

**LA SOLUCION DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA  
JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y LA JURISDICCION ORDINARIA**

**DIEGO LUIS VILLARREAL RODRIGUEZ**

**TRABAJO DE GRADO**

**DR. JORGE CORAL BASTIDAS**  
**Asesor académico**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**SAN JUAN DE PASTO**  
**2005**

**LA SOLUCION DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA  
JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y LA JURISDICCION ORDINARIA**

**DIEGO LUIS VILLARREAL RODRIGUEZ.**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
FACULTAD DE DERECHO  
SAN JUAN DE PASTO  
2005**

**"Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado, son  
responsabilidad exclusiva del autor".**

**Artículo 1 del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanada del honorable  
Consejo Directivo de la Universidad de Nariño,**

**nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

\_\_\_\_\_  
**firma del presidente del jurado**

\_\_\_\_\_  
**firma del jurado**

\_\_\_\_\_  
**firma del jurado**

**San Juan de Pasto, Abril 18 de 2005.**

## **AGRADECIMIENTOS**

Al doctor Jorge Coral Bastidas, por su asesoría en el desarrollo de este trabajo y por resolver oportunamente todas mis inquietudes.

Al señor gobernador Wilson Chapuel Perenguez y comunidad del Cabildo de Males por su valiosa colaboración al permitir el ingreso y trabajo en su resguardo.

A mi amigo Juan Carlos de quien fue la idea de trabajar sobre este tema.

Por ultimo y en especial a mi familia por su apoyo de toda índole para el desarrollo de este trabajo y en el transcurso de mi carrera.

## TABLA DE CONTENIDO.

	PAG.
INTRODUCCION. ....	10
1. ANTECEDENTES HISTORICOS. ....	13
1.1 PUEBLOS INDÍGENAS DE COLOMBIA. ....	13
1.1.1. Chibchas. ....	13
1.1.2. Quimbayas. ....	14
1.1.3. Tayronas. ....	14
1.1.4. Tierradentro. ....	15
1.1.5. Pastos. ....	15
1.2 EL DERECHO PREHISPANICO. ....	15
1.3 EL DERECHO CONSUECUDINARIO.....	16
1.4 EL DERECHO INDIANO.....	21
1.5 EPOCA REPUBLICANA.....	24
1.6 LA LEY 89 DE 1890 .....	26
2. EL MARCO JURIDICO DE LA JURISDICCION INDÍGENA. ....	30
2.1 LA CONSTITUCION DE 1991. ....	30
2.1.1 Debates en la Asamblea Nacional Constituyente. ....	30
2.1.2 El texto Final. ....	32
2.2 NORMA ESTATORIA DE LA JUSTICIA. ....	33
2.2.1 Reconocimiento de la Jurisdicción. ....	33
2.2.2 La Competencia. ....	35
2.2.3 La solución de conflictos. ....	36
2.3 CONVENIO 169 DE LA OIT. ....	36
3. DERECHO COMPARADO Y SU INTEGRACION. ....	47
3.1 MEXICO. ....	47
3.2 ECUADOR. ....	50
3.3 BOLIVIA. ....	54
3.4 GUATEMALA. ....	55
3.5 NICARAGUA. ....	56
3.6 PARAGUAY. ....	58
3.7 PERU. ....	60
3.8 CUADRO COMPARTIVO DE LAS LEGISLACIONES. ....	60
4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL. ....	63
4.1 DEFINICION DE INDIGENA. ....	64
4.2 RECONOCIMIENTO DE AUTORIDADES INDIGENAS. ....	67
4.3 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCION INDIGENA. ....	71

