

# TEORÍA Y PRÁCTICA EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA

Rósembert Ariza Santamaría<sup>1</sup>

La administración de justicia en Colombia se cumple mediante un conjunto de jurisdicciones (Artículos 242 y ss. de la Carta Política), pero particularmente nos referiremos en este trabajo a la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), reconocida en el artículo 246.

Esta jurisdicción, denominada “especial”, tiene una evolución y tratamiento diferenciados desde los pronunciamientos de la Corte Constitucional y, por supuesto, de los desarrollos legales e institucionales. Abordaremos este estudio a partir de lo planteado por la jurisprudencia nacional<sup>2</sup> y seguidamente revisaremos un caso de homicidio ocurrido en el municipio de Páez (Cauca). Tiene especial relevancia en el presente análisis examinar si, en la práctica, tal acervo conceptual termina paralizando el ejercicio de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas y si existe dificultad de los jueces formales para coordinar con dicha jurisdicción especial.

## Los límites

Los derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos constituyen, en el sistema jurídico colombiano, un límite a la Jurisdicción

---

<sup>1</sup> Abogado. Docente e investigador de la Universidad Santo Tomás. El presente texto hace parte de la tesis doctoral que está realizando en la actualidad.

<sup>2</sup> Intentando, de ser posible, construir la línea jurisprudencial en el tema, siguiendo metodológicamente lo planteado por Diego Eduardo López Medina en: *Módulo de Interpretación Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, pp. 118-137.

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

Especial Indígena. En ese sentido, la sentencia T-254<sup>3</sup> de 1994, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes M., afirma:

*La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogida 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.*

Vale la pena entonces mirar, en este ejercicio de reflexión, si lo que acontece es que ha habido un desborde de los límites por parte de la Corte y si ésta más bien ha caído en las llamadas “limitaciones”. Éstas, al contrario de los límites, no derivan ni son consecuencia directa de la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales sino de la regulación concreta que se haga de los mismos. Entre los límites y las limitaciones existe una relación muy estrecha, que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- Las limitaciones son especificaciones normativas a los límites que los derechos fundamentales tienen en cuanto derechos humanos.
- Las limitaciones no pueden exceder el ámbito de los límites de los derechos humanos, pues lo contrario supondría la pura y simple supresión del derecho fundamental de que se trate. Este principio es fundamental e incondicionado; es válido, en consecuencia, incluso para situaciones sociales excepcionales.

De lo anterior se deduce que existe una total dependencia y derivación de las limitaciones respecto de los límites de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido la tesis de que “la Constitución Política no adopta ni una posición universalista extrema ni una relativista cultural incondicional”, como muestra de lo cual prescribe, como regla general, el respeto a la autonomía y a la diver-

---

<sup>3</sup> Sobre esta tutela afirmó la antropóloga Esther Sánchez: “[L]a tutela T-254 de El Tambo es la máxima expresión de la diversidad negada, y [...] discriminación”, en *Justicia y pueblos indígenas en Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural* (2004), 2<sup>a</sup> ed., UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, p. 205, Bogotá.

sidad étnica y cultural, pero simultáneamente establece sus límites al obligar a que su ejercicio esté conforme con los preceptos constitucionales o legales.

Sin embargo, como la autonomía y la diversidad étnica y cultural tienen carácter de principios constitucionales, para que una limitación de estos principios esté constitucionalmente justificada es necesario que se cumplan dos condiciones<sup>4</sup>: la primera, que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía o, lo que es lo mismo, que se fundamente 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 la 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 en ineficaz<sup>5</sup>.

Lo anterior llevó a la Corte a establecer dos reglas que parecen independientes entre sí: la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas; y, correlativa a ella, la minimización de las restricciones a dicha autonomía a las absolutamente indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía<sup>6</sup>. Adicionalmente, dado el carácter indeterminado 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”<sup>7</sup>.

No podemos pasar por alto la sentencia T-349 de 1996, cuyo magistrado ponente (en adelante M.P.) fue Carlos Gaviria Díaz, en la que se 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 establecer dicho núcleo: 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

4 Sentencia C-139 de 1996 y T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

5 Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

6 Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997 - M.P. Carlos Gaviria Díaz; y C-127 de 2003 - M.P. Alfredo Beltrán S.

7 Sentencias SU-510 de 1998 - M.P. Eduardo Cifuentes M.; y C-127 de 2003 - M.P. Alfredo Beltrán S.

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

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.

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.

En esta misma sentencia, 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”<sup>8</sup>.

Igualmente es necesario destacar que, en el mismo fallo, se declaran constitucionalmente válidos los siguientes hechos:

1) Que la comunidad indígena les imponga sanciones a quienes, con motivos de sus 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. 2) 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 prohíba el ingreso al resguardo de personas extrañas a la comunidad, por ejemplo los predicadores de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC). 3) Que se construyan, en el resguardo, instalaciones para realizar el culto evangélico.

Las razones expuestas para sustentar estas decisiones fueron: Que los dogmas y prácticas del grupo evangélico amenazaban la existencia

---

8 En el estudio de un supuesto de hecho de un tema similar (Alexy, Robert, p. 293) sostiene que el supuesto de hecho y ámbito protegido coinciden plenamente. Éste no es por supuesto el caso de la Corte pero evidentemente el mínimo de los mínimos no protege el principio de autonomía ni el ámbito protegido.

misma de la cultura indígena<sup>9</sup> y que los resguardos y territorios eran propiedad colectiva, con carácter 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 prohibir la construcción en él de instalaciones por parte de personas extrañas a su cultura. La sentencia T-1022 de 2001 reitera las conclusiones anteriores al analizar un conflicto similar con los predicadores de la IPUC.

El artículo 246 de la Constitución Política ha adscrito ciertamente funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas. La consistencia relativa de esta jurisdicción parece ser admitida por la Corte Constitucional, que reconoce en ellas un elemento central y una condición de posibilidad (la Corte habla de “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas”).

