio, además tienen normas retrogradadas en el caso de los indios, pues estableció que los indígenas eran menores de edad, pero la mayoría son cedulados y la mayoría acuden a las jornadas electorales. (Friede, 1944)

Esta ley aludida está hecha ante todo para las comunidades de resguardo y en ella se trata de proteger y defender las propiedades comunales y generar confianza en la buena administración de los recursos en su artículo 4 declara:

“en todo lo relativo al gobierno económico de las parcialidades, tienen los pequeños cabildos todas las facultades que les hayan transmitido sus usos y costumbres particulares” (Morales, 1979, p. 324)

También la misma ley estableció una regla que permitió a los cabildos indígenas para castigar algunas conductas de los miembros de la comunidad.

El artículo 5 de dicha ley establecía:

“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”

En el artículo 7 establece:

“impedir que ningún indígena, venda, arriende o hipoteque porción alguna del resguardo, aunque sea so pretexto de vender las mejoras que siempre se consideran accesorias a dichos terrenos”

En el artículo trece ordena:

“Contra el derecho de los indígenas que conserven títulos de sus resguardos y que, hayan sido desposeídos de éstos de manera violenta o dolosa, no podrán oponerse ni serán admisibles excepciones perentorias de ninguna clase”

Esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-139 de 1996, por considerar que la misma resultaba contraria a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Carta Política vigente y expuso:

“La Corte no encuentra una justificación razonable para las limitar la diversidad étnica impuestas por el artículo 5 de la Ley 89 de 1890, en relación con la autoridad competente y el contenido de la sanción, motivo por el cual declarará la inconstitucionalidad de dicha disposición”. (Morales, 1979, p. 324)

Ya en el siglo XX se expidió la ley 55 de 1905 en su artículo 2 estableció algo que era incompatible con la ley 89 cuando indico que:

“La nación cede a los distritos municipales los terrenos de resguardo ubicado dentro de su jurisdicción”

Ley totalmente contradictoria en la protección de los resguardos por eso el Congreso en el año de 1916 establece otra medida más liviana Artículo 1º de la ley 60:

“El gobierno queda facultado para hacer demarcar a petición de los interesados, en los terrenos baldíos en que haya indígenas, resguardos para estos, escogiendo al afecto los sitios de querencia de las tribus o parcialidades”

Posteriormente la mayoría de estas normas se centraron en facilitar la desintegración de los resguardos, tenemos la ley 104 de 1919, la 19 de 1927, el decreto 1421 de 1940, el 918 de 1944 y 2117 de 1969 que en el artículo 5 del Capítulo II indica que:

“Corresponde a la junta directiva del INCORA, previa consulta al ministerio de gobierno, decretar la división de los resguardos indígenas” (Morales, 1979, p. 324)

Es claro que la política desde el siglo XIX era encontrar la forma de acabar con los resguardos indígenas, después de analizar estos análisis se puede concluir que la protección fue más efectiva en la época del siglo XVIII, por más que su aplicación no haya sido la más noble desde su inicio.

2.2. ORIGENES DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA

Para entender el ejercicio de la Jurisdicción Indígena debemos analizar sus orígenes hay que precisar que fue un tema más bien fragmentario por pedazos. Primero la Constitución Política de 1991 les reconoció el derecho a administrar justicia. El artículo 246 otorgó a las autoridades de los pueblos indígenas la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no fueran contrarias a la Constitución y las leyes de la República.

La Constitución desde el primer artículo prescribe: "Art. 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" (negrillas fuera de texto). Se deduce la expresa aceptación de la presencia de diversas formas de comportamiento social correspondientes a cada una de las sociedades que conforman nuestro país.