4.4 PRINCIPIO DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL.....	74
4.5 RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ....	78
4.6 PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION CON LA CONDUCTA SANCIONADA. ....	79
5. EL RESGUARDO DE MALES. ....	84
5.1 EVOLUCION HISTORICA. ....	84
5.2 ASPECTOS GEOGRAFICOS. ....	84
5.2.1 Ubicación. ....	84
5.2.2 Linderos. ....	84
5.2.3 Pisos térmicos. ....	85
5.3 ASPECTOS SOCIALES. ....	85
5.3.1 Población Indígena y No indígena. ....	85
5.3.2 Acontecimientos. ....	85
5.3.3 Tradiciones. ....	87
5.4 Aspectos Económicos. ....	87
5.4.1 Fuentes de ingreso. ....	88
5.4.2 Apoyos gubernamentales. ....	88
6. LA JURISDICCION EN EL RESGUARDO DE MALES. ....	89
6.1 LAS AUTORIDADES COMPETENTES. ....	89
6.2 LA INSTITUCION DEL CABILDO.....	89
6.3 LOS USOS Y COSTUMBRES. ....	90
6.3.1 Distribución de la tierra. ....	91
6.3.2 El proyecto del Derecho Propio. ....	91
6.4 ENTREVISTA CON EL GOBERNADOR DEL CABILDO DE MALES. ....	92
7. CONCLUSIONES. ....	98
8. RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFIA. ....	101

## **RESUMEN.**

La jurisdicción de las autoridades indígenas fue reconocida por el constituyente de 1991 en el artículo 246 de la Carta fundamental, en el cual se reconoce la facultad de administrar justicia de las autoridades de los pueblos autóctonos de acuerdo con sus propias normas siempre y cuando no contraríen la Constitución y la ley, además en el mismo se dispone que el congreso deberá expedir una ley que coordine esta jurisdicción especial con la jurisdicción ordinaria, esto no se ha hecho y por lo tanto se generan inconvenientes atribuibles a la coexistencia de estas dos jurisdicciones, que se resuelven mediante la aplicación de tratados internacionales y pronunciamientos de la Corte Constitucional, la cual actuando como interprete supremo de la Constitución Nacional dictara los lineamientos a seguir cuando se tenga como tarea la definición de competencias.

Es necesario para quien conozca de temas referentes a esta jurisdicción y sus posibles conflictos con la jurisdicción ordinaria el conocer el derecho consuetudinario de estas comunidades ya que por expresa disposición constitucional será el que rija asuntos en los que se vean involucrados indígenas, así al analizar asuntos en los que se deriva conflicto entre autoridades de la justicia ordinaria y de las comunidades señaladas por la Carta en el citado artículo 246, será de gran relevancia para quien conozca de estas situaciones el interpretar los hechos atendiendo al respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana pues solo así se lograra un desarrollo acorde a lo presupuestado por el constituyente cuando consagro esta jurisdicción especial.

## **ABSTRACT.**

The jurisdiction of the indigenous authorities was recognized by the component of 1991 in I articulate 246 of the Constitution, in which the faculty is recognized to administer justice of the authorities of the native towns in agreement with its own norms as long as they do not oppose the Constitution and the law, in addition in the same one arranges that the congress will have to send a law that this special jurisdiction with the ordinary jurisdiction coordinates, this has not become and therefore disadvantages attributable to the coexistence of these two jurisdictions are generated, which international treaties and uprisings of the Constitutional Court are solved by means of the application of, which acting like interpret supreme of the National Constitution dictated the lineamientos to follow when the definition of competitions is had like task.

It is necessary for who knows referring subjects this jurisdiction and its possible conflicts with the ordinary jurisdiction knowing the consuetudinario right these communities since by express constitutional disposition he will be the one that governs subjects in which they are involved indigenous, thus when analyzing subjects in which conflict between authorities is derived from ordinary justice and of the communities indicated by the Letter in the mentioned one I articulate 246, will be of great relevance for that knows these situations interpreting the facts taking care of the respect of the ethnic diversity and cultural of then single the Colombian nation therefore an agreed development to the budgeted thing by the component was obtained when I consecrate this special jurisdiction.

## INTRODUCCION

La jurisdicción indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Nacional establece la capacidad de las autoridades de los pueblos indígenas de impartir justicia con ajuste a la ley actuando de acuerdo con sus concepciones y creencias, esto conlleva para el ordenamiento jurídico colombiano la necesidad de armonizar el actuar de la jurisdicción de los pueblos indígenas con la jurisdicción nacional, así como también plantea un reto tanto a las autoridades como a los ciudadanos de coordinar y colaborar para el efectivo cumplimiento del mandato-fin constitucional.