Tal como lo afirma Benítez (1997):

*A primer golpe de vista se advierte la falta de correspondencia entre órgano y función: normalmente la autoridad se encarna en un Cabildo o en una asamblea que toman todo tipo de decisiones, resultando que el órgano pensado inicialmente como jurisdiccional extiende su competencia más allá de ello; queda así invalidado el primer criterio, que se denomina orgánico, para determinar la naturaleza de la jurisdicción. La montaña de la cuestión no es poca, si se considera que se han rechazado tutelas al no tener la judicatura claridad sobre la clase de acto controvertido, precisamente porque no es fácil establecer la naturaleza del órgano.*

En cuanto al llamado *criterio funcional*, es tal vez el que mejor caracteriza la naturaleza de la Jurisdicción Especial Indígena por el manejo que el artículo 246 da a lo jurídico desde la semejanza –la Constitución y las leyes operan como referencias excluyentes de lo que les sea contrario–, lo que le permite reconocer previamente ciertos elementos culturales locales como jurídicos en virtud de una comparación puramente analógica (que sin embargo poco o nada se sirve de la diferencia) para después subsumirlos y dar la impresión de constituir con ellos una sola unidad. Esta situación no ha sido pasada por alto por ciertos teóricos y altas instancias judiciales

<sup>9</sup> Sentencia SU-510 de 1998, donde se compara las dos cosmovisiones involucradas en el conflicto.

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

para construir conceptos, supuestamente comunes, a la medida de las necesidades del momento. Es así como vemos aparecer “sistemas jurídicos indígenas” y dentro de ellos “instituciones civiles” que abarcan... ¡un derecho de herencia y de las obligaciones!, e “instituciones penales” con categorías como... ¡tipicidad, responsabilidad, punibilidad!, e incluso un “compendio de derecho penal especial” que nada tiene que envidiar a sus matrices romano-germánicas<sup>10</sup>.

La postura de la Corte Constitucional, que a través de la revisión se ha convertido en tribunal de homologación, asume de alguna manera el control de los problemas, en el sentido no ya de exigir un nuevo juzgamiento, sino de *consultar* a la comunidad, consulta que en últimas se convierte en mecanismo de control.

La Corte ha tenido en estos años diferentes posturas frente a las decisiones de las autoridades indígenas. Entre las más destacadas citemos:

- Pedir que se repita el juzgamiento.
- Ordenar que se consulte de nuevo a la comunidad a ver si se repite o no el juicio y si no se repite, pasárselo a las autoridades judiciales ordinarias.
- Reconocer plenamente la decisión.
- Reconocer parcialmente la decisión y pedir revisión de la misma.

Lo normal en las tutelas concedidas en revisión por la Corte Constitucional –siempre a través del mecanismo de revisión–, es que ellas hayan sido negadas en las primeras instancias judiciales ordinarias. Incluso a veces –no siempre– estas instancias judiciales ordinarias han exhibido posturas un poco más abiertas que las de la Corte misma. No obstante, la Corte ha definido una línea en el tema, que tiene su culmen en la exigibilidad a las autoridades indígenas del cumplimiento del mínimo vital legal que se debe respetar por parte de ellas.

En la sentencia de tutela T-523<sup>11</sup> de 1997, afirma el magistrado Carlos Gaviria:

---

<sup>10</sup> Benítez, Hernán Darío (1997), “Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional”, en: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Bogotá.

<sup>11</sup> Esta sentencia se titula “La solución constitucional a los conflictos entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía”.

*... En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal [...] Mientras una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante<sup>12</sup>.*

En cuanto a la violación del debido proceso, la sentencia del doctor Gaviria Díaz afirma que el debido proceso nuestro<sup>13</sup> encuentra un equivalente en las culturas indígenas, en la medida en que en todas partes se quieren castigar los abusos y en todas partes hay personas que abusan del poder. En esta interpretación bastante sui generis debemos ver entonces una manifestación del debido proceso. Otro ejemplo proviene de los casos en que se analiza el juzgamiento en asamblea de una persona. Es común en ciertas etnias que la parentela esté presente en ella; la garantía del derecho de defensa la ve la Corte en el hecho de que la parentela efectivamente esté presente en la asamblea que señala el castigo para la persona y en eso, según la Corte, radica la equiparación del derecho de defensa; si no se encuentran presentes sus familiares, se vulnera el derecho de defensa.

En la Sentencia T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se expresa así la Honorable Corte:

*Hasta aquí se tendría que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que 1) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que 2) cuenta con autoridades tradicionales, que 3) 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*

12 Carlos Gaviria Díaz (2002). *Sentencias: Herejías constitucionales*, Fondo de Cultura Económica, 1<sup>a</sup> ed., Bogotá, p. 335

13 *Ídem.*

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

*de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o porque las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones.*

En igual sentido se pronuncia el Alto Tribunal en la sentencia T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

La Corte también ha previsto el hecho de que el indígena pueda tener interés en escoger a su arbitrio la jurisdicción que considere 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>14</sup>. Londoño comenta al respecto (2006, p. 180) que no sobra anotar que el fallo no formula la hipótesis de una jurisdicción nacional incapaz de garantizar el debido proceso, muy posiblemente porque lo considera un imposible fáctico y jurídico.

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, el llamado a definir las reglas de las relaciones interculturales no es un juez “blanco” –ni unipersonal ni colectivo–. Estas relaciones, 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 (Sánchez 1998, pp. 352-353).

Compartimos entonces con la doctrina nacional y extranjera que la definición de las reglas de juego sobre los límites y competencia de la Jurisdicción Especial Indígena no es asunto que deban decidir los tribunales<sup>15</sup>. Esas reglas deben construirse en escenarios de diálogo intercultural, en consulta interna y externa con cada pueblo. Sin embargo, el contenido esencial de los derechos no es discutido con los respectivos pueblos, pese a los esfuerzos de la Corte Constitucional, a los peritazgos antropológicos y a oír en audiencia pública a diferentes

14 Sentencia T-522 de 2003, M.P Clara Inés Vargas H.

15 Londoño 2006, pp. 203-206; Sánchez 1998, pp. 352-353; Uprimny 1998, pp. 105-106.

estamentos. Adicionalmente, aún no está claro en estos diecisiete años de producción jurisprudencial el núcleo central de valores que la Corte suscribe en cada cultura; hay de hecho en la jurisprudencia revisada asomos de respeto intercultural pero el centro de la complejidad está en el límite de los diferentes derechos encontrados tanto al interior de los pueblos como en la sociedad mayor. Resolver esta dicotomía implica una reinterpretación de lo ya dicho y ubicar, o mejor, encontrar una tesis que no sea ecléctica siempre.

La jurisprudencia analizada respecto a la jurisdicción indígena y sus múltiples interpretaciones por parte de la Corte, deja ver que ésta ha llevado a una restricción de los derechos de los pueblos considerados tanto en lo referente a sujetos colectivos como a sujetos individuales. Estas múltiples interpretaciones conllevan el menoscabo de diferentes derechos de los pueblos indígenas, pero de hecho el más afectado a lo largo de estos años es el del ejercicio de la propia jurisdicción, porque a medida que pasa el tiempo se establecen mayores limitantes que impiden a las autoridades indígenas administrar justicia.