Luego tenemos el artículo 7 que de forma precisa se consagra: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". Este postulado no se quedó enunciado solamente en este artículo, citado, en el caso de los indígenas, el reconocimiento de la diversidad y la necesidad de su implementación se hace visible en otros apartes de la Constitución, así: En el artículo 8 que hace relación a la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación; el artículo 10 se adopta el uso oficial de las lenguas y dialectos indígenas); en el artículo 13 se prohíbe la discriminación positiva a favor de los grupos minoritarios o marginados; en el artículo 63 se otorga el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables de las tierras comunales de grupos étnicos; mediante el artículo 68 se garantiza el derecho de los grupos étnicos a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural; con el artículo 70 se determina a la cultura como fundamento de la nacionalidad, a través del artículo 72 se brinda protección del patrimonio cultural de la Nación; el artículo 96 otorga la doble nacionalidad para los indígenas de zonas de frontera; en el artículo 171 se da participación a los indígenas en el Senado de la República; a través del artículo 176 se abre la posibilidad a estas comunidades de participar en la Cámara de Representantes; con los artículos 286 y 329 se determina que los territorios indígenas son entidades territoriales y se les brinda protección; el artículo 330 reglamente el gobierno en los territorios indígenas; en el artículo 357 se da participación de los resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación, y el artículo transitorio 56 facultó al gobierno de dictar normas relacionadas con el funcionamiento de los territorios indígenas.

Luego la ley 89 del 1980 determino como debían gobernarse en el artículo 5 antes citado, pero la ley 21 de 1991 aprobó el convenio 169 de la OIT, donde se señala la responsabilidad de los gobiernos en desarrollar con la participación de los pueblos interesados una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, asegurando la igualdad, la plena efectividad de los derechos y la eliminación de barreras incompatibles con su forma de vida (OIT, 2013, pp. 1 y 33). Este Convenio pertenece al Bloque de Constitucionalidad del Estado colombiano y define el trato para miembros de las comunidades indígenas y tribales en los procedimientos judiciales que se siguen contra ellos.

Luego la ley 270 de 1996 estableció la ley Estatutaria de la Administración de Justicia que en su artículo 12 contemplo la Jurisdicción Indígena como jurisdicción especial, igual que la penal militar y la justicia de paz.

Finalmente, el Decreto 1088 de 1993 reguló la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas para viabilizar la participación y fortalecer el desarrollo cultural, social y económico de estos pueblos; instaurando la naturaleza jurídica de las asociaciones como entidades de derecho público de carácter especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio (Secretaría General del senado - Diario Oficial No.40.914, del 11 de junio de 1993).

2.3.TRASCENDENCIA DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL

La jurisdicción especial no sólo se limita a hechos en los que por diferentes circunstancias miembros de pueblos indígenas se impliquen en circunstancias de carácter punible. La jurisdicción especial indígena aplica también a otros asuntos de carácter administrativo, ambiental, educativo y de salud, por ejemplo.

En conclusión, este derecho tiene un alcance extenso que faculta a sus autoridades para proceder en otros ámbitos de la vida política, administrativa y jurídica concernientes con sus asuntos internos, frente a la comunidad y su territorio.

2.4.LÍMITES A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Ahora de acuerdo al Artículo 246 de la Constitución Política los límites de la jurisdicción especial son:

- a) Las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas se ejecutan acorde a sus propias normas y procedimientos.
- b) Las normas y procedimientos no deben contrariar los principios y disposiciones Constitucionales y legales vigentes.

Hay que precisar que los límites de esta potestad de administrar justicia están determinados por los principios y derechos de carácter superior que emanan del sistema legal vigente.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional en varias jurisprudencias ha establecido que el debido proceso, la vida e integridad personal, son derechos superiores, por lo tanto, se constituyen en límites al ejercicio de esta justicia especial.

De acuerdo al artículo 246¹ de la Carta Política se reconoce este derecho a los pueblos indígenas, es decir la facultad que tienen las autoridades indígenas para resolver conflictos al interior de sus colectividades de acuerdo con sus procedimientos, usos y costumbres.

Colombia es un Estado social de Derecho por lo tanto el pensamiento del Constituyente de sin duda, una actividad jurisdiccional eficaz, confiable y transparente a cargo de administradores de justicia de las diferentes jurisdicciones comprometidos en proteger y garantizar a la persona los derechos sustanciales y las libertades consagradas en la Constitución Política y en la Ley, con el objeto de alcanzar la convivencia social y la concordia nacional.