Para lograr esto, se hace necesario efectuar una compilación que sirva para conocer el desarrollo de lo atinente a esta jurisdicción especial cuestión de estudio, teniendo en cuenta la importancia que tiene dentro de este tema una clara identificación y conceptualización del derecho consuetudinario que encontramos en las comunidades de los pueblos indígenas y la dicotomía existente por la diversidad cultural en cuanto al derecho occidental.

Este trabajo inicia con una narración histórica del derecho de los principales pueblos indígenas que habitan en el país, seguido de un capítulo de derecho comparado con las legislaciones de otros países que han dado pasos en desarrollar las jurisdicciones de sus pueblos indígenas, recurriendo así mismo al análisis de jurisprudencias de las altas cortes que han tratado el tema de la jurisdicción indígena y su aplicación y que han llenado el vacío provocado por la falta de promulgación por parte del legislador de la ley que reglamenta el funcionamiento de esta.

La normatividad de un Estado de derecho como es el Colombiano se basa en la división de poderes dentro de la cual se encuentra el poder legislativo, que es al que se encomienda la promulgación de leyes, tal como lo dispone la Constitución Nacional:

Art. 114: Corresponde al congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de representantes.

Así a unos determinados cuerpos colegiados se encomienda la tarea de promulgar las leyes que nutren la puesta en vigencia global y la manifestación puntual de ese derecho y que junto con la equidad, jurisprudencia, principios generales del derecho y la doctrina ayudaran a la armonización del sistema jurídico. Se trata de un poder de inigualable magnitud, un poder que refleja la manifestación de autoridad legítima del Estado. Poder con cuyo ejercicio se busca

defender los intereses más esenciales de una sociedad (vida, libertad, propiedad, honor, etc.), ese poder del órgano legislativo, a través de la promulgación de leyes es absolutamente permeable a las valoraciones. Se valora en el momento en que el legislador determina qué acciones serán consideradas delito en materia penal o la reglamentación de impuestos e inclusive la expedición de un presupuesto, se valora en el momento de decidir qué acciones investigadas lo serán con el individuo en libertad, se valora en el sistema de investigación policial, y se advierten valoraciones cuando se sabe que no toda conducta ingresa al sistema penal.

Las valoraciones se hacen no desde un sentido de justicia o equidad único, sino fundamentalmente de acuerdo a la cultura, a las prácticas y a los demás intereses de una sociedad. Las comunidades indígenas, como modo de organización humano, sin la estructura institucional con la que cuenta un Estado, también realizan estas valoraciones y estructuran un modo de resolución de conflictos ante un ataque a los bienes jurídicos tutelados. Entender esto es fundamental para la comprensión de la relevancia que este sistema tiene sobre los individuos y de cuán violenta puede resultar la aplicación de un sistema distinto a un individuo que no comparte estas valoraciones, este caso habitualmente se produce en países como el nuestro en donde el sistema legal tradicionalmente se estableció por un determinado contexto cultural predominante pero abarcando a otros que siendo minoritarios tienen derecho a ser respetados para no caer en un totalitarismo contrario a nuestra Carta Fundamental. Es importante destacar que las distintas comunidades indígenas de nuestro país estructuran su derecho de un modo propio, pero con muchos rasgos comunes entre sí, porque parten de una misma cosmovisión del mundo.

Algo relevante para poder definir el derecho indígena es analizar lo referente a las distintas concepciones con respecto a la vida, naturaleza, religión, así como elementos culturales que pueden variar la percepción de unos mismos hechos, estas situaciones debido a las diferencias culturales no son unánimemente entendidas, existe la necesidad de articular entre la normatividad indígena y la normatividad oficial, también resulta imprescindible delinear un límite preciso que se encuentra en la no vulneración de los derechos fundamentales cuando de sancionar se trate, un camino posible sería la comparación de la gravedad de las sanciones impuestas por ambas justicias para el mismo delito así como evaluar el tipo de resocialización y sanción que se presenta en uno u otro ordenamiento.

La idea es que cada uno de los derechos se compatibilice con la legislación nacional, es decir que sea la propia ley estatutaria la que defina por ejemplo ante un conflicto penal que involucre a miembros de la comunidad que éste pudo ser solucionado del modo tradicional, mediante un proceso de juzgamiento realizado por sus autoridades y que así mismo se preste la colaboración para el sostenimiento que el funcionamiento de un verdadero sistema judicial indígena puede requerir.