Se presenta a continuación un caso acontecido en el pueblo Nasa en el resguardo de Togoima (Tierradentro, departamento del Cauca, Colombia). Este caso forma parte de varios estudiados para el trabajo de tesis doctoral y tiene diferentes elementos que permiten entender, además de lo reflexionado hasta aquí, otros aspectos del mapa decisio-  
nal jurisdiccional de Colombia.

## La cárcel, un asunto muy serio

**Hecho:** Homicidio. El cabildo lo conoce directamente porque sucedió en la plaza pública de la vereda Mesa de Togoima, después de un partido de fútbol.

**Implicado:** Édgar Olimpo Liz Chasqui

**Hechos:** Édgar Olimpo Liz Chasqui, comunero del resguardo de Togoima, comete homicidio en la persona de Olivo Medina Achipiz en la vereda de Mesa de Togoima. Cabe anotar que el mismo día de los hechos, el comunero implicado se entregó a la Fiscalía de Belalcázar (Páez) y ésta dispuso enviarlo a la cárcel San Isidro de la ciudad de Popayán (Cauca) el día 25 de febrero de 2002, según la Boleta de Detención 03 de esa fecha, librada por la Fiscalía 001, Seccional Belalcázar (Páez).

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

El 8 de abril de 2002, el resguardo indígena de Togoima se reunió en asamblea para tratar el caso del asesinato cometido por el señor Olimpo Liz. En dicha asamblea participaron los familiares de la víctima; la familia del sindicado al parecer no fue informada y por eso no asistió a la misma; tampoco asistió el sindicado porque para esta fecha se encontraba en la cárcel San Isidro. En esta asamblea se decidió condenar al implicado a 60 años de cárcel por el asesinato del señor Olivo Medina, comunero del resguardo de Cohetando. Los elementos para la decisión fueron los testimonios de los miembros de la comunidad de Mesa de Togoima que asistían a un partido de fútbol en la cancha de la plaza de esta vereda. Quienes testificaron dijeron que el sindicado, después de una pequeña discusión, le propinó un disparo a su víctima, lo que le ocasionó la muerte minutos después. Adicionalmente, el implicado reconoció el delito y por voluntad propia se presentó en la Fiscalía Seccional de Belalcázar, que, como ya dijimos, lo envió a la cárcel.

### ***Procedimiento de la Jurisdicción Especial Indígena***

Según actas de Asamblea General del resguardo indígena de Togoima (Acta 8 de abril de 2002 y Acta 1º de septiembre de 2002), consta lo siguiente: La asamblea se realizó en la vereda de Togoima Centro, con la participación de todos los cabildantes tanto principales como los de las veredas. Se contó con la asistencia de los comuneros de las 7 veredas del resguardo; el objetivo del encuentro era analizar los problemas internos y buscar solución a los mismos. Los casos que se trataron fueron dos homicidios y un caso de hurto, y el orden en que se trataron fue, en primer lugar, el asesinato cometido por el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui en la persona de Olivo Medina Achipiz, en la vereda Mesa de Togoima, seguidamente el asesinato de John Léider García y por último el caso de hurto.

La asamblea se desarrolló en el siguiente orden: se nombró una mesa coordinadora cuyos integrantes, un coordinador y dos secretarias, fueron elegidos por consenso. Una de ellas era la secretaria principal del cabildo. Se realizó la oración como es costumbre, dirigida por un voluntario de la asamblea. Se procedió al llamado de asistencia para verificar la presencia de los comuneros de las veredas. Se inició con el primer tema por el que se había hecho la convocatoria, para lo cual una de las secretarias leyó el acta de la asamblea anterior, realizada el 8 de abril de 2002 y cuya sentencia trata principalmente sobre la condena

en contra del señor Édgar Olimpo Liz Chasqui por el asesinato cometido, aclarando que esa acta no está aprobada. Una vez leída el acta se da la palabra a los familiares de las partes.

La víctima y sus familiares recordaron pertenecer al resguardo vecino de Cohetando, quienes asisten previa invitación escrita de parte del gobernador de Togoima.

La intervención de los familiares se inicia con la hermana del sindicado, quien aclara que su hermano en ningún momento solicitó que el caso fuera llevado por la Jurisdicción Especial Indígena y que por el contrario pidió ser juzgado por la justicia ordinaria.

El gobernador manifiesta que si el caso lo ha asumido el cabildo del Resguardo es porque el responsable del hecho envió una carta al gobernador pidiendo que su caso lo llevara la Jurisdicción Especial Indígena, carta que se leyó en la asamblea del 8 de abril.

Luego intervino la familia de la víctima manifestando que la Jurisdicción Especial Indígena es legítima para conocer de estos casos y que las decisiones de asamblea se deben respetar.

La discusión se amplió luego a todos los asistentes, cuyas intervenciones se centraron en expresar que la jurisdicción indígena es legítima y que la asamblea es la que decide; la intervención de la familia del responsable de los hechos se centró en solicitar el debido proceso, la intervención de un abogado defensor y la presencia del sindicado en la asamblea, pues a su juicio el no cumplimiento de estos detalles hace que las decisiones sean ilegítimas, e insistieron en que el caso sea dejado a la jurisdicción ordinaria y si no es así que se le garantice el debido proceso con la presencia de un abogado que explique cómo resolverlo.

Un comunero le responde diciendo que “si están presentes los cabildos y la comunidad, entonces para qué un abogado si las decisiones las toma la asamblea” y que la jurisdicción especial tiene sus usos y costumbres.

Ocurre luego la intervención general de familiares, y en la asamblea todos opinan y argumentan acerca de por qué se debe juzgar, de lo que significa un asesinato, de la legitimidad de la asamblea, la responsabilidad de los familiares en la educación, de la conciencia del delito cometido; se

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

habló igualmente sobre la firma en asamblea y aclararon que la firma en asamblea no necesariamente es aprobatoria de la misma, del respeto a las decisiones tomadas en asamblea, de la presencia del sindicado en la asamblea, de la responsabilidad y seguridad de su traslado, y del desconocimiento de las leyes que regulan la Jurisdicción Especial Indígena.