En progreso de la Constitución Política de 1991 y la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, se establecen los jueces de paz y la jurisdicción de las comunidades indígenas en la estructura general de la Administración de Justicia, como integrantes de la Rama Judicial.

¹ Art. 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 contrarios a la constitución y leyes de la Republica. La ley establecerá la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema”.



Para la investigadora Esther Sánchez Botero², citada por Lucia Arbeláez³ manifiesta que:

“el impacto de la Constitución de 1991 en Colombia se expresa en su aplicación práctica en el poder judicial, entre otras instituciones y realidades. La decisión de los constituyentes en 1991 de optar por un país multicultural y pluriétnico, fue resultado de una lectura de lo que el país era realmente, es decir, configurado por minorías en general y particularmente los indígenas.

El Estado Colombiano –según los constituyentes- debían superar las condiciones que forjaban estructuras institucionales autoritarias, arbitrarias e identificadas políticamente a través de relaciones de poder altamente excluyentes. Abrió la alternativa –sin precedentes para compartir con las autoridades de los pueblos indígenas la posibilidad de llevar a cabo actuaciones judiciales, reconociendo un pluralismo jurídico y otorgándoles un espacio legal para la participación como iguales en la diferencia.

Estos pueblos, mucho de ellos con cultura diferenciada y todos con un alto sentido de pueblo distinto, en consecuencia, parten hoy de sus sistemas de derecho propio, que les ha permitido durante siglos organizar y vivir armónicamente la vida en sociedad, para conocer asuntos conflictivos y definirlos como judiciales.

Define la Constitución también que ellos pueden utilizar, como colombianos, además de su propia jurisdicción indígena, la jurisdicción ordinaria cuando se encuentren con conflictos que a su saber y entender entren en las posibilidades de resolución que el marco de esta jurisdicción ofrece, si con ello no contravienen los marcos de competencia que habrán de respetarse”.

² Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, Editado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

³ Arbeláez de Tobón, Lucia. La Jurisdicción Especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Consejo Superior de la Judicatura. Agosto 11 del 2004. Guatemala.

CAPITULO II - EL DESARROLLO NORMATIVO DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES - JURISDICCION ORDINARIA Y LA JUSTICIA INDÍGENA

Hay que empezar indicando que el término jurisdicción proviene de las palabras latinas “*ius dicere*”, que significan “declarar el derecho”; en sentido amplio se entiende como la función pública que ejerce un órgano del Estado facultado para administrar justicia, impedir la autodefensa violenta de los intereses particulares y dirimir conflictos mediante la aplicación de la ley a casos concretos (De conceptos, 2015, p. 1 y Devis, 2009, p. 77).

Para Devis Echandía H. (2004) se trata de:

“La soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva”.

En el mismo sentido Martínez Rave (2001) señala:

“Jurisdicción es la facultad genérica de administrar justicia que tienen los jueces de la república. Competencia es esa misma facultad concretada en un caso específico. Es decir, que la jurisdicción es el género y la competencia la especie. En otras palabras, puede existir jurisdicción sin competencia, pero no competencia sin jurisdicción. La competencia es la limitación concreta de la jurisdicción. (Martínez, 2001)”

Para otros autores como Mattiolo (1930, p. 57) señala, por su parte, que competencia es la jurisdicción que “se distribuye entre las distintas autoridades judiciales”. Para Rocco (2002, p. 246) la competencia puede definirse como “aquella

parte de la jurisdicción que con ciertas normas procesales se distribuye entre los distintos órganos ordinarios”.

Y por último nos indica Couture (2010) que “todos los Jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer de determinado asunto. Un Juez competente es, al mismo tiempo, un Juez con jurisdicción; pero un Juez incompetente es un Juez con jurisdicción y sin competencia”. Tal como lo explica el Consejo de Estado en sentencia del 4 de octubre del 2007 “la jurisdicción compete a todos los Jueces, mientras que la competencia es la facultad que en concreto está atribuida por la Ley a cada Juez”.

En este orden de ideas, podemos determinar que el concepto de jurisdicción en aquella función que cumple el Estado, realizada a través de sus organismos competentes de acuerdo al procedimiento establecido por la ley para resolver conflictos.