Nuestro país tiene una tendencia pluralista<sup>1</sup>, con la Constitución en 1991 en el art. 246 se establece la jurisdicción especial de las autoridades de estos pueblos. Lo importante de todo esto es que este artículo fue aprobado por la Asamblea Constituyente por unanimidad y tuvo el consenso de varios pueblos indígenas ya que se encontraban presentes representantes de estas comunidades, además se debe tener en cuenta los tratados internacionales ratificados por el congreso de Colombia que tal como lo dispone el art. 224 de la constitución deberán ser aprobados por el congreso para su validez, una vez hecho esto pasaran a ser parte integral de la jurisdicción nacional, así que se deben dilucidar estos asuntos recurriendo a la jurisprudencia y al derecho internacional, importante para esto resulta el convenio 169 O.I.T., en donde se le reconoce a los pueblos indígenas y Tribales la posibilidad de asumir el control de sus propias instituciones, forma de vida, desarrollo económico, mantener y fortalecer su identidad, lengua y religiones dentro del marco de los Estados en que viven.

La primera consecuencia del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural es que pasa a formar parte de los principios fundamentales que dan contenido a la política del Estado como base ideológica del sistema pluralista. El derecho de un Estado pluricultural debe incorporar el presupuesto fundamental de que se reconocerá la diversidad cultural, que dentro del marco de los derechos humanos será tenido en cuenta el derecho consuetudinario, que serán respetadas las distintas valoraciones sobre las conductas que provengan de parámetros culturales diversos y preexistentes a la cultura oficial y que los jueces tomarán para la resolución de sus casos otros datos esenciales del contexto social en el que se desenvuelven. Lo que se debe entender en estas situaciones es que el Derecho indígena tiene validez dentro de la teoría General del derecho Contemporáneo, como un sistema con una construcción conceptual propia, con un sustento Etico-moral, el cual también está estrechamente ligado con otras ramas de las ciencias sociales, porque la teoría jurídica rara vez se ha llevado al extremo a que la ha conducido la teoría pura del Derecho, la separación completa de la jurisprudencia de todas las otras ramas de la vida social, es evidente que esta teoría de positivismo jurídico no podía ser y no será la última palabra en el estudio del Derecho.

En este trabajo servirá como referencia al operador judicial, así como al abogado o a cualquiera que se interese en el estudio del tema para que de acuerdo con los parámetros antes citados cuente con una herramienta útil al momento de definir las situaciones atinentes con el mayor grado de uniformidad posible lo cual brindara una mayor seguridad jurídica que es uno de los fines esenciales de cualquier sistema legal.

---

<sup>1</sup> Lo que significa crear un modelo constitucional que legitima los sistemas indígenas, modificando el carácter etnocéntrico del derecho al otorgar reconocimiento a sus derechos consuetudinarios, surge respetando los principios y garantías constitucionales.

## 1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Después de la conquista y con el transcurrir del tiempo se opero en Colombia un cambio fundamental en el desarrollo jurídico y cultural de las comunidades indígenas, esto se evidencia en la transición de la sociedad igualitaria tribal a la sociedad jerárquica señorial. Se conoce a estas nuevas formas sociales en el término de cacicazgo y se puede observar en sus diversas manifestaciones un fenómeno cultural que se prolongo a través de varios miles de años y aun hasta después de terminada la conquista española.