La asamblea concluyó que el caso es complicado porque se trata de comuneros de dos resguardos: el responsable es una persona con antecedentes y es considerado peligroso; se dijo que hay desconocimiento de las leyes que regulan la Jurisdicción Especial Indígena y la jurisdicción ordinaria, y que por tanto para solucionar el caso es necesario llamar a todos los gobernadores del municipio de Páez, de la asociación de cabildos Nasa Cxacxaha y a un abogado experto en el tema. Se definió aplazar el caso para una próxima asamblea y que si el sindicado quiere hacerse presente en la próxima asamblea, que lo haga. Se aclaró que de su seguridad se deben responsabilizar sus familiares.

En el Acta de la Asamblea de los días 7 y 8 de octubre de 2002, consta que se contó con la presencia de los gobernadores del municipio de Páez, de un abogado experto en el tema enviado por el Consejo Regional Indígena de Cauca (CRIC), la Junta Directiva de la Asociación de Cabildos Nasa Cxacxaha de Páez, los familiares de la víctima y familiares del sindicado. El sindicado no se hizo presente pues no fue posible gestionar su permiso en la cárcel de San Isidro; además se temía por su seguridad. Igualmente y como de costumbre asistieron los comuneros del resguardo. En esta asamblea de octubre, básicamente lo que hicieron los cabildos de Páez y todos los asistentes fue ratificar lo decidido por la asamblea del 8 de abril y discutido el 1 de septiembre de 2002.

Revisada el Acta de 7 y 8 de octubre de 2002, se confirma que todas las asambleas se llevaron a cabo realmente para definir cuál jurisdicción conocería el caso y la condena, porque en cuanto al hecho está probado, debido a que el asesinato se realizó a la vista pública, aunque los familiares, con el fin de que mermara la pena, insistieron en afirmar que era un accidente porque la víctima era amigo de su homicida. Esto no se probó y la asamblea tampoco lo creyó.

### *Correctivo*

A Édgar Olimpo Liz Chasqui, la asamblea lo encontró responsable del asesinato. Por ello determinó 60 años de prisión por parte del cabildo

y la comunidad de Togoima, y de ahí que fuera enviado a la cárcel de San Isidro de Popayán desde el 27 de enero de 2002.

El 18 de septiembre de 2003, el cabildo de Togoima recibe un oficio de Édgar Olimpo Liz Chasqui, que manifiesta que:

- La condena de los 60 años sobrepasa los límites de la justicia colombiana y además se le violaron los derechos fundamentales por cuanto:
- No se llevó a cabo el debido proceso.
- No se le admitió el derecho a la defensa.
- La decisión del cabildo y la Asamblea General viola el derecho a la igualdad. Liz Chasqui solicita revocatoria de esta determinación para iniciar un nuevo proceso de juzgamiento de acuerdo con los usos y costumbres. Por tanto, presentó una acción de tutela para amparar el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

El 13 de noviembre de 2003, el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui, desde el centro penitenciario de San Isidro interpuso una acción de tutela ante el Tribunal Superior del Cauca (Juzgado Sexto Penal Municipal de la ciudad de Popayán, capital del departamento del Cauca) en contra del cabildo indígena del resguardo de Togoima, alegando que se le violó el derecho a la igualdad y a la administración de justicia (consignados en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política).

El 10 de diciembre de 2003, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Popayán remitió la acción de tutela por competencia funcional y territorial al Juzgado Promiscuo Municipal de Páez.

El 15 de diciembre de 2003, el cabildo indígena de Togoima, en cabeza de su gobernador Juan Abel Nez, respondió la acción de tutela instaurada por Édgar Olimpo Liz Chasqui contra el cabildo indígena de Togoima, justificando y argumentando que tal acción no era procedente.

El 19 de diciembre de 2003, el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez notificó al gobernador la decisión de no tutelar los derechos de acceso a la administración de justicia e igualdad invocados por el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui en su acción de tutela contra el Gobernador del Resguardo Indígena de Togoima.

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

El día 10 de junio de 2004, el gobernador del cabildo indígena de Togoima solicitó al director de la penitenciaría San Isidro, que le entregara al comunero indígena Édgar Olimpo Liz, fundando su solicitud en el cumplimiento de lo que se supone fue ordenado por la asamblea comunitaria del 7 de junio de 2004. El interno fue entregado el día 11 de junio de 2004, fecha en que se recibió en el establecimiento carcelario el oficio.

Sin embargo, no existe documentación de la asamblea del 7 de junio de 2004, cuando había pasado a ser gobernador el señor Ovidio Ramos, y tampoco hay conocimiento sobre el compromiso de Édgar Olimpo Liz con la comunidad, después de haber estado en la cárcel 2 años, tres meses y 16 días de la condena inicial de 60 años emitida por la asamblea del 8 de abril de 2002, discutida el 1 de septiembre de 2002 y ratificada el 7 y 8 de octubre de 2002.

En la actualidad, Olimpo Liz se encuentra en el resguardo, no como condenado sino como comunero libre. Olimpo Liz fue sacado de la cárcel y está en la comunidad gozando de libertad, razón por la cual prima entre los habitantes una sensación de incertidumbre acerca de la justicia indígena.

Se ha pensado hacer un juicio al ex gobernador que procedió de esta manera, al solicitar la salida de esta persona de la cárcel sin autorización de la asamblea.

### *Análisis de los hechos y de lo actuado por la autoridad indígena*

Marcelino Nez, gobernador en el período 2002, tuvo a su cargo el conocimiento de los hechos de la muerte de Olivo Medina y para la fecha de la entrevista (15 de enero de 2008) era el Capitán del Resguardo. Manifiesta respecto al hecho:

*Los hechos que yo conocí fue cuando el Gobernador Suplente me llamó y me informó que había ocasionado homicidio [de] este Olivo Medina, ocasionado por Olimpo Liz y entonces ellos lo habían seguido, ¿no?, para capturarlo, pero entonces él se fue y pues salimos para Guadualejo y allí pues ya se entregó a la Policía Nacional de Belalcázar, Páez, Cauca. Entonces, de ahí, pues ya lo detuvieron hasta que se siguió la investigación; entonces pues él había dicho que se iba a entregar por la ley ordinaria, pero ya vio pues que*

*la cuestión ahí iba más grave; entonces pues él mismo solicitó al Cabildo como diciendo que él era [...] un comunero del Resguardo.*

Frente a la pregunta de si este era un hecho de competencia de la jurisdicción ordinaria o indígena, de hecho considera Marcelino Nez que lo sucedido era de estricta competencia del resguardo indígena, toda vez que los dos implicados eran comuneros del resguardo de Togoima y los hechos ocurrieron a los ojos de todo el mundo.