Establecido lo anterior, se entiende que, para que una entidad de la jurisdicción ordinaria sea competente para conocer asuntos los sujetos que participan en la controversia no deben tener características especiales que los hagan pertenecer a una jurisdicción diferente.

La Corte Constitucional ha señalado frente a la normativa que existe con relación a la jurisdicción indígena en Colombia lo siguiente:

Dentro de las normas constitucionales en torno al reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural se encuentra el Preámbulo de la Constitución, que establece que se debe “fortalecer la unidad de la Nación y asegurar la convivencia, la justicia y la igualdad, dentro de un

marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo”. De igual manera, el artículo 1º consagra la forma política de Estado social de derecho, “organizado en forma de república, democrática y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana”. De otra parte, el artículo 7º señala que se “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” y el artículo 70 establece que “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad” y que “El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país”. De esta forma el Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes y diversos, que valora positivamente esa diversidad y la considera un bien susceptible de protección constitucional. (Corte Constitucional, 2009).

Establecido lo anterior, hay que precisar que los miembros de las comunidades indígenas tienen una forma de juzgamiento especial o lo que usualmente se denomina fuero indígena, esto con el fin de avalar el cumplimiento de los derechos que radican en cabeza de estas personas, o en otras palabras concreción directa del pluralismo jurídico y del principio de diversidad étnica y cultural.

El fuero indígena se definió en la sentencia T-728 de 2002 como el derecho, *“...del que gozan los 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. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...)”*. Del mismo modo en la Sentencia T-617 de 2010 se definió el fuero indígena como *“...un derecho fundamental del individuo indígena que se estructura a partir de diversos factores, entre los que se encuentran el territorial y el personal; tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo, y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa”*. (Corte Constitucional, 2002).

Ya analizado lo anterior procedemos a mostrar las diferencias entre las dos jurisdicciones la ordinaria y la jurisdicción especial indígena en el siguiente cuadro.

Cuadro No. 1. Diferencias entre las dos jurisdicciones

DIFERENCIAS	Jurisdicción Especial Indígena	Jurisdicción Ordinaria
Territorio	Se ejerce sólo en los territorios indígenas, no es aplicable afuera de sus propios límites territoriales. Sólo la persona indígena o perteneciente a la comunidad puede ser objeto de la justicia propia	Aplica en el territorio nacional.
Estructura	Cada comunidad indígena establece y define las autoridades competentes para aplicar sanciones por actuaciones violatorias de la ley propia y occidental, así como de los derechos humanos.	La estructura, la composición y el funcionamiento previamente están reguladas en la ley. Para Colombia, Corte Suprema de Justicia, Tribunales y Juzgados.
Procedimientos	Cada comunidad o pueblo, al ser diferente, establece el procedimiento a seguir y las medidas a adoptar en cada caso. La aplicación de determinadas sanciones o la modalidad sancionatoria varía dependiendo de las diferencias culturales y del grado de fortalecimiento del gobierno propio de cada pueblo.	Cada actuación procesal está regulada por la norma.
La costumbre	Las costumbres son la base de todas las actuaciones, define las clases y formas de castigos o sanciones. Los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas no son estáticos, se han ido adaptando a las transformaciones de su tiempo; algunas tradiciones, usos y costumbres ya no están en uso, como es el caso de la ablación en el pueblo Embera. Igualmente, han incorporado otras conductas como delitos, por ejemplo, los Emberas, han definido como delito participar de cualquier lado en el conflicto armado (Perafan, 1995).	Es un criterio auxiliar de la ley.
Sanciones	Entre las sanciones que aplican las autoridades indígenas están: - Latigazos sobre el cuerpo de forma pública o privada. - Expulsión del territorio, comunidad y/o pueblo. - Prohibición para salir del territorio. - Reparación económica a la víctima del hecho. - Trabajo social / comunitario por meses / años. - Reconocimiento público del hecho victimizante. - Solicitud de perdón. - Maleficios. - Muerte.	Sanciones penales o privativas de la libertad
Competencia	Las autoridades propias son competentes para conocer todos los asuntos puestos en su conocimiento (administrativo, familia, penal, civil,	Cada autoridad tiene su competencia definida, cada juez tiene facultad para conocer determinados asuntos, no todos.