Si bien en la actualidad el derecho de las comunidades indígenas en casi ningún caso se puede decir es el que tenían antes de la conquista, el conocer su orientación ancestral nos brindara un parámetro útil para la comprensión de estas comunidades y su diversidad cultural, por esto describimos algunas formas de organización de algunos pueblos indígenas en Colombia:

### 1.1 PUEBLOS INDIGENAS DE COLOMBIA.

Se ha seleccionado algunos grupos indígenas que habitaron el territorio de lo que actualmente es Colombia basado en la representatividad de sus instituciones sociales, económicas y jurídicas, para así someramente dar una idea del desarrollo pre conquista que presentaron estos grupos en áreas como las anteriormente descritas

**1.1.1 Chibchas.** El pueblo Chibcha se movía dentro de una especie de monarquía férrea e implacable. Al zaque de Tunja no podía mirársele a la cara, a riesgo de sufrir tormentos. De su voluntad despótica dependían vidas, bienes y honor de sus subordinados. Suyo era el territorio, la fecundidad de las tierras y el trabajo de los hombres. Las leyes eran cortantes:

El cacique de Guatavita aplicaba la pena de muerte a los asesinos, los ladrones, los, perjuros, los ociosos y al soldado cobarde lo obligaba a vestir de mujer ya dedicarse a oficios propios de su sexo.

Existía el derecho de propiedad privada y los bienes pasaban a los hijos y a las esposas, a excepción de los objetos de uso personal que eran enterrados con el cadáver del propietario.

Uno de los zipas llamado Nemequeme reinó siglos antes del descubrimiento y a él se atribuye un código o conjunto de leyes que los indios cumplían fielmente que fue producto de la recopilación hecha de las diversas normas morales y jurídicas dictadas por sus antecesores Nomporen o Nompanim y Bochica o Nenquetaba. En donde conductas como el robo, la infidelidad y la mentira eran sancionados

ejemplarmente<sup>2</sup>.

Entre Muiscas prevaleció la línea matrilineal para la sucesión de los jefes; el heredero del Cacique tenía que ser el hijo de una hermana suya. Para los Chibchas la virginidad era vista como una carencia de valor y respetabilidad, las mujeres vírgenes eran vistas como impuras, para la sucesión del heredero se estableció el Código de Nemequeme, que consistía en que los sucesores naturales eran los primeros beneficiarios de los bienes del Cacique, al mismo tiempo este código establecía normas protocolarias muy rígidas.

Los muiscas por presentar el denominado código de NEMEQUEME<sup>3</sup>, en el que se observa unificación en lo que hoy serían asuntos civiles y penales, centralización del poder legislativo y judicial en la misma persona, el Zipa, como máxima autoridad, y los caciques, con lo que se denomina la primera instancia advirtiendo que en materia probatoria se acudía a lo que en Europa denominaban ordalías o juicios de Dios; así, por ejemplo, relatan las crónicas que a la acusada de adulterio le daban a comer ají, y si confesaba era condenada a muerte.

**1.1.2 Quimbayas.** La institución del cacicazgo estaba bien cimentada entre los Quimbayas, más que entre los demás pueblos Prehispánicos del territorio de Caldas, Quindío y Risaralda, quizás por el crecido número de señores principales que había en la región, pues pasaban de ochenta, a cada uno de los cuales correspondía manejar poco más de 200 súbditos, según la población total que se indica en las crónicas de 45.000 a 60.000 indígenas.

Los señores acostumbraban el matrimonio poligámico y buscaban sus esposas entre sus parientes; parece que una de ellas tenía el rango de mujer principal y que uno de sus hijos heredaba el cacicazgo. Cuando estos faltaban, el señorío pasaba a manos del hijo de hermana, como en los pueblos comarcanos.

**1.1.3 Tairona.** La estructura política de estos grupos locales indica que todos los pueblos tenían un cacique, los cuales dependían a su vez, de otros caciques principales. Se menciona que algunas poblaciones estaban divididas en barrios, que eran más, un grupo de casas o aldeas dependientes de otra población. Cada barrio tenía su propio cacique, y el conjunto de varios barrios tenía un cacique principal.

En la cúspide de la pirámide social estarían los caciques, en quienes descansa la responsabilidad política y religiosa. Entre el pueblo común, en la base de la

---

<sup>2</sup> VELASQUEZ, Fernando, Derecho Penal Parte General; EDITORIAL TEMIS, pag. 225.

<sup>3</sup> Ibid.

estructura social, se encuentran los especialistas de oficio, tales como agricultores, artesanos y mercaderes.

**1.1.4 Tierradentro.** El poder jurídico lo detentaban los sacerdotes. Seres humanos que tienen la serenidad de los soberanos, adornados con pectorales, pulseras y tocados, y muy pocos llevan armas o escudos.