Respecto a los correctivos aplicados y a la pena impuesta de sesenta años, varios aspectos suscitaron tal decisión por parte de la asamblea. Al respecto, varios de los entrevistados participes de la Asamblea señalaron que no se hizo mucho énfasis en lo justo o no de la pena, debido al temor que el sujeto ha infundido en la comunidad pues tiene antecedentes de hurto, intimidación, porte ilegal de armas, lesiones personales contra su compañera permanente y contra un ex gobernador, situaciones que la gente por temor nunca denunció, y tal vez fue el motivo que impulsó a la comunidad a no tener compasión y condenarlo a 60 años de prisión, pues se mezclaron todos los anteriores hechos.

La familia del sindicado en algún momento de la asamblea insinuó que “no se mezclaran los casos”, pero la comunidad consideró que el sujeto estaba muy “enfermo” y por lo tanto había que aplicarle “remedios fuertes”.

Podemos decir que a pesar de que el hecho se cometió a la vista pública y que era sabido por todos, el implicado insistía en tergiversarlo manifestando que había sido un accidente. Dicha situación molestó a la comunidad, que todavía espera que el sujeto confiese y acepte la comisión del hecho, como una manera de ratificar la verdad que todos saben y “sanar la herida” a partir del reconocimiento del error.

Frente a la responsabilidad del hecho, el propio implicado Édgar Olimpo Liz afirma:

*En un momento de embriaguez, o sea, se me fue un disparo y le impacté a un amigo, ¿ya? Yo con el temor pues de que alguien tomará represalias contra mí, me presenté voluntariamente ante la Fiscalía, ante la Policía de Belalcázar. Siendo así, me tuvieron en la Cárcel Distrital de aquí de Belalcázar; de ahí me trasladaron a la Penitenciaria Nacional San Isidro.*

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

Igualmente, respecto a su consideración sobre la sanción de 60 años, Olimpo Liz opina:

*Bueno, o sea, lo que pasa es lo siguiente: En esos años anteriores unos comuneros de por acá arriba del Resguardo Guambio cometieron un delito, un homicidio contra un gobernador, contra un líder, ¿ya?, un gobernador principal. Entonces ¿qué pasa? El homicidio de ellos, pues según la investigación es casi un homicidio agravado prácticamente, porque lo cogieron, lo acuchillaron, lo abalearon, le chuparon la sangre. Entonces yo pienso que en ese sentido hay agravantes. Entonces ¿qué pasa? Llega el momento en que yo cometo el error, entonces ellos retoman prácticamente ese modelo de castigo que ellos aplicaron a esos muchachos... Ellos llegan y tienen en cuenta, ¿no?, que como allá en ese resguardo castigaron a sesenta años, a este indígena también lo vamos a castigar a sesenta años, pero sin tener en cuenta, digamos, de que yo por lo menos me presenté voluntariamente y acepté el error prácticamente, que es lo más esencial cuando alguien comete un delito ¿no?... Aceptar ¡claro! Prácticamente yo, al presentarme y decir, vea, tal cosa, por seguridad yo estaba aceptando el error que había cometido. Ellos nunca tuvieron en cuenta eso... Ellos se basaron a lo que los otros muchachos allá habían cometido.*

La visión del mundo de la comunidad de los paeches es referida en el concepto que solicitó la Corte Constitucional para el caso de Édgar Olimpo Liz:

*Existe una unidad fundamental del cosmos, y en este sentido los conflictos sociales son análogos a los desequilibrios orgánicos –las enfermedades– en el sentido de que uno y otro son consecuencia de la trasgresión de normas de la cultura, entre ellos el irrespeto por la naturaleza [...] Dentro de este contexto [...] el acto de hacer justicia implica, entonces, curar: el procedimiento de castigo, por ejemplo, la aplicación del látigo, práctica heredada de los españoles, pero con un significado cultural propio, es pensado como elemento purificador. [Por ello] no hay una única forma de curar, o de resolver una situación particular, sino que las estrategias son abiertas y quedan, en cierta forma, a discreción de la experiencia y criterios del Cabildo, los familiares o el the'wala.*

Afirma igualmente el concepto en mención:

*[E]l modelo de justicia que poseen y aplican se aleja, en sus principios, de las modalidades de justicia imperantes en el marco jurídico nacional y su sistema penal. En particular, su modelo de justicia no está fundado en el modelo de “adversalismo”, propio de nuestro sistema legal, y en consecuencia los actos de acusación, culpabilidad y argumentación tienen otro significado, o se enmarcan en un proceso cultural distinto. En este sentido, en el derecho Páez, la meta no es “vencer” en juicio al acusado (quien tendrá el derecho de defenderse a través del debido proceso occidental) sino fundamentalmente resolver los conflictos y establecer un proceso de paz, una especie de tregua, entre las personas y los grupos involucrados. Esto significa que existen diversas y siempre abiertas opciones de sentencia, y sólo en casos extremos –como homicidios– los responsables pueden ser (aunque no necesariamente) forzados a salir de la comunidad, entregados a las autoridades nacionales, o ser tratados en condiciones de aislamiento. Pero en términos generales, los diferentes grados de infracción no son únicamente percibidos como responsabilidad individual del acusado, sino que implican o afectan a un grupo mayor, o incluso a la comunidad, que se percibe también afligida y responsable por la situación. La meta es la búsqueda del equilibrio, el establecimiento de la armonía entre los miembros de la sociedad y la naturaleza. En alguna medida es un proceso de catarsis, en el cual el lenguaje es muy importante. El acusado es tratado de la misma forma como si estuviese “enfermo” y la meta es “curarlo”, lo que significa en realidad un proceso de restauración colectiva. En conclusión, la aplicación de la justicia tiene como objeto, entonces, la restauración de una armonía colectiva, perdida temporalmente, en la que la reflexión del acusado es parte fundamental del proceso, y cuya meta, salvo en casos extremos, es su reincorporación a la sociedad.*

El concepto recalca que, en este marco, el “debido proceso” tiene como meta la restauración de un estado de equilibrio y el logro de la armonía, y que por ello reviste gran importancia la confesión del acusado, pues sólo esta posibilidad le permite alcanzar la propia armonía individual. En este contexto, sustraerse a la acción del Cabildo y de la Asamblea implica negarse a participar en el proceso restaurativo.

