

Principales implicaciones de la existencia de una jurisdicción penal indígena en el ámbito del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Nathaly Alvarez Gomez¹

Artículo de Revisión

INTRODUCCIÓN

Dar una opinión acerca de la Jurisdicción Especial Indígena, una realidad en la cual Colombia tiene uno de los sistemas más avanzados del mundo para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, la abundancia de recursos naturales en las tierras indígenas se convierte en detonante de la violación de sus derechos fundamentales tanto por parte del estado como de grupos armados ilegales y empresas privadas en busca de beneficio económico. La Constitución Política de 1991 establece que el Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, señalando que es su obligación y la de todas las personas proteger las riquezas naturales y culturales de la nación colombiana, el Gobierno Nacional debe adoptar medidas acordes con las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas y tribales con el fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones. Para tal efecto debe recurrir, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos. A continuación, se propende establecer cuáles son esos derechos y cuál es la legislación aplicable en el país para su defensa.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, Colombia transformó el modelo de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, garantizando la protección multiétnica y pluricultural a lo largo del territorio nacional, facultando a las comunidades indígenas y negras a decidir sobre sus territorios con autonomía e independencia. Para ello, es fundamental el reconocimiento de sus derechos territoriales, tal y como lo señala la Corte

¹ Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho, Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal Semestre II.

Constitucional: *“sin el reconocimiento del derecho a la tierra, los derechos a la identidad cultural y a la autonomía son sólo reconocimientos formales”*. El artículo 246 de la Constitución Política prevé la existencia de una jurisdicción especial indígena, en el sentido de que: *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”* (Art. 246, CPC). La Corte Constitucional mediante la Sentencia T-208 de 2015 ha explicado que su contenido normativo comprende: la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias, la potestad de disponer de sus propias normas y procedimientos, la sujeción de los elementos anteriores a la Constitución y la ley; y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Lo anterior demuestra que los primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no solo al ámbito jurisdiccional, sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional, con el fin de hacer efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad.

El fuero especial indígena ha sido definido por la Corte, desde sus primeros pronunciamientos, como “el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad” (Sentencia T-728 de 2002). Así, la jurisprudencia ha establecido unos límites concretos a la jurisdicción indígena en lo que respecta específicamente a las sanciones impuestas por los pueblos indígenas, una vez ha fallado un caso específico, respetando, claro está, el debido proceso.

El derecho al debido proceso fue definido por la Corte Constitucional como el conjunto de garantías consagradas en el ordenamiento jurídico en aras de proteger los derechos de los individuos durante las diversas actuaciones judiciales o administrativas, imponiendo la salvaguarda de los derechos y garantías tanto constitucionales como los aplicables mediante el bloque de constitucionalidad. Del mismo modo, esta colegiatura señala mediante la Sentencia C-341/14 que las garantías consecuentes con el debido proceso comprenden: el derecho a la jurisdicción incluyendo los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas a obtener decisiones motivadas, o si se considera necesario, la facultad de impugnar la decisiones ante autoridades de jerarquía superior y a obtener el cumplimiento de lo decidido por la autoridad judicial o administrativa; por otra parte, el debido proceso involucra la participación del juez natural, considerado como el funcionario investido de capacidad legal para ejercer la jurisdicción en determinado procedimiento en conformidad con la situación fáctica acaecida, la calidad de las personas involucradas en la acción o proceso y la división del trabajo estipulada en las normas procesales y la Constitución Política; y por ultimo pero no menos importante, el principio constitucional del debido proceso comprende el derecho a la defensa de las personas como un medio de protección de sus intereses y demás derechos, posibilitando el ser oídos mediante procedimientos legítimos. Una vez analizado lo anterior, es válido afirmar que el debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Ahora bien, este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, debido a que el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico, por lo tanto, lo que se requiere es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

Entonces, debe haber una precedencia de normas y procedimientos aplicados para cada caso particular, de forma tal que se garanticen los derechos del

sancionado, pues este debía conocer previamente la trascendencia de su conducta, como también el procedimiento que deriva en la sanción, que se ha venido llevando a cabo, implicando que las autoridades indígenas puedan aplicar procedimientos practicados por antecesores, comportando unas restricciones mínimas ligadas a la previsibilidad que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción.

