



Los derechos humanos y la Jurisdicción Especial Indígena

JORGE CASTRO*

RESUMEN

Desde la óptica de un criterio jurídico garantista, se hace necesario que el Estado colombiano dé cumplimiento a las obligaciones contraídas constitucionalmente. La Jurisdicción Especial Indígena, a lo largo de la historia ha carecido de una Ley de Coordinación entre el Derecho Ancestral Indígena y el Derecho Positivo Colombiano, radicando el principal problema en la concepción que se tiene, tanto por uno como por otro, de lo que constituye la protección a los Derechos Humanos.

Esta exigencia de respeto a los Derechos Humanos, concebidos desde el punto de vista de la cultura denominada civilizada, implica la erradicación de todo tipo de tratos inhumanos o degradantes, convirtiéndose este factor en uno de los mayores escollos para la Ley de Coordinación entre un derecho y otro.

Entender y conceptualizar lo que son los Derechos Humanos para una y otra cultura es la vía de solución al reconocimiento de la sabiduría ancestral. Es este el propósito que tiene la investigación adelantada por el semillero conformado por estudiantes de la Universidad Autónoma de Colombia: lograr hacer realidad lo que por muchos años se ha pretendido en infinidad de investigaciones, concretando una Ley de Coordinación que posibilite el reconocimiento pleno de los derechos de la población indígena.

PALABRAS CLAVE: informe de investigación, Derechos Humanos, Jurisdicción Especial Indígena, investigación, derecho ancestral indígena, derecho positivo colombiano.

Fecha de recepción: noviembre 12 de 2010

Fecha de aceptación: noviembre 30 de 2010

ABSTRACT

From the perspective of a legal standard, it is necessary that the Colombian State fulfill constitutional obligations. The Special Indigenous jurisdiction, throughout history has lacked a Coordination Act Ancestral Indigenous law and positive law of Colombia, the main problem in the design that is both as regards the protection of Human Rights.

This demand for respect for human rights, conceived from the standpoint of so-called civilized culture involves the eradication of all forms of inhuman or degrading treatment, making this into one of the greatest challenges to the Law of Coordination between right and another.

Understand and conceptualize what are human rights for one and another culture is the way on the recognition of ancestral culture. Is this the purpose of having the investigation conducted by the nursery consists of students from the Autonomous University of Colombia, make achieving that for many years it has been tried in countless investigations, making a Coordination Law, allowing the full recognition of rights of the indigenous population.

KEY WORDS: research report, Human Rights in cultures as concretion factor upon law of coordination on jurisdictions.

* Graduado en Derecho Internacional y Diplomacia; abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, Profesor de Derecho Internacional y Criminología. Investigador del grupo de estudios Escuela Política y Normativa, Universidad Autónoma.



Introducción

La ubicación de la Jurisdicción Especial Indígena dentro del marco de la legalidad positiva, corresponde a un sustento internacional normativo que está determinado por la superioridad del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno de los Estados, de manera tal que el Derecho Internacional, como soporte del Derecho Interno de los Estados, informa todo desarrollo constitucional. En este orden de ideas, en tratándose de ubicar la Jurisdicción Especial Indígena en un orden interno estatal, deberá partirse, necesariamente, de la normatividad de carácter internacional, esto es de los tratados, convenios y acuerdos de carácter internacional que han sido firmados y

ratificados por Colombia en esta materia y aún de aquellos que, sin haberlo estado, por tratarse de asuntos relativos a Derechos Humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es esta la premisa que en el debate sobre la Ley de Coordinación se ha tenido en cuenta.

Dos concepciones de sometimiento a la ley

Dos diferentes y antagónicas posiciones se dan al interior de nuestro país en materia de reconocimiento de la jurisdicción indígena.

En primer término, la de aquel sector de la población indígena que entiende como suficiente lo determinado dentro de la Ley

Marco, al señalar que, con la disposición constitucional, se da pleno reconocimiento a dicha jurisdicción, sin tener la camisa de fuerza de una legislación que los determine de manera concreta con la imposición de obligaciones que limiten su libertad más allá de la norma superior. Y la de quienes, desde otro punto de vista, propugnan porque se les reconozca dentro de un marco de legalidad que les permita saber con exactitud los derechos y obligaciones que les asiste como miembros de una sociedad étnica y culturalmente diferente. Esta segunda posición es la de quienes consideran que el desarrollo constitucional, dentro del marco de una Ley, permite establecer un verdadero reconocimiento en el ámbito social protegiendo sus derechos culturales y sociales.

Como principio fundamental debe aceptarse que en tratándose de la Jurisdicción Especial de los Indígenas, es su propio mundo el que los determina en su vivir, no obstante deban actuar de manera coordinada con la jurisdicción nacional al no poderse sustraer de la nacionalidad colombiana.