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

## ***La Asamblea, única instancia***

La Asamblea es benevolente e incluso flexible en ciertos casos, pero en atención a las circunstancias y a la actitud del propio responsable, le aplica un correctivo fuerte que implica, tanto para la jurisdicción indígena como para la ordinaria, un hecho que desafía los límites y coloca en calzas prietas algunos derechos.

La decisión de la Asamblea es, como se vio anteriormente, ratificada en dos asambleas posteriores, en las que las consideraciones frente a mantener la decisión respecto al condenado gravitan alrededor de tres ideas fundamentales:

- Lo que se decide es una decisión de todos, y uno o unos no la pueden invalidar.
- Si la asamblea es la máxima autoridad, después de que ésta resuelve no se puede echar para atrás lo decidido.
- Si se reconsidera la decisión la asamblea pierde su autoridad.

En igual sentido afirma el concepto antropológico:

*[L]a sentencia dada por la Asamblea de la comunidad se considera inapelable, en cuanto se estima que es verdad, en tanto que expresa la memoria y la tradición de la colectividad.*

La inapelabilidad de lo decidido por la Asamblea y la persistencia del señalado como responsable del homicidio en pedir que la asamblea revise su caso, provocan una vez más que la máxima autoridad del resguardo se mantenga firme en su decisión y en que no existe ninguna manera de cambiarla.

Dadas las circunstancias, encontramos que el responsable del homicidio se halla en la comunidad gozando de libertad, pero sigue siendo objeto de señalamiento por parte de los comuneros, que en todas las asambleas mencionan que la situación de Olimpo Liz está sin resolver. Al respecto, el propio Olimpo Liz dice:

*... hasta el sol de hoy, pues en cada reunión que se hace... ¡No, que fulano de tal, que fulano de tal, que Olimpo, que no ha pagado! Yo siempre he permanecido aquí desde el 2004... Prácticamente*

*llevamos tres años, he permanecido aquí, me han llamado, les digo: ¡Sí, aquí estoy!, pero nunca me han solucionado nada y hasta hoy, que, pues, volvieron otra vez a resonar ahí. Pero nadie me resuelve mi situación...*

Lo cierto es que la Asamblea opera como mecanismo de seguimiento y control de sus comuneros tanto como de sus propias decisiones. En las asambleas observadas por el autor, se detecta que tal papel es connatural a la propia Asamblea y siempre se hace alusión a lo pendiente, a lo que se encuentra por resolver.

Es evidente entonces que la sanción social opera de manera determinante dentro del resguardo, tanto como el propio correctivo impuesto y confirmado por la Asamblea.

### ***Consideraciones de la Corte Constitucional colombiana en el presente caso***

La Corte aborda el conocimiento de este caso en la Sentencia SU-154 de 2006, Acción de Tutela contra cabildo indígena / acción de tutela temeraria / presentación de varias tutelas por los mismos hechos / acción de tutela contra acción de tutela / improcedencia<sup>16</sup>.

Sobre la procedencia de la acción de tutela manifiesta el Alto Tribunal Constitucional:

*Del acervo probatorio existente en el expediente, especialmente de la constancia secretarial expedida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, se desprende lo siguiente: el aquí accionante interpuso la presente acción de tutela ante los juzgados penales municipales de Popayán (reparto), correspondiéndole el asunto al Juzgado Sexto Penal Municipal de esa ciudad, el cual por razones de competencia territorial la remitió al Juez Promiscuo Municipal de Páez, Belalcázar, Cauca, quien le dio trámite a pesar de haber fallado otra acción de tutela incoada por el mismo actor, dirigida contra el mismo demandado, por la presunta violación de los mismos derechos y con fundamento en idénticas*

<sup>16</sup> Expediente T-882370; Peticonario: Édgar Olimpo Liz Chasqui; Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Cauca; Tema: Debido proceso en la jurisdicción indígena; Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Bogotá, D.C., 1º de marzo de 2006.

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

*razones de hecho, acción esta última que había sido decidida desfavorablemente a las pretensiones del actor y, al no haber sido impugnada, remitida a esta Corporación para eventual revisión. La Corte, mediante providencia de 30 de mayo de 2003 decidió excluirla de revisión y devolvió el expediente al juzgado de origen. (Expediente T-720519)<sup>17</sup>.*

*Posteriormente, descontento con la decisión que no impugnó, el aquí demandante interpuso ante el Juzgado Promiscuo de Silvia, Cauca, otra acción de tutela, esta vez en contra del Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Belalcázar (fallador de la primera tutela), arguyendo que ese despacho judicial no había hecho un estudio profundo de su caso, por lo cual habría incurrido en vía de hecho al decidir la primera acción de amparo incoada por él. Esta segunda acción también fue decidida en forma desfavorable a sus pretensiones, y al no ser impugnada se remitió a esta Corporación, que nuevamente la excluyó de revisión mediante auto de 30 de octubre de 2003. (Expediente T- 805318)<sup>18</sup>.*

*Es decir, el aquí accionante ha incoado tres acciones de tutela, así:*

- a. Una primera, ante el Juez Promiscuo Municipal de Páez, Cauca, dirigida en contra del Gobernador del Cabildo Indígena de Togoima, por haberlo condenado a la pena de prisión de sesenta años, con violación del derecho al debido proceso, tutela que fue denegada en decisión de única instancia.*
- b. Una segunda, interpuesta ante el Juzgado Promiscuo de Silvia, Cauca, en contra del Juez Promiscuo Municipal de Páez, Cauca, por haber incurrido en vía de hecho al fallar la anterior acción. Esta segunda acción, que corresponde a una tutela contra tutela, también fue denegada.*
- c. Una tercera acción, que es la presente, interpuesta ante los juzgados penales municipales de Popayán (reparto), correspondiéndole el asunto al Juzgado Sexto Penal Municipal de esa ciudad, el cual por razones de competencia territorial la remitió al Juez*

---

<sup>17</sup> Copia de la correspondiente reseña esquemática fue agregada al expediente por el magistrado sustanciador.

<sup>18</sup> Copia de la correspondiente reseña esquemática fue agregada al expediente por el magistrado sustanciador.