Con relación a estos grupos el cacicazgo es el punto de partida para adquirir unos determinados derechos y aplicarlos en sus comunidades sin tener una clara legitimación.

Determinar con claridad un punto jurídico por el cual se desarrollen leyes de los grupos indígenas es muy difícil por la poca información que se encuentra, salvo los grupos de los muiscas el cual tenía un grado de desarrollo superior a los demás grupos.

**1.1.5 Pastos.** Como lo describe Duvadier Astaiza, los Pastos poblaron el altiplano rectangular de la meseta de Tuquerres Ipiales-Carchi entre los ríos Guaitara y Chota, los límites orientales y occidentales eran las cimas de las cordilleras de ambos lados, pero también existían dos extensiones: hacia el Pacífico, más allá del río Mayasquer, Salado y Guabo hasta Mallama, y por el cerro de las tres Tulpas hacia la Amazonía, el río Guamués<sup>4</sup>.

Los Pastos estaban organizados en Cacicazgos Mayores y Cacicazgos menores este pueblo sufrió hace más de quinientos años la llegada de extranjeros buscando enriquecerse y que despojaron a los indígenas de sus tierras, bienes, creencias, dioses y cultura. Para tener un mejor dominio se crearon las instituciones llamadas ENCOMIENDA, MITA y RESGUARDO<sup>5</sup>.

## **1.2 EL DERECHO PREHISPANICO.**

El derecho indígena es un conjunto de normas propias, que regulan el desarrollo armónico de la vida de las comunidades, uno de los rasgos relevantes es la no normativización, esto significa que el mismo no puede ser reducido a un conjunto de normas escritas, porque se apoya fundamentalmente en la tradición oral, se observa de igual manera que el citado sistema jurídico indígena presenta un sistema de autoridad claramente definida y sus reglas son aceptadas por los miembros de la comunidad contando con un sistema de sanciones para quienes se desvíen de las reglas.

El problema que los pueblos indígenas afrontan en la actualidad es muy complejo, la posibilidad de sobrevivencia como pueblo como identidad y cultura propia es la

---

<sup>4</sup> ASTAIZA, Duvadier, Texto Ilustrado de los Rostros Indígenas de Nariño, Gobernación de Nariño, p 115.

<sup>5</sup> Ibid.

que se compromete con la progresiva descontextualización que sufren estas comunidades en su interior debido a la gran influencia de la cultura predominante no indígena de la nación Colombiana, esto a pesar de los avances de la Carta Constitucional al reconocer la pluralidad<sup>6</sup> y consagrar como un derecho fundamental la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación Colombiana<sup>7</sup>. Para cumplir estos mandatos constitucionales y lograr acercarse al conocimiento de la organización de las comunidades indígenas se debe hacer el estudio respectivo valiéndose de lo que se denomina como derecho consuetudinario, es decir normas y reglas de comportamiento y convivencia social que contribuyen a la integración de la sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos.

Las instituciones jurídicas indígenas no tienen necesidad de ser interpretadas a través de lentes positivistas, para ser reconocidas como verdaderos y legítimos órdenes jurídicos. El reconocimiento del derecho indígena corresponde a un momento de gran desprestigio del derecho oficial y las instituciones del Estado estos últimos, con toda su elaboración y su razonamiento convencional positivista, han demostrado su ineficacia para establecer un ordenamiento justo de las relaciones sociales en el continente latinoamericano.

El Derecho indígena no solo se basa en lo Ético-moral sino también esta tejido en la comunidad, no existe una sistematización ni una clasificación de las normas jurídicas, como sí ocurre en el Sistema Jurídico Oficial; así como tampoco se hacen distinciones radicales entre los ámbitos religiosos, jurídico, moral y social, lo que obliga a tratar estas formas de saber y conocer diferentes a las del derecho aprendido en las instituciones del país de una especial manera para así entender su significado y fines esenciales y no caer por el riguroso apego al positivismo en la desatención de lo dispuesto por el constituyente del 91 como razón y fin de ser de esta consagración especial.

### **1.3 DERECHO CONSUECUDINARIO**

Varias son las razones por las que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, en primer lugar, porque el derecho consuetudinario es considerado como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio es un elemento fundamental para mejor conocimiento de las culturas indígenas.