Este segundo punto de vista es el que permite involucrar al pueblo indígena dentro de una sociedad que respete integralmente todos sus usos y costumbres, sin que se llegue a poner en peligro la misma existencia de este pueblo milenario, como quiera que indefectiblemente es parte de la nacionalidad colombiana.

La legislación internacional

La legislación protectora del indígena tiene su raíz en la comunidad internacional que ha considerado, se deben delinear parámetros de protección a quienes han sido avasallados por culturas foráneas, usualmente consideradas como occidentales. De esta manera la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, luego de un estudio sobre los requerimientos de los indígenas a nivel mundial, expidió el Convenio 169 de junio 27 de 1989, el cual fue aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, entrando a hacer parte de la actual normatividad superior.

Dicho Convenio, si bien es materia de crítica en algunos aspectos, tales como haber dejado a la potestad de los Estados su cumplimiento, plantea la base

fundamental de lo que constituyen los derechos de los pueblos indígenas en relación con su autonomía para determinarse de conformidad con su tradición y cultura, entre ellas la potestad que tienen para la imposición de sanciones, esto es, el poder administrar su propia justicia.

La Organización de las Naciones Unidas –ONU–, igualmente preocupada por la situación de los indígenas a nivel mundial, expidió una declaración sobre derechos de los pueblos indígenas, mediante resolución aprobada por la Asamblea General el 13 septiembre de 2007, en la cual recuerda los principios de la Carta del organismo, entre ellos la buena fe con que deben ser cumplidas las obligaciones contraídas por los Estados miembros. Es esta declaración una conminación a los Estados, como Colombia, a cumplir con el deber de legislar en la materia.

La legislación nacional

Al respecto ha de indicarse que no obstante los diversos proyectos legislativos orientados a la producción de una Ley de Coordinación, por diversos motivos tanto de orden político

como económico y social no se ha materializado.

En materia legal, se tiene entonces, que el referente es de manera exclusiva de orden constitucional. La Carta de 1991, en 18 de los artículos (1, 7, 8, 10, 13, 63, 72, 96, 171, 246, 286, 287, 321, 329, 357 y 57 transitorio), hace referencia tanto de manera directa como indirecta a los derechos de las comunidades indígenas al reconocer, en primer término, el pluralismo dentro de una nación jurídica y políticamente organizada en orden a la conformación de un Estado, de tal manera que en su artículo 7, la Constitución de 1991, señala cómo el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación aceptando de esta manera la diversidad de razas y culturas que conforman el Estado.

Por su parte el artículo 246 de la Constitución señala cómo las autoridades de los pueblos indígenas tienen la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial correspondiente, en aplicación de sus normas y procedimientos consuetudinarios, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y las leyes colombianas.



El artículo 246 de la Constitución señala cómo las autoridades de los pueblos indígenas tienen la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial correspondiente, en aplicación de sus normas y procedimientos consuetudinarios, siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución y las leyes colombianas.

Es la propia Constitución la que determina la conformación de una ley que coordine el sistema judicial nacional con la jurisdicción especial de los indígenas, labor que desde ya se puede advertir como negligente, pues transcurridos casi veinte años tal ley no se ha concretado.

Reconocer y desconocer

Si bien la Constitución de 1991 hizo un reconocimiento de la

función jurisdiccional en cabeza de las autoridades de los pueblos indígenas, e igualmente le impuso un límite a dicha autoridad al señalar que la función judicial indígena debería estar dentro de lo señalado por la Constitución y la ley, no se puede desconocer que tales parámetros impuestos a la jurisdicción lo fueron en desconocimiento de la realidad social de la comunidad indígena, quienes tienen una concepción diferente de lo que es la sanción como retribución, al percibir el

mundo de una manera integral con su ser; como un vínculo filial con la tierra que no puede ser desconocido y que, por el contrario, debe ser apreciado como un valor cultural al servicio de la humanidad.

En primer término se hace referencia en el artículo 246 constitucional al Debido Proceso, el cual implica diversidad de garantías, y que dada la multiplicidad de las comunidades indígenas existentes en el país (81 pueblos indígenas con aproximadamente 574.482 miembros), resultaría imposible unificar en una ley, a fin de establecer los parámetros del debido proceso en cada comunidad en particular. Ello si se entiende el Debido Proceso desde una concepción del Derecho Positivo que impone unas garantías muy precisas en esta materia, tales como: la favorabilidad de la ley, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, entre otras. Es por ello que la Ley de Coordinación debe contar con la suficiente amplitud conceptual que permita dar libertad de ejercicio procedimental a las comunidades, máxime en tratándose de un derecho basado en la costumbre.