*Promiscuo Municipal de Páez. Esta acción nuevamente se interpuso en contra del Gobernador del Cabildo Indígena de Togoima, por haber condenado al accionante a la pena de prisión de sesenta años, con violación del derecho al debido proceso.*

*Del anterior recuento se desprende que esta tercera acción, que ahora debe decidir la Corte, ya había sido interpuesta por los mismos hechos y en procura de la protección de los mismos derechos. Esto significa que la presente tutela es improcedente.*

*Dado que en la presente oportunidad se evidencia la presentación sucesiva de dos acciones de tutela ante distintos jueces<sup>19</sup>, motivadas en los mismos hechos y para la protección de los mismos derechos, la Corte debe declarar la tutela como improcedente.*

*Adicionalmente, la Sala constata la interposición de una tercera tutela, la intermedia en el tiempo, dirigida en contra de la primera sentencia proferida por la jurisdicción constitucional. Se trata de una “tutela contra tutela” que en su momento debió ser denegada por el juez que conoció de ella, pues, como lo ha explicado esta Corporación, el mecanismo para oponerse a la decisión de un juez de tutela es la impugnación de la misma, si es de primera instancia, o la solicitud de selección para revisión por parte de la Corte Constitucional.*

Así las cosas, la Corte concluye que en el presente caso (tercera tutela) el demandante no podía instaurar la acción, dado que la misma se había negado por decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

Por todo lo anterior, la Corte revocó la Sentencia proferida el 19 de diciembre de 2003 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Cauca, que declaró infundada la acción de tutela instaurada por el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui contra el Cabildo Indígena de Togoima, y en su lugar rechaza por improcedente la acción de tutela.

### *Entre el fondo y la forma*

Efectivamente, en el presente caso la Corte no asumió una decisión de fondo sobre el tema en estudio y prefirió circunscribir su análisis al

<sup>19</sup> El demandante intentó la acción ante un juzgado distinto del inicial (el Penal Municipal de Popayán), pero por razones de competencia se remitió al mismo juez que había conocido la primera acción.

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

reglamento de la tutela. Sin embargo, se destaca que la propia Corte solicitó un peritazgo antropológico para establecer el tipo de juzgamiento que se realiza en esta comunidad indígena y constatar el debido proceso y los demás derechos en comento.

Igualmente se puede colegir de lo expuesto por el ponente que esta decisión se convierte en sanción por el abuso de la acción de tutela, hecho bastante frecuente en el país, especialmente para quienes los fallos les son adversos.

En los pueblos indígenas colombianos sucede con frecuencia lo referido en el caso: que el castigado por la Jurisdicción Especial Indígena, cuando conoce el correctivo, se quiera acoger a la jurisdicción ordinaria porque le resulta más benévolas.

Uno de los problemas más destacados, sin embargo, es el planteado por algunas cortes y tribunales que ven en los pueblos indígenas una suerte de incapacidad para juzgar delitos graves. Prueba de ello ocurre en Colombia con la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que en los últimos años ha dirimido conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, restando, en la mayoría de asuntos sometidos a su estudio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero con una interpretación de la misma en la que reiteradamente se afirma que los pueblos indígenas no tienen competencia ni capacidad para asumir el juzgamiento de indígenas que cometan delitos que atenten contra el orden público (subversión), ni tampoco asuntos referidos al tráfico de estupefacientes.

Por ejemplo, en sentencia del 29 de septiembre de 2005, el magistrado Jorge Alonso Flechas sostiene:

*Al tipificar el delito de tráfico de estupefacientes, el legislador tuvo en mente proteger el bien jurídico primordial, la salud pública, como lo aseguró la Fiscalía, no sólo de la comunidad indígena, toda vez que se trata de un actuar que afecta a la sociedad en general, incluida la extranjera, pues, como es de conocimiento público, este delito ha traspasado las fronteras nacionales para ocasionar una serie de daños en la población internacional, aparentando con ello la comisión de una serie de acciones que atentan contra la seguridad nacional e internacional; razones que conlle-*

*van la determinación de la competencia en la Justicia ordinaria, como lo ha venido recalando la Fiscalía, a donde se devolverá el expediente para que continúe el curso de la actuación penal.*

Frente a un conflicto positivo de competencia en un caso de rebelión, el mismo magistrado sostiene

*... En efecto, en el caso que ocupa la atención de la Sala, es de clara inferencia que los actos materia de juzgamiento e imputables al procesado, resultan manifiestamente ajenos a su tradición cultural, reconocida su identidad sobre expectativas socioculturales que se oponen a esta práctica delictiva.*

En su mayoría, las sentencias revisadas tienen una estructura de análisis similar, que retoma la sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional y los pronunciamientos del propio acervo de la Sala Disciplinaria, particularmente la decisión contenida en la providencia del 18 de marzo de 1999, Expediente 19990138-A, en el que se delimitan retomando los postulados interpretativos trazados por el tribunal constitucional, sin tener en cuenta los ingredientes, ya personales, ora territoriales, bien subjetivos o sociológicos para radicar en la comunidad indígena la competencia por conducta delictiva que resulte materia de juzgamiento, habida cuenta de la naturaleza del hecho.

En un conflicto positivo de jurisdicción por un caso de acceso carnal violento, la Sala Disciplinaria presenta el siguiente análisis:

*En el caso a examen, pese a ostentar la calidad de indígena el sindicado y que la comisión del punible de acceso carnal violento ocurrió en territorio indígena, exactamente en la Escuela de Carrizal (Guaviare), el hecho imputado no fue producto propio de su cultura indígena, pues el culpado al momento de cometer el acto punible, obró con la conciencia valorativa, no de su comunidad sino como resultado de la comprensión del mundo y de las relaciones con el resto de ciudadanos del común, con adopción de costumbres del medio, es decir, ha ingresado en una aculturación, toda vez que se trataba de un directivo docente con estudios profesionales superiores, como lo reconoce en la diligencia de indagatoria, con la adopción de valores propios de la cultura predominante, pudiéndose predicar en el presente caso que el sin-*

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

*dicado al momento de la ejecución del ilícito, podía comprender perfectamente el carácter criminal que la sociedad mayoritaria atribuía al acto, caso en el cual deberá ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.*

En un caso de abuso sexual en la comunidad Monilla Amena, la misma Sala, con ponencia del magistrado Temístocles Ortega, consideró que mal podría el Estado contribuir a la desaparición de esa cultura sus-trayéndola del juzgamiento de sus propios pares por hechos ocurridos dentro de su comunidad y allí también previstos como delincuenciales.