En lo referente a la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Colombia se abstuvo de suscribirla aduciendo que algunos aspectos de ese instrumento internacional estaban en contradicción directa con el sistema interno legal de Colombia, entre ellos las provisiones de los artículos 19, 30 y 32; lo cual, de alguna forma, implica un retroceso frente a la evolución legislativa y jurisprudencial que se ha venido presentando a partir del reconocimiento que se hiciera por parte de la Constitución de 1991, ya que dicha declaración determina importantes derechos que por la ausencia de una ley de coordinación en Colombia, hubiesen facilitado el ejercicio real de la jurisdicción especial indígena.

Es claro que, a pesar de que por vía jurisprudencial se han realizado importantes reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas, ya sea como sujetos colectivos de derechos o como sujetos individuales, se hace imprescindible la realización de una ley de coordinación entre las dos jurisdicciones, la ordinaria y la indígena, que permita a los operadores judiciales y a las autoridades indígenas tener una normativa explícita que contribuya a dilucidar más fácilmente el ejercicio efectivo de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI). Es también imprescindible la creación de centros de reclusión especiales, que cumplan con las condiciones necesarias para preservar la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas.

En Colombia los pueblos indígenas comparten elementos comunes y a la vez cada uno cuenta con aspectos característicos de su cultura. Por lo tanto, se considera que pretender establecer modelos, si bien ayuda a hacer análisis un poco más ordenados, fácilmente puede llevar al error de limitar la diversidad étnica y cultural que existe y está protegida por la Constitución Política de 1991,

lo cual impone a los estudios un profundo respeto por las instituciones que examina.

Como consecuencia de lo anterior y con el ánimo de dar el lugar que corresponde a la multiculturalidad, se aclara que cuando se habla de jurisdicción especial indígena, se hace referencia a una frase que abarca más de 84 pueblos indígenas con sus particulares dialectos y autoridades judiciales, teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho lo cual implica, sin duda, una nueva idea de aplicación de la justicia.

El pensamiento del constituyente de 1991 concibió 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 desarrollo de la Constitución Política de 1991, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, incorpora 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.

Lo importante del reconocimiento que se hace en la Constitución Política de Colombia como un país en el que conviven más de una etnia y cultura, no radica solamente en que se encuentra en la norma de mayor jerarquía, sino en que los artículos que lo contienen se ubican en el título de los principios fundamentales, es decir de las normas que, por decirlo así, deben ser aplicadas con especial preferencia por los diferentes operadores jurídicos.

El instrumento legal que hace referencia a la Jurisdicción Especial Indígena es la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), la cual en su artículo 12 dispone: "...Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones Jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes.

Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los

territorios indígenas..." Igualmente es importante mencionar que la facultad de los pueblos indígenas para administrar justicia no se encuentra normada solamente en la Constitución Política y las leyes que la desarrollan, pues ya en la Ley 89 de 1890, la cual está vigente a pesar de llevar más de un siglo de ser expedida, se hace referencia a la aplicación de justicia, cuando el artículo 5 señala: "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". Esta norma, aunque significó un reconocimiento a las autoridades indígenas para administrar justicia y que se encarga de reglamentar los cabildos indígenas, tiene limitaciones como las siguientes:

- Solamente reconoce ese derecho a los Cabildos, dejando de lado otras autoridades.
- Establece sanción únicamente para las faltas contra la moral.
- No da posibilidad de que sean las comunidades quienes autónomamente definan las penas o formas de compensación o resarcimiento.

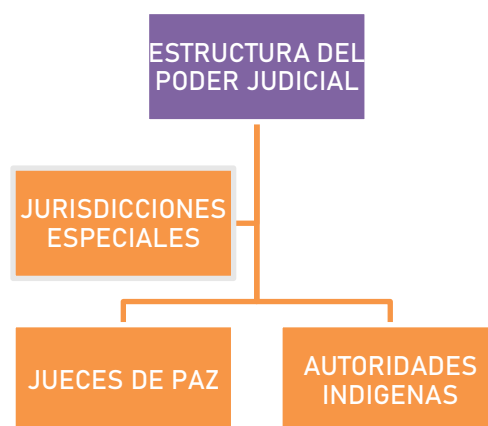


Ilustración 1. Estructura del poder judicial.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos para establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha

jurisdicción a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de "normas y procedimientos", mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.