Es por lo anterior que la Corte Constitucional, asumiendo



un papel de legislador, ante la ausencia de la Ley de Coordinación y frente a dos órdenes normativos (el sistema jurídico nacional, de fundamento positivo y el correspondiente a la jurisdicción indígena de característica consuetudinaria), determinó no aceptar el castigo de tipo corporal como medio de sanción, al igual que la arbitrariedad eventualmente ejercida por los jefes de dichas comunidades, estableciendo para la aplicación de la justicia indígena el debido proceso, que dentro del marco constitucional hace que el procedimiento sea legal. Lo anterior conlleva a que en el proceso adelantado por las autoridades indígenas deba existir el Derecho a la Defensa, no como valor individual de protección sino como un valor colectivo en el cual los parientes del encausado estuvieren presentes (así lo determinó la Tutela 349 de 1996).

Representa este el principal escollo que se encuentra para llegar a tener una Ley de Coordinación entre un sistema y otro, en la medida que como requerimiento esencial para la aplicación de la justicia indígena está el respeto a los Derechos Humanos, eliminando toda forma de trato cruel, inhumano o

degradante. Al respecto se debe indicar cómo, desde la comprensión del universo que tiene el indígena, lo que en Occidente se considera violatorio de los Derechos Humanos, para ellos no lo es y por consiguiente el castigo corporal aparece como un medio efectivo funcional de la pena.

En la jurisdicción indígena la legalidad del delito y de la pena están determinados dentro de un Derecho Consuetudinario y, por tanto, la ley que articule la Jurisdicción Indígena con la Nacional deberá de manera necesaria atender a dicha realidad, valga decir, el indígena estará sometido a los cánones de comportamiento de la comunidad y por lo tanto deberá responder en caso de apartarse de ellos. En tal condición el Derecho Indígena no está sujeto a los principios del Derecho Normado en tratándose de tipicidad y taxatividad, pues cada caso representa para ellos uno muy particular, nada diferente de lo que se entiende dentro de la actividad basada en la costumbre.

La Ley de Coordinación deberá contar con un predicamento que incluya el reconocimiento y excluya el desconocimiento, en la medida que el artículo 246

constitucional, de una parte, autoriza el ejercicio de la función jurisdiccional a las autoridades indígenas y, de otra, hace el requerimiento para que dicha función atienda a la Constitución y la ley. Tal exigencia encuentra viabilidad en la medida que se acepte que la aplicación de la justicia dispensada por las autoridades indígenas no contraría los Derechos Humanos al imponerse castigo de carácter corporal, que como ya se advirtió tiene fundamento en una cultura ancestral, admitida por la comunidad.

La articulación de jurisdicciones

Con fundamento en lo señalado, la Ley de Coordinación se limitaría a articular la Jurisdicción Indígena y la Nacional, mas no sus sistemas, ya que de hecho la Jurisdicción Indígena viene operando, no obstante los obstáculos que se le presentan por parte de quienes pretenden desconocerla. En orden a la articulación de los sistemas habrá de producirse un cambio de mentalidad, tal como se señala en la Sentencia de Tutela 523 de 1997, refiriéndose a la asistencia de un abogado en los procesos adelantados ante la Jurisdicción



Indígena y que resulta aplicable a todo evento de reconocimiento de ejercicio de justicia indígena aún en aquellos que se refieren a los Derechos Humanos:

los medios para ejercer este derecho en los casos que se adelantan ante 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.

Lo anterior resulta aplicable a todos los eventos, a toda interpretación que implique cosmovisión, como una visión particular de los indígenas en su manera de ver e interpretar el mundo, donde el castigo corporal y aún el destierro de la comunidad cumplen con unas funciones que a la luz del derecho positivo son aceptadas como fines de la pena, sin las cuales esta no tiene sentido y por tanto no debe aplicarse, esto es la prevención especial y la prevención general; al indígena que vulneró la prohibición, en orden a que no vuelva a incurrir en conductas que le acarreen pena, y a la comunidad para que se abstenga de ejecutarlas. Siendo este un proceso oral y público realizado ante la comunidad que acepta como válida esta forma de sanción, respetando siempre lo



En la jurisdicción indígena la legalidad del delito y de la pena están determinados dentro de un Derecho Consuetudinario y, por tanto, la ley que articule la Jurisdicción Indígena con la Nacional deberá de manera necesaria atender a dicha realidad, valga decir, el indígena estará sometido a los cánones de comportamiento de la comunidad y por lo tanto deberá responder en caso de apartarse de ellos.

señalado en el artículo 11 de la Ley Superior que protege la vida y excluye la pena de muerte.