	<p>etc.). Se incluyen asuntos de orden religioso.</p> <p>“Los casos que se ponen en conocimiento de la jurisdicción no son únicamente aquellos que afectan a las partes, también los que pueden afectar al grupo social o aquellos que configuran un incumplimiento de los deberes comunitarios. Incluso aquellas actuaciones que rompen la armonía espiritual, en algunos pueblos son objeto de sanción” (Perafan, 1995).</p>	<p>La jurisdicción se distribuye entre las distintas autoridades que integran la Rama Judicial del poder público y en respuesta a las competencias específicas y al principio de la doble instancia. (Consejo de Estado, 26 junio de 2014, p. 3).</p>
Jueces	<p>La facultad para juzgar recae sobre quienes hayan sido designados por la comunidad.</p> <p>Es la comunidad quien reconoce en determinada persona la facultad para administrar justicia (Perafán, 1995), inciden los hábitos mentales, la imparcialidad, la coherencia y la estabilidad (Sánchez & Jaramillo, 2007, p. 51).</p>	<p>Para ejercer el cargo se requiere cumplir con ciertos requisitos académicos y profesionales y ser nombrado por el órgano de gobierno del poder judicial (Consejo Superior de la Judicatura 2003).</p>

Fuente: Cruz Mican, Carolina. (2011). Jurisdicción Especial Indígena de Colombia. Estudio Comparado con la Jurisdicción Ordinaria. Universidad Católica de Colombia.

Hay que precisar que en la actualidad conviven la Jurisdicción Ordinaria con la Jurisdicción Indígena, pudiéndose presentar los conflictos entre ellas. Que es lo que vamos a desarrollar en el siguiente capítulo.

CAPITULO III – LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE AMBAS JURISDICCIONES

Surgiendo muchas veces la duda sobre ¿cuál es el juez o la autoridad competente para atender determinado asunto? Ahora el Juez debe analizar las características del sujeto involucrado en un determinado proceso y el sitio donde sucedieron los hechos, para establecer su competencia. Varias soluciones pueden ocurrir dependiendo si la acción típica es cometida por los miembros de la comunidad dentro o fuera de su territorio.

Así las cosas, para determinar y analizar de manera ordenada y coordinada hay que tener presente los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de sus distintas sentencias ofrece nuevas concepciones sociopolíticas de las etnias colombianas para reconocerles su identidad étnica, política, social, cultural y religiosa, así como su autonomía administrativa (Corte Constitucional sentencia T-048 del 2002), y judicial, (sentencias C-027/93, T- 426/92 T - 384/94, T-349/96, T-574/96, C-058/94, C-377/94, C- 104/95, C- 394/95; C 139/96).

Además, los pueblos indígenas, calificados hace un siglo como “salvajes”(Corte Constitucional sentencia T-048 del 2002) , son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras convicciones, que las tradicionalmente valoradas por la cultura occidental (Sentencia C 139/96); la definición de la nación como multiétnica y pluricultural es el reconocimiento de que los pueblos indígenas existen como pueblos

dentro del Estado Nacional (Herrán, 2009, p. 205), correspondiéndoles derechos especiales como habitantes originarios, entre los cuales está el de la preservación y defensa de sus territorios, a las comunidades indígenas, se les otorga un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios tales como diversidad étnica y cultural (Corte Constitucional sentencia T-009 del 2007), donde se consideró que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (Ley 89 de 1980) , concepción de sus sistemas jurídicos propios²⁶ (Sentencias, T-349/96; SU-039/97; SU 510/98).

Es así como el Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra en la sentencia T-344 de 1998 señaló que:

La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. (Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-523/97. M. P: Carlos Gaviria Díaz).

El Juez por lo tanto debe consentir que los procesos cursen el camino en la jurisdicción correspondiente, so pena de violar la normatividad jurídica y la

Constitución Política, al poder incurrir en la violación de algunos derechos fundamentales, como el debido proceso y denegación de acceso a la justicia.