Ahora bien, identificar los factores de competencia y jurisdicción aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, involucra la determinación de los conceptos constitucionales aplicados al interior del territorio nacional, incluyendo aquellas zonas donde la autonomía faculta la libre determinación y aplicación de la administración de justicia. El pluralismo jurídico y el multiculturalismo étnico y social posibilitan la evolución comunitaria de los factores introducidos en el ordenamiento jurídico colombiano, a fin que permite el reconocimiento de las prácticas, conocimiento, estructura y modelos aplicables por población consideradas constitucionalmente especiales. La coexistencia de los sistemas jurídicos en Colombia posibilita la fundamentación social de las instituciones, reconociendo al soberanía popular y la configuración de una sociedad evolucionista, capaz de garantizar a las sociedades culturalmente distintas el respeto a la cultura y diversidad étnica, y del mismo modo, propender por un espacio autónomo donde estos ciertos asuntos como lo relacionado con el ámbito del derecho, se solucionen dentro de su propia sociedad.

JUSTIFICACIÓN

La realidad fáctica que viven los 102 pueblos y comunidades indígenas en el 29% del territorio nacional es compleja, presencia de grupos armados al margen de la ley, desplazamiento forzado, turismo sin control, economías extractivas, colonos y extranjeros, desmovilizados, cultivos de uso ilícito, minería ilegal, micro tráfico de drogas, alcoholismo, prostitución, violencia sexual y violencias de genero entre otras. Esta realidad que enfrentan las autoridades Indígenas en los territorios y que deberán abordarla en el marco de sus sistemas de justicia o

trasladar a la justicia ordinaria, requiere del apoyo técnico y la coordinación interjurisdiccional con la Rama Judicial, pero para este diálogo intercultural es necesario tener previamente elementos que les permitan a los operadores de justicia (Jueces y Fiscales) comprender las lógicas y racionalidades de los sistemas de justicia, sus valores, sus procedimientos, sus mecanismos y sanciones.

La relevancia del presente artículo de investigación radica en el reconocimiento del pluralismo étnico y jurídico adoptado a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, y de este modo, analizar la interacción de los distintos sistemas jurídicos en materia penal, identificando sus implicaciones e impacto en la libertad personal de los individuos, permitiendo caracterizar los diversos sistemas jurídicos, analizando si la aplicación de los mismos no significa una posible vulneración de los conceptos constitucionales, con relación a los sistemas ordinarios aplicados a lo largo del territorio nacional. Por otra parte, el conocimiento de los diferentes conceptos doctrinantes aporta significativa en el posterior abordaje de temáticas que involucren tanto los alcances como los límites de las jurisdicciones especiales en Colombia. Del mismo modo, y teniendo en cuenta que la autonomía judicial para estas jurisdicciones especiales no compromete la posibilidad de crear nuevos sistemas o preceptos jurídicos aplicables en el derecho Penal en Colombia, permitiendo identificar el impacto ocasionado para la mitigación o incremento de las conductas delictivas en esta población.

OBJETIVO GENERAL

Comprender las principales implicaciones de la existencia de una jurisdicción penal indígena en el ámbito del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar el pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia.

2. Analizar el principio de legalidad en el ámbito de su desarrollo histórico y su conceptualización.
3. Analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en torno al tema de la jurisdicción indígena en materia penal.

METODOLOGÍA

El presente artículo es producto de una revisión documental, y pretende comprender las principales implicaciones de la existencia de una jurisdicción penal indígena en el ámbito del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico penal colombiano. A partir de las técnicas de recolección, análisis y tratamiento de la información prevista en una revisión documental, se analizó el contenido temático, de un conjunto de documentos científicos (N=5), sobre el tópico de la jurisdicción penal indígena en el ámbito del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

Para la búsqueda y acceso de documentos (artículos o revistas científicas), vía internet (Base de datos: Google Académico), se establecieron cuatro criterios de búsqueda: 1) ubicar por área de conocimiento, 2) ubicar por descriptores o palabras claves; jurisdicción penal indígena, del principio de legalidad, ordenamiento jurídico penal colombiano, 3) ubicar documentos primordialmente de fuentes hispanas o latinas, 4) publicaciones en revistas con prestigio en la comunidad científica. Posterior a la identificación de las fuentes de información aplicables en el presente artículo, se analizarán las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan la materia de estudio, en aras de determinar los conceptos propios de este sistema y su aplicación, alcances y límites dentro y fuera de sus territorios y/o comunidades.