Si bien la Constitución Nacional en su artículo 12 prohíbe las torturas, las penas crueles, los tratos inhumanos o degradantes, es la misma Constitución en su artículo séptimo, que trata de los principios fundamentales, la que señala el reconocimiento y protección del Estado a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. En consecuencia, como principio

fundamental debe aceptarse que en tratándose de la Jurisdicción Especial de los Indígenas, es su propio mundo el que los determina en su vivir, no obstante deban actuar de manera coordinada con la jurisdicción nacional al no poderse sustraer de la nacionalidad colombiana. Es claro que la Jurisdicción Especial Indígena solo se predica de aquellos que se encuentran en una comunidad organizada, al mando de una autoridad indígena que los gobierne. No encontrándose bajo dicha jurisdicción,



todos aquellos indígenas que han sido desarraigados quedan por tanto sujetos a la jurisdicción nacional con las previsiones de la Ley Penal ordinaria.

La incongruencia que se plasma en la Constitución ha sido y es materia de cuestionamiento permanente. Así se señala en artículos tales como: Las injusticias indígenas en la Constitución colombiana, publicado en la revista *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* No. 77 de 2002, al indicar:

La compatibilización entre los sistemas de justicia indígena y la justicia occidental de los Estados en los que habitan los pueblos indígenas implica un conflicto de convivencia entre los derechos colectivos y los derechos humanos individuales. En Colombia, como en otros países de América Latina existe una discordancia en este sentido. Por un lado se reconocen constitucionalmente las autoridades indígenas, que pueden resolver los conflictos que se presenten dentro del área que manejan, pero por otro estos deben acomodar sus decisiones a principios y reglas que obedecen a una concepción de la justicia y la dignidad humana diferente de las que poseen.

Ciertamente la Constitución Nacional reconoce y desconoce la autonomía indígena al acep-

tar, de una parte, que el indígena tiene capacidad de autorregularse conforme a sus principios y creencias, pero igualmente le señala que dicho reconocimiento debe estar regulado por la normatividad que le impone la misma Constitución y la ley. Se deja sin piso de esta manera dicho reconocimiento, pues la autonomía regulada desconoce que los Derechos Humanos son relativos a cada cultura y lo que es aceptado en una cultura determinada puede no serlo en otra y no por ello se conculcan los Derechos Humanos, siempre y cuando no se violen derechos fundamentales como el respeto a la vida y a la dignidad del ser humano.

No escapa a la apreciación la eventualidad de una indebida aplicación de la justicia indígena en un determinado caso, situación que habrá de contemplarse dentro de la Ley de Coordinación. En tal evento aparece como posible solución, para quien se sienta afectado por una determinación de la jurisdicción indígena, el recurso de la tutela, acción encaminada a proteger derechos constitucionales fundamentales.

La sentencia de tutela 254 de 1994 (magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz), recoge en cua-

tro literales lo que constituye el pensamiento oficial sobre la Jurisdicción Indígena, y es precisamente esta concepción la que debe tenerse en cuenta en orden a la concreción de la jurisdicción, para ser reconsiderada. Allí se señala:

- A. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
- B. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- C. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al superior principio de la diversidad étnica y cultural.
- D. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Si de lo que se trata es de la defensa del principio constitucional del pluralismo y la diversidad habrá de salvarse el escollo entre lo que se considera Ley imperativa y Ley dispositiva a fin de reconocer la plenitud de la Jurisdicción Indígena.



Conclusión

Ha sido la aspiración, por ya un prolongado tiempo, el lograr establecer una Ley de Coordinación entre lo que es la Jurisdicción Nacional y la plasmada constitucionalmente, jurisdicción indígena. Tal propósito ha sido desestimado en diversas oportunidades al pretender articular no solo la jurisdicción indígena y la nacional sino también su sistema, circunstancia que no otorga la posibilidad de un real reconocimiento de la Jurisdicción Especial, pues esta quedaría sometida, bajo dicha Ley, al imperio de la concepción occidental del derecho y su aplicación. Es quizá por ello que un sector de los indígenas prefieren que dicha Ley de Coordinación no

exista, pues mayores garantías de reconocimiento encontrarían en la disposición constitucional. El propósito fundamental es que la concepción del mundo que tiene el indígena sea respetada en todo orden y de manera concreta en lo que hace a la administración de justicia, sin que se les predique una vulneración de los Derechos Humanos por su forma de concebir estos y, en concreto, por la aplicación de las sanciones por faltas cometidas dentro de lo que es su imperio de aplicabilidad.

El semillero de investigación de la Universidad Autónoma de Colombia tiene y tendrá el propósito que la investigación, con sus resultados, continúe en esta materia hasta lograr que la Ley

de Coordinación entre las dos jurisdicciones sea una realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Judicial Nacional*, 2004.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Programa de Fortalecimiento Legislativo. Estudio de Antecedentes. Jurisdicción Especial Indígena*, 2004.
- COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias de Tutela.
- BLANCO BLANCO, JACQUELINE. Logros y contradicciones de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia. Revista *Diálogos de Saberes*. Bogotá: Universidad Libre de Bogotá. ☺