Esta providencia, a diferencia de la anterior, argumenta:

*Además, porque como igualmente lo ha dicho la Corte Constitucional en proveído de T-496 de 1996, en ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pillar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho.*

Ni en este ni en el anterior caso, la Sala Disciplinaria se auxilió de peritazgo antropológico alguno, ni consultó a la comunidad de los respec-tivos “sindicados”: este tribunal acudió únicamente al fallo de la Corte Constitucional y a los elementos de jurisprudencia de la misma.

En otro pronunciamiento, la misma Sala Disciplinaria, en un conflicto positivo de jurisdicciones del ente jurisdiccional estatal expresa:

*... En conclusión considera la Sala que no es dable reconocer el fuero de juzgamiento que prevé la Carta Política en el caso de estudio, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto capaz de entender las valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, y en gracia de discusión, si bien una de las partes demandas en el proceso ordinario laboral es el Cabildo Indígena, no debe dejarse de lado que el mismo vinculó no sólo a la mencionada Ulluné Morales, sino que también al amparo de las leyes que regulan la cultura mayoritaria aceptó en el seno de su territorio y trabajando en el hospital de la comunidad indí-*

*gena a otras dos señoras ajenas del todo a la cultura aborigen, es decir, que como miembro del territorio colombiano gozan de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.*

Aparentemente está claro, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas es un derecho y no una obligación. Esto quiere decir que los pueblos indígenas, dentro de la autonomía que se les confiere, pueden decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia: simplemente está ejerciendo su derecho.

La Sala, no obstante el anterior predicamento, dice lo siguiente en la providencia que expide dentro de un conflicto negativo de competencia:

*... De la misma forma se observa que a pesar de que los Gobernadores y caciques del Cabildo Indígena de la comunidad de Calafitas hayan manifestado su rechazo al conocimiento del hecho punible, por cuanto no aceptan el regreso de Arnulfo Pérez, de quien se predica fue expulsado de esa congregación, no se puede interpretar ello como un desconocimiento del incriminado a ser miembro de la comunidad indígena, porque contrariamente a la manifestación de sus gobernantes, lo que se descubre es una situación totalmente diferente, en la que se acepta no sólo que es indígena, sino que se oponen a su regreso, lo cual traduce tanto el origen como la condición de miembro de esta etnia.*

*Desentraña la Corporación, en la manifestación de estas autoridades indígenas, un sentimiento de repudio contra Arnulfo Pérez, originado en su mal comportamiento, ya que había sido objeto de castigo por maltrato a su compañera, a quien finalmente eliminó; pero lo que no impide –conforme al ordenamiento constitucional– determinar la competencia del Cabildo para juzgarlo en razón del fuero especial indígena a que está sujeto el procesado y el que no es susceptible de desnaturalizarse por los sentimientos o la valoración que se tengan respecto a su personalidad. Lo indicado por las pruebas es que se trata de un indígena que venía integrado a la*

*Hacia sistemas jurídicos plurales*

*etnia U'wa y que, se repite, está probado testimonialmente que le habían sido impuestas, con anterioridad al delito, sanciones por su mal comportamiento en la comunidad, pero es a sus autoridades a quienes corresponde juzgarlo de acuerdo a sus normas de comportamiento, costumbres y procedimiento y no a los jueces nacionales de la justicia ordinaria, por lo que le asiste toda razón a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, cuando arribó a la misma conclusión en su providencia del 2 de junio del año 2000.*

La anterior interpretación denota claramente el desconocimiento por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de los avances en materia intercultural y de las propias reglas que la Corte Constitucional fijó y que la misma Sala invoca casi siempre equivocadamente.

De las sentencias analizadas, encontramos entonces que en un 70 por ciento esta Sala niega la competencia de la jurisdicción indígena. Ello ocurre, como se ha explicado, por una interpretación bastante restringida, monista y sobre todo, por el exacerbado positivismo de parte de esta colegiatura.

Las llamadas leyes de coordinación no se han implementado en ningún país de América Latina. Por ello existe entonces la posibilidad de una real coordinación, en cada contexto, entre los operadores judiciales y las autoridades indígenas.

La Corte Constitucional colombiana en algunas sentencias ha sostenido que la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) no puede ser reglamentada, básicamente por dos razones: primera, se presume –y con razón– que dentro de las tradiciones propias subyace de por sí una normatividad o reglamentación cultural; y, segunda, de hacerse eso, se atentaría contra la diversidad étnica y cultural del país.

A pesar de los múltiples esfuerzos de diversos sectores por tener una ley de coordinación, los pueblos indígenas de Colombia coinciden en que efectivamente no se requiere dicha ley, que con los elementos existentes desde la jurisprudencia nacional y lo pensado y aplicado por los propios pueblos ese tipo de norma es innecesaria.

## Bibliografía

- Aba Catoira, Ana (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant Monografías, Valencia.
- Alexi, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Arango, Raúl y Enrique Sánchez (1998). *Los pueblos indígenas de Colombia*, Tercer Mundo Editores, Bogotá.
- Barrios, Adriana (comp.) (1997). *Conflictos y contexto: resolución alternativa de conflictos y contexto social*, Instituto SER de Investigaciones, Tercer Mundo Editores, Colciencias y Programa de Reinserción, Santafé de Bogotá.
- Benítez, Hernán Darío (1997). “Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional”, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Bogotá.
- Borja Jiménez, Emiliano (coord.) (2005). *Diversidad cultural: conflicto y derecho. Nuevos horizontes del derecho y del derecho de los pueblos indígenas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Clavero, Bartolomé (2006). “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Vol. 14, Instituto de Derechos Humanos - Universidad de Deusto. Serie Derechos Humanos, Bilbao.
- Cuéllar, Jaime (coord.) (2003). *Estado actual de la justicia colombiana. Diagnóstico y soluciones*, 1<sup>a</sup> ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Dworkin, Ronald (1995). *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- Fiorivanti, Mauricio (1998). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid.

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- Londoño Berrío, Hernando León (2006). “El fuero y la Jurisdicción Especial Indígenas en Colombia”, en *Derecho penal y pluralidad cultural - Anuario de derecho penal*, Lima.
- López Medina, Diego Eduardo (2002). *Módulo de interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Nemogá, Gabriel (2001). “Contexto social y político de las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en Mauricio García Villegas y Boaventura de Sousa Santos (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis sociojurídico*, Siglo del Hombre Editores, Uniandes, Colciencias, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Sánchez Botero, Esther (2004). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, 2<sup>a</sup> ed., UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá.
- Zagrevelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Taurus, Madrid.



Este trabajo forma parte del siguiente libro:

Huber, Rudolf *et al.* (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2008.