ANALIZAR EL PLURALISMO JURÍDICO Y MECANISMOS DE COORDINACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA Y EL SISTEMA NACIONAL DE JUSTICIA EN COLOMBIA

La Constitución Política es la carta de derechos a través de la cual cada país construye sus leyes y demás normativa. Hace 29 años Colombia cambió su Constitución, hacia una carta que reconoce la diversidad étnica y cultural y se constituye como un país pluriétnico y multicultural. En especial los derechos de

las minorías étnicas, las mujeres y los niños entre otros derechos, se fortalecieron de tal forma que se generaron nuevas garantías para su exigibilidad y protección. El pluralismo hace referencia a la existencia de múltiples sistemas jurídicos (normativos) y/o de justicia en un mismo Estado. Pretende analizar y trabajar temas que tienen un gran impacto para los pueblos indígenas y que apunta a fomentar su inclusión en procesos políticos, económicos y sociales. Inclusión que también debe prever el cumplimiento de sus derechos no solo individuales sino como colectividad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia, el modelo constitucional del centralismo legal continua en firme, avalando o invalidando principios y procedimientos determinados y aplicados en determinados territorios. Efectivamente, el Art. 246 CP establece que esos principios y procedimientos de los pueblos indígenas no deben ser contrarios a la Constitución y a la ley. Ahora bien, es relevante reconocer que las jurisdicciones especiales representan un aporte significativo para el fortalecimiento social y la producción de la inclusión, reconociendo los aspectos subjetivos y objetivos aplicables a las comunidades, de modo que, se superen las barreras tradicionales incorporadas en anteriores Constituciones Políticas, promoviendo el avance social. Dentro de las jurisdicciones especiales se incorpora la jurisdicción de paz y la de los pueblos indígenas, materializando los preceptos contenidos en la Constitución Política de 1991, donde en la Jurisdicción de Paz intervienen los Jueces como principales agentes de la justicia, quienes poseen la competencia para la resolución de conflictos suscitados en la sociedad, mientras que, en la Jurisdicción Especial Indígena actúan investidos de competencia las autoridades de los pueblos. (Cruz, D., s.f.)

Por otra parte, identificar la trascendencia del concepto jurisdicción reclama la identificación terminológica de la competencia. En primer lugar, el término *jurisdicción* etimológicamente proviene del “ius dicere”, es decir, “declarar el derecho” lo que se entiende como la función pública ejercida por una autoridad judicial o administrativa para administrar justicia, dirimir conflictos comunitarios y dar aplicación a la ley en los litigios. Con respecto a la competencia, señala Mattiolo (1930) que es la “jurisdicción distribuida entre las distintas autoridades

judiciales”, afirmando el concepto de que “todos los Jueces tienen jurisdicción, pero no todos poseen la competencia dentro de un mismo asunto” limitando la acción de los agentes judiciales y administrativos. (Consejo de Estado, 4 de octubre de 2007)

Una vez abocadas las diferencias entre jurisdicción y competencia, es necesario resaltar que los sistemas jurídicos de Colombia aporta al pluralismo legal coexistiendo en un Sistema nacional geopolítico.

Ahora bien, es necesario destacar las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena. En primer lugar, en cuanto al factor territorial la Jurisdicción Especial Indígena no es aplicable fuera de los límites territoriales de la comunidad, y el sujeto debe pertenecer a la comunidad indígena, mientras que la Jurisdicción Ordinaria aplica dentro del territorio nacional; por otra parte, con respecto a la estructura de la Jurisdicción Especial 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, en cambio, la estructura de la Jurisdicción Ordinaria la composición y el funcionamiento previamente están reguladas en la ley. Para Colombia, Corte Suprema de Justicia, Tribunales y Juzgados. En cuanto al procedimiento aplicado en la Jurisdicción Especial para la Paz, la comunidad o el pueblo determina las medidas que se adoptadas para la resolución del conflicto, de este modo, se otorga autonomía e independencia en sus actuaciones judiciales, lo cual se sobrepone a la cultura y costumbres de la misma comunidad, mientras que, dentro de la Jurisdicción Ordinaria se aplican las disposiciones contenidas en las diferentes normas procesales. Con respecto a este último ítem, las sanciones que aplican las autoridades indígenas pueden ser: latigazos sobre el cuerpo de forma pública o privada, la expulsión del territorio o de la comunidad, la prohibición de salir del territorio, la reparación económica a la víctima del hecho, el sometimiento a un trabajo social comunitario durante un término determinado, el reconocimiento público del hecho victimizante, también pueden ser sometidos a maleficios e incluso la muerte. (Cruz, D., s.f.) Con referencia a la competencia que poseen estas dos jurisdicciones, cabe resaltar que la Jurisdicción Indígena recae sobre los líderes que hayan sido designados por la

comunidad, relacionándose tanto la costumbre como los hábitos mentales, imparcialidad y la coherencia jurídica; mientras que, la Jurisdicción Ordinaria los jueces son las autoridades encargadas de impartir justicia dependiendo de la especialidad. (Consejo Superior de la Judicatura, 2003)