Hay que determinar que el juez no puede violar el derecho fundamental del debido proceso, del juez natural y de la legalidad, respetando la autonomía de la comunidad indígena. Ante cualquier violación de un derecho fundamental, se podría cómodamente interponer acción de tutela para que se restituyan los derechos violados, se invalide la actuación del juez y se remita el proceso a la jurisdicción correspondiente.

Hay que indicar que para determinar la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena según la sentencia T-552/03 cuyo M.P. Rodrigo Escobar Gil son:

- a) Existencia de la autoridad indígena que reclame el conocimiento del asunto, debidamente constituida y reconocida;
- b) Pertenencia al grupo indígena de que se trate de la persona a quien se le imputa el delito investigado;
- c) El lugar de ocurrencia del hecho: que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena;
- d) El elemento de carácter objetivo: que el sujeto pasivo o el objeto material de la conducta, pertenezca a la comunidad indígena¹¹⁵.

Hay que precisar que no es forzoso que el factor territorial y el personal asistan paralelamente, basta con que el indígena este integrado a su comunidad, practique y conserve las costumbres de ésta.

Ahora los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁴ sobre este tema han llevado a determinar que para dirimir estos conflictos además de lo citado debemos tener en cuenta:

- 1) Las comunidades indígenas gozan de autonomía en materia de jurisdicción, pero sometidas a ciertos límites.
- 2) La jurisdicción especial indígena hace parte de la jurisdicción nacional, y las decisiones de sus autoridades están sometidas al control de cualquier juez de la república a través de la interposición de la acción de tutela por parte del afectado.
- 3) No existe claridad en torno al peso que se concede a la conservación de la cultura de un grupo étnico, al definirse el grado de autonomía, judicial de la misma. Si bien la Sentencia T- 523 de 1997 reconoce que las culturas indígenas y sus justicias deben ser entendidas como sistemas dinámicos, el resto de los fallos parece considerar la preservación de las tradiciones y costumbres jurídicas como un factor determinante del nivel de autonomía.
- 4) Los indígenas están cobijados por un fuero que les permite ser juzgados por su propia comunidad. Sólo en casos excepcionales en los que el indígena pertenezca a una cultura particularmente aislada de la sociedad mayor, es posible que se le reconozca este derecho en caso de cometer una conducta sancionada por el ordenamiento nacional fuera del territorio indígena.

⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-405 de 1993. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Citado por: SANTOS, Boaventura de Sousa. Págs. 49 a 84.

Grafica No. 1. Nicho citacional con la sentencia T- 396 del 2016 como punto de apoyo.

Esta ingeniería de Reversa consiste en el estudio de las citas de la sentencia arquimédica, se hace necesario para poder construir el nicho citacional de la sentencia y establecer así los fallos de la Corte que corroboran el precedente jurisprudencial base de este tema.

T- 396 DEL 2016													
1992	1996	1998	2003	2005	2007	2008	2009	2010	2012	2013	2014	2015	2016
C-543	C-139	SU-510	T-552	T-590	T-458	T-703	T-514	T-617	T-002	T-117	T-764	T-196	T-247
										T-620	C-463		
										T-552	T-975		
										T-921			

Fuente: Propia

IMPORTANTES
CONCEPTUALES
FUERA DEL TEMA

3. CONCLUSIONES

En el ordenamiento constitucional colombiano, uno de los derechos explícitamente consagrados a favor de las comunidades indígenas, es la potestad de ejercer poder jurisdiccional sobre sus propios miembros, el cual, si bien se desplegó de hecho a lo largo de la historia republicana, su ofrecimiento constitucional presume un avance no menos significativo. Ahora esta normatividad constitucional es una clara evidencia de la tensión precedentemente enunciada, aunque no tiene fecha de terminación, esta medida expresa la disposición constitucional que la consagra, donde se da un otorgamiento, un reconocimiento de un derecho de autogobierno referente a la implementación de la justicia dentro de las diferentes comunidades indígenas, según sus usos y costumbres, pero al mismo tiempo, se requiere el sometimiento de éstos a la Constitución y a las leyes

De la disposición constitucional “*las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales*”, la jurisprudencia y algunos autores han entendido que las autoridades indígenas pueden renunciar a la potestad de juzgar un caso que involucre a uno de los miembros de la comunidad y que fuere realizado dentro de su territorio, para que sea resuelto por el sistema jurídico nacional, sin que ello constituya denegación de justicia, sino simplemente se estaría ejerciendo su derecho a decidir, a resolver el caso en la justicia ordinaria o en su propia justicia.