Estas autoridades poseen la facultad para conocer, investigar y juzgar las acciones reprochables y violatorias que realicen los miembros de las comunidades indígenas que presidan, siempre que se cumplan con tres condiciones específicas, las cuales son, que el procesado pertenezca a una comunidad étnica, que la acción punible haya sido cometida dentro del territorio de la comunidad y que la acción no sea de aquellas que ponga en peligro la seguridad del Estado y la salubridad pública. (Cruz, D., s.f.) Del mismo modo, pese a que a la Jurisdicción Indígena posee la potestad y autonomía para aplicar la justicia dentro de su territorio y sobre los sujetos pertenecientes a dicha comunidad, estos poseen límites legales por encontrarse dentro el territorio nacional. No obstante, la normatividad colombiana no imposibilita que las comunidades indígenas accedan a la Justicia Ordinaria, entre ello se faculta a las autoridades indígenas a hacer el llamado a la Policía Nacional para su captura y disposición con observancia al deber de cooperación para lograr la captura de los sujetos que pretendan evadir la justicia indígena. Los alcances y límites de las respectivas jurisdicciones quedaron definidos por la Corte Constitucional “cuando delimitó el marco de la jurisdicción especial de los pueblos y fijó la frontera para la intervención de la justicia ordinaria frente a los casos de indígenas que transgredan la ley penal, también conocida dentro de los pueblos como ley occidental o derecho occidental. Ahora bien, los alcances y límites en el tratamiento de los indígenas frente a la ley penal instrumental actúan el debido proceso, el juez natural y el reconocimiento permanente de la condición de indígena del sujeto sometido a juicio por fuera de su jurisdicción especial (Clavero, 2000, p. 230).

Una consolidación de la jurisdicción indígena en esos territorios, de todavía frágil gobernanza, podría ser una solución adecuada, que contribuyera a mejorar la situación de las mujeres indígenas en el ámbito del pos acuerdo. Sin embargo, para lograr este objetivo dos son los requisitos que la jurisdicción especial

indígena necesita asumir. Por un lado, resulta imperativo que incorpore y respete los estándares internacionales en materia de género y derechos humanos asumidos por Colombia. El segundo requisito consiste en garantizar que la mujer conforma un elemento activo, con capacidad de influencia y actuación, en el ámbito de la jurisdicción especial indígena; este extremo permitiría sentar las bases para revertir la concepción tradicional que se tenía respecto del rol de la mujer en el seno de las comunidades indígenas y contribuir a evitar actuaciones discriminatorias por razón de género. Resulta pues patente la necesidad de que las autoridades y comunidades indígenas lleven a cabo ajustes internos en su organización y modo de actuar con el fin, no solo de clarificar la competencia jurisdiccional a aplicar en su territorio, sino para implementar los principios que en materia de representación, género y derechos humanos deben regir su organización, planteamientos y decisiones.

La pluralidad que se reconoce en ese primer objetivo, encuentra concreción en el artículo 7 de la constitución política en el que *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”*, reconocimiento que se extiende al idioma de los diferentes grupos étnicos - artículo 10 -; a la protección de esa diversidad en los procesos educativos - artículo 68 -; a la definición de los territorios indígenas como entidades territoriales - artículos 286, 329, 330 - ; y al reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. Precisamente en este orden de ideas La jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional, y de proteger a quienes siendo sus miembros, se ven comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto.

Por tanto, la Jurisdicción Especial Indígena y como la Ordinaria poseen sistemas particulares para la aplicación de justicia, las dos jurisdicciones son

igual de legítima y cuentan con un desarrollo normativo y jurisprudencial, por lo anterior, poseen procedimientos, sanciones y ámbitos de aplicación particulares. Esta la Jurisdicción Especial, tiene la misma jerarquía de la Jurisdicción Ordinaria, otorgada mediante la autonomía e independencia reconocida por la Constitución, por lo tanto no se hace necesaria la autorización por parte de los organismos del Estado o de la Justicia Ordinaria para actuar, debido a que esta posee un sistema jurídicos construido a partir de las tradiciones ancestrales, tanto el uso como la costumbre, aceptadas estas por el ordenamiento jurídico como una Fuente de Derecho, donde las autoridades poseen la capacidad para impartir justicia dentro del territorio indígena y a las personas pertenecientes a dicha comunidad, algunos de sus procedimientos y sanciones han estado en continua transformación ante la sociedad cambiante, las exigencias jurídicas contemporáneas y los asuntos nuevos sometidos a su conocimiento, requiere estar coordinada con la Jurisdicción Ordinaria, y viceversa.

ANALIZAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO DE SU DESARROLLO HISTÓRICO Y SU CONCEPTUALIZACIÓN.

El principio de legalidad o primacía de la ley constituye un principio fundamental del derecho penal; en tal sentido, todo ejercicio del poder público (*ius puniendi*) está limitado a la voluntad de la ley y a la Constitución, lo que establece, efectivamente, una sólida seguridad jurídica, Los límites están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias.

Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales, los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades.

En ese plano, el “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que

desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos.

Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, *prima facie*, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”.

El principio de legalidad es considerado por la Corte Constitucional como un principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador desprendido a partir de la soberanía popular, donde las diferentes ramas y órganos del Estado deben ejercer un poder reglado y administrar la justicia conforme a la ley, de modo que los poderes constituidos de la República se ejerzan en los términos consagrados en la Constitución. (Sentencia C-449 de 1992). Este principio rector se deriva a partir de los artículos 6, 29 y 122 de la Carta Magna, involucrando la protección de la dignidad humana con el reconocimiento de la capacidad de los individuos para ser sometidos a los preceptos legales, del mismo modo propende evadir la arbitrariedad del Estado, enmarcado en el Estado Social de Derecho adoptado con la entrada en vigencia de la Constitución política de Colombia; por otra parte, persigue la igualdad jurídica y la libertad social. (Sentencia C-428 de 2019)

El principio de legalidad obedece a los fundamentos del debido proceso, en el entendido que, el fuero de Jurisdicción Indígena busca servir como garantía constitucional para que los sujetos pertenecientes a esta población accedan a la justicia en condiciones legales y garantistas. Este principio rector faculta a las diferentes autoridades jurisdiccionales para legislar lo permitido y lo prohibido- como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica compleja conforme a la variedad

de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad (Sentencia C-710 DE 2001), del mismo modo, el ejercicio sancionador del derecho penal en Colombia confiere la facultad para proferir normas relativas al derecho sancionador, no son ilimitadas y además, frente a su concesión la Corte ha dicho que la razón obedece a la distinción que se hace de la intensidad de afectación de los derechos de las personas que varía entre el derecho penal y las sanciones administrativas. Este principio fundamenta las actuaciones de los servidores públicos, determinando que su actuar obedezca los parámetros constitucionales.

ANALIZAR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN TORNO AL TEMA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN MATERIA PENAL.

Son múltiples las disposiciones constitucionales que sirven de base normativa para el respeto por la diversidad étnica y cultural como principio fundamente de la democracia en Colombia. La corte en varios aspectos ha reconocido a la diversidad étnica y cultural como el elemento fundante de la identidad nacional colombiana, lo que a su vez da origen al deber del Estado de reconocer, promover y proteger los distintos legados culturales existentes en el país. Adicionalmente, se ha establecido también que esta protección que la Carta otorga a la diversidad étnica entraña un derecho a la identidad de estos pueblos, así como la posibilidad de, en cuanto colectividad, ser titulares de derechos fundamentales.

El principio constitucional de respeto por la diversidad étnica y cultural parte de un entendimiento de la valía intrínseca de las tradiciones, costumbres, creencias religiosas, prácticas ancestrales, lenguajes, instituciones sociales y políticas de los múltiples pueblos que habitan en el territorio. Puede decirse, por lo tanto, que este principio es una exaltación de las distintas identidades del Estado pluralista, de tal forma que pretende un diálogo que propicie el entendimiento entre unos y otros.

Con respecto a la identidad cultural de un sujeto perteneciente a la comunidad indígena que ha sido privado de su libertad, en conformidad con lo ordenado por

la Corte Constitucional mediante la sentencia C-710 de 2001, el sujeto puede solicitar a la autoridad de la comunidad el cumplimiento de la pena o sanción penal dentro del territorio indígena, siempre y cuando este posea las condiciones necesarias para el cabal cumplimiento de la pena. Dentro de la misma jurisprudencia, la Corte ha determinado los factores relevantes comprendidos por la Jurisdicción Indígena, esto es: el alcance y los límites de la jurisdicción, los principios aplicables para la solución de los conflictos, el fuero indígena y, por último, el pluralismo del Derecho Penal en Colombia.

Ahora bien, con respecto al alcance y los elementos de la Jurisdicción Indígena la Constitución de 1991 confieren la facultad para proferir normas relativas al derecho sancionador, con observancia a que estas no ocasionan una afectación de los derechos de las personas entre el derecho penal y las sanciones administrativas. (Sentencia C-710 de 2001). La Carta Magna posibilita que las autoridades de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial de cumplimiento a sus actividades jurisdiccionales, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley. Por lo anterior, el ejercicio de la jurisdicción indígena no queda sujeto a una ley específica, pues teniendo en cuenta su carácter constitucional. (Sentencia T-921 de 2013).

El artículo 246 de la Constitución política de Colombia de 1991, dispone que la Jurisdicción Indígena tiene como fundamento la autonomía de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural (art.7 CP), el respeto al pluralismo y en la dignidad humana (art.1 CP), de modo que, esta Jurisdicción siendo reconocida por el Convenio 169 de la OIT como su artículo 9º dispone: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. (Sentencia T-921 de 2013). Por lo anterior, es válido afirmar que la Jurisdicción Indígena posee dos dimensiones relevantes, tanto la protección de la diversidad étnica y cultural, como la perspectiva individual representativa del Derecho Penal colombiano. Mediante Sentencias de la Corte Constitucional, tales como: C-139 de 1996, M.P Carlos Gaviria

Díaz; T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz; T-728 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otros, se ha establecido que la Jurisdicción Indígena comprende la facultad de determinar las autoridades judiciales dentro de sus territorio, la potestad para establecer normas y procedimientos propios adheridos a sus costumbres, del mismo modo se establece que dicha jurisdicción mantiene coherencia y relación con los conceptos fundantes de la Constitución política de Colombia, y por último, la competencia del legislador para señalar la coordinación entre la normativa de la Jurisdicción Indígena con el Sistema Judicial Nacional. (Sentencia T-921 de 2013).

Ahora bien, mediante la Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, siendo Magistrado ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, se dispuso que “la jurisdicción indígena comporta: en primer lugar, un elemento humano, el cual consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; un elemento orgánico, que implica la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; un elemento normativo, de acuerdo con el cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental; un ámbito geográfico, de acuerdo con el que la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades y por ultimo, un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley. (Sentencia T-921 de 2013)

Con respecto a los límites de la Jurisdicción Indígena, la Sentencia T-254 de 1994 señaló que “la consagración de los derechos fundamentales y la plena vigencia de éstos últimos en los territorios indígenas constituye un límite al principio de diversidad étnica y constitucional acogido en el plano del Derecho Internacional, lo cual es reconocido por el Convenio 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el

Congreso mediante la Ley 21 de 1991”, es decir, que la facultad otorgada por el ordenamiento jurídico de Colombia presupone como límite el respeto y la garantía del cumplimiento y protección de los derechos e intereses de los individuos dentro de todo el territorio nacional. Del mismo modo, mediante la Sentencia C-139 de 1996 la Corte Constitucional determinó que la Jurisdicción Especial Indígena no puede desconocer los preceptos constitucionales o legales contenidos en los artículos 246 y 330 de la CPC, no obstante, esta limitación puede producirse basada constitucionalmente en un principio de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural.

En este sentido, los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre, tal como sucede en el caso del derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. (Sentencia T-349 de 1996). Del mismo modo, la autonomía otorgada por el Estado a estas comunidades no faculta a las autoridades indígenas a crear nuevos delitos dentro de ese territorio que no se encuentren de manera taxativa incluido en las normas penales de Colombia, ni se pueden producir procedimientos distintos a los existentes en el sistema ordinario. La sentencia T-266 de 1996 dispuso que: *“con el objeto de respetar la diversidad étnica y cultural, no se podría admitir una pena de muerte en un territorio de estos, o procesos como la tortura para hacer confesar al reo. Por lo anterior, se garantiza sí la diversidad, pero las sanciones y procedimientos deberán ser conforme a nuestras leyes y Constitución Política”* de este modo, se garantiza el cumplimiento a los principios rectores de legalidad y debido proceso.

CONCLUSIONES

- Consolidar los mecanismos de coordinación entre las jurisdicciones indígenas y el Sistema Judicial Nacional conociendo las necesidades que posee cada pueblo en el ejercicio de su jurisdicción indígena y estableciendo instrumentos que promuevan el respeto y ejercicio efectivo de la misma.