Las justicias indígenas tienen muchas características que la hacen singular, pues poseen un alto contenido oral y retórico, sus gobernantes y autoridades no tienen mucho compromiso burocrático, por lo tanto, tienen menos corrupción.

Desafortunadamente debido a la pérdida de valores en la comunidad indígena, se han presentado una nube de dudas sobre el manejo de la jurisdicción, aunque en la actualidad todavía gozan de su justicia oral y de sus normas sin ningún tipo de documentos, el tema debe tratarse con mucha delicadeza por la complejidad del mismo.

Las comunidades indígenas no tienen una estructura piramidal de los poderes públicos como la desarrollada por Hans Kelsen. Sus usos, costumbres, normas y autoridades son muy diversas, cada etnia tiene sus propias normatividades, algunas de ellas han adoptado algunos métodos y normas del mundo occidental para darle solución a sus problemas, como los métodos alternos a la solución de los conflictos, en las cuales se han capacitado.

Hay que todo este avance a contado con los pronunciamientos de la Corte Constitucional lo que ha hecho avanzar en materia de los fallos de tutela que se le han presentado, y ha tratado en un acto muy valeroso de entender y hacer respetar la cultura indígena en Colombia. Se ha reconocido a los indígenas su autonomía judicial, pero enmarcando dicha autonomía dentro los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.

La Responsabilidad del Estado se ve reflejada en la no aplicación de la normatividad nacional e internacional sobre la jurisdicción indígena, pues es claro que ella tiene toda la potestad para poder llevar a cabo los juicios con las respectivas sanciones tal como se vio en el estudio antecedido.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Arbeláez de Tobón, Lucia. (2004). La Jurisdicción Especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Consejo Superior de la Judicatura. Guatemala.

Burgos Guzmán, Filipo Ernesto. (2008). Entre la justicia indígena y la ordinaria dilema aún por resolver. Revista Derecho del Estado No. 21.

Carrillo Gómez, Diana María (2013). Jurisdicción Especial Indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas? Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Cruz Mican, Carolina. (2011). Jurisdicción Especial Indígena de Colombia. Estudio Comparado con la Jurisdicción Ordinaria. Universidad Católica de Colombia.

Daza Díaz, Ángela Lorena. (2014). Dicotomía entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena frente al narcotráfico. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá.

Derechos Propios, Ejercicio Legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, Editado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Devis Echandía, H. (2004). Teoría General del Proceso. Ed. Universidad. Bogotá.

De Sousa Santos, B. & García Villegas, M. (2001). El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, Siglo del Hombre, Tomo II. Bogotá.

De Sousa Santos, B. (1991). Estado, derecho y luchas sociales. Ed. Instituto latinoamericano de servicios legales alternativos. Bogotá.

Gómez Herinaldy. (2014). Caracterización de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas de la región andina de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura.

Gómez Velasquez, Alejandro. (2017). La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Rev. Bol. Der. No. 25.

Londoño Ayala, C. (2009). Principio de proporcionalidad en el derecho Procesal Penal. Ediciones Nueva Jurídica.

Quintero Calvache, Juan Carlos. (2011). El fuero judicial de los pueblos indígena frente a la justicia ordinaria y la responsabilidad del Estado Colombiano por su vulneración fáctica. Revista criterio Jurídico. Vol.11 No.1, pp. 75 – 103.

Marienhoff, M. (1988). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Martínez Rave, G. (2001). Procedimiento Penal Colombiano. Ed. Temis. 11ª Edición, Bogotá.

Velásquez Velasquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición. Librería jurídica Comlibros. Bogotá.