- Incrementar la calidad de los servicios de justicia en los territorios a través de la consolidación de los sistemas judiciales indígenas y de la identificación de las necesidades concretas para la más efectiva aplicación de la justicia indígena.
- El Estado colombiano está en deuda de avanzar en la constitución de una Ley de Coordinación que conduzca a la coordinación de las dos jurisdicciones y al cumplimiento de las obligaciones contraídas constitucionalmente, como lo ha venido exigiendo la Mesa Permanente de Concertación Indígena al Ministerio del Interior y Justicia y al Congreso de la República.
- El pluralismo jurídico y la multipluralidad étnica propende el desarrollo social y la protección de los intereses y derechos de las poblaciones de especial protección constitucional, empleando con autonomía la evolución jurídica sin desarraigar sus conceptos previos y costumbres, favoreciendo la diversidad dentro del territorio nacional.
- Se deben tener unos lineamientos claros respecto del conflicto de competencias entre jurisdicción indígena y ordinaria, la Altas Cortes no deben ser contrarias en sus argumentos ya que esto conlleva a un desgaste en la administración de justicia.

REFERENCIAS

Arbeláez de Tobón, Lucía. "La jurisdicción especial indígena en Colombia y los mecanismos de coordinación con el sistema de judicial nacional", documento elaborado por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, 2003, disponible en: <http://www.org/uploads/1184704476.pdf>.

Amicus Curiae, "Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada", Caso Comunidades indígenas afectadas por la liberación al ambiente de soya genéticamente modificada- Amparos en Revisión: 241/2015, 270/2015 410/2015, 498/2015, 499/2015, 500/2015 y 198/2015. Recuperado de

https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_768.pdf De Justicia, hrrec, dplf. (2016). Amicus Curiae, “Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada” Caso San Miguel del Progreso-Amparo Indirecto 429/2016. Recuerado de https://www.academia.edu/33379219/Amicus_CSJ_Mexico_San_Miguel_del_Progreso_Septiembre_2016

Becerra, C. (2006) *La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa*. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/93LaJurisdiccionespecialindigenayelderechopenalenColombia.pdf>

Benítez, Hernán Darío. “Jurisdicción especial indígena: Implicaciones de su consagración institucional”. Ponencia, Seminario sobre Jurisdicción Indígena. Popayán, 1997

Cruz, D. (S.f.) *Jurisdicción Especial Indígena en Colombia: Un Estudio Comparado con la Jurisdicción Ordinaria*. Universidad Católica de Colombia. Bogotá D.C. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14158/1/De%20la%20Jurisdicci%C3%B3n%20especial%20ind%C3%ADgena%20en%20Colombia.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2017) *Justicia y Pueblos indígenas. Jurisprudencia, ritos, pràctics y procedimientos*. Bogotá, D.C. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20y%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20jurisprudencia,%20ritos,%20pr%C3%A1cticas%20y%20procedimientos.pdf>

García Villegas, Mauricio y Uprimny Yepes, Rodrigo. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia, Norma, Bogotá, 2002. Julio Estrada, Alexei. "Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia", en Bazán, Víctor y Nash, Claudio

(eds.), Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n.º 4, Pluralismo jurídico, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014.

Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, 17 de mayo 2010 5 IIDH, Estudio regional sobre personas indígenas ante la administración de justicia: el caso de los privados de libertad y las mujeres indígenas, 2000 – 2010 publicación en edición. Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz (imp), Asociación Colectivo Mujeres al Derecho, Casa de la Mujer católica por el Derecho a Decidir - Colombia; Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia); Centro de Investigación y Educación Popular Programa por la Paz... (2013).

Ley 270 de 1996, art 112.2

Ley 600 de 2000, art. 97

Ley 906 de 2004, art. 54, 339

Una mirada a los derechos de las mujeres en Colombia, Informe alternativo presentado al Comité de la cedaw – 2013. Bogotá: Enlace Publicitario Editores Ltda. De Justicia, hrrec, dplf, Fundar, Instituto de Defensa Legal. (2015).

Usaid Colombia. (S.f.) *Jurisdicción Especial Indígena. Bastón Jurídico. Programa de justicia para una Paz Sostenible.*
<https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/fortalecimiento-etnico/Documents/Documentos/JEI%20-%20BASTON%20JURIDICO%20Definitivo.pdf?csf=1&e=i4IGCj>

Sánchez, E. (s.f.) *Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.* Universidad Nacional de Colombia.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-9.pdf>

Sentencia C-463 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014).

Sentencia T-208 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil quince (2015)

Sentencias de la Corte Constitucional T-728 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, D.C., 4 de junio de 2014

Sentencia T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013)

Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia de la Corte Constitucional T-266 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia de la Corte Constitucional T-549 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-710 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil uno (2001)