En segundo lugar porque junto a la lengua, el derecho consuetudinario constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad de tal manera que puede afirmarse que cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica,

---

<sup>6</sup> Artículo 1º C.P.

<sup>7</sup> Artículo 7 C.P.

como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. Los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio.

En tercer lugar, la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado, influyendo así en la posición de estos en el conjunto de la sociedad nacional.

Finalmente el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos o culturales.

El derecho consuetudinario es objeto de atención por parte de dos disciplinas de las ciencias sociales: la Antropología y la Ciencia Jurídica. La Antropología se ha ocupado del tema, subsumiendo generalmente en la temática más amplia de la estructura social y política de los pueblos indígenas. Pocos antropólogos señalan la especificidad de lo jurídico en su tratamiento global del control social y la organización política. Sin embargo, hay notables excepciones la antropología jurídica es una de las subdisciplinas más dinámicas de la antropología en la época actual.

Al definir derecho consuetudinario se dirá que este se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en el país. Esta definición puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. El derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho.

Pero también implica que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, cuando menos durante algún tiempo. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos. Así entran en conflicto los dos derechos cuando una legislación sobre la propiedad de las tierras contradice las normas tradicionales de distribución y usufructo de derechos agrarios en una comunidad.

La ciencia jurídica acepta que la costumbre es una fuente del derecho, una definición en este sentido la brinda Orozco Henríquez cuando dice:

El resultado de aquel procedimiento jurídico de creación en el que un conjunto de actos considerados como repetidos por un órgano aplicador, se encuentran formando una disposición o pauta de conducta, en virtud de la decisión mas o menos consciente, de dicho órgano de incorporar un caso

especifico dentro de esa repetición de actos, convirtiéndolos así, en derecho aplicable<sup>8</sup>.

Cuando se habla del órgano aplicador no se refiere necesariamente a un órgano constituido del estilo de un tribunal o cuerpo legislativo, se entiende aquí que este puede ser la sociedad en sí misma considerada.

Lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, sería en palabras de Joseph Raz:

Que el derecho positivo esta vinculado al poder estatal, obedeciendo a la tesis social en virtud de la cual, lo que es derecho es una cuestión de hechos sociales, y la identificación del derecho no supone argumentos morales, entonces, se sigue, que la conformidad a valores o ideas morales no es, de ninguna manera, condición para que algo sea derecho o jurídicamente obligatorio. De esta forma, la conformidad del derecho a valores e ideas morales no es necesaria<sup>9</sup>,

En tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado. Esta distinción conduce a otra, también fundamental, en las sociedades complejas, con Estados, el derecho constituye una esfera bien distinta y especifica del resto de la cultura y la sociedad. Puede hablarse así de derecho y sociedad como de dos ámbitos que de alguna manera se relacionan pero son autónomos. En cambio la costumbre jurídica o derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad, por el contrario aquí lo jurídico se encuentra inmenso en la estructura social.

Por otra parte en las sociedades modernas no hay prácticamente ninguna esfera de la actividad humana que no este reglamentada de alguna manera por una ley, reglamento administrativo o decreto. En cambio en las sociedades en las que prevalece la costumbre jurídica, la identificación de lo propiamente legal es tarea de investigación y definición por quien en determinado momento sea él aplicador, quien tendrá una función determinada ya sea se trate de sociedades que respondan a una concepción positivista del derecho o se rijan por la costumbre jurídica así:

La función del órgano aplicador de establecer cual es el derecho aplicable dentro de un orden jurídico especifico y, por ende, verificar su producción

---

<sup>8</sup> OROZCO ENRIQUEZ, José de Jesús, El derecho constitucional consuetudinario, UNAM. Pag 52.

<sup>9</sup> RAZ, Joseph, La Autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral. Tamayo y Salmoran Rolando traducción, p. 37.

conforme a la Constitución, ya se trate de una disposición legislativa o de una costumbre, es en ambos casos constitutiva; en tanto que mientras no se efectúe la decisión del órgano aplicador, la ley parecería letra muerta y la costumbre algo vago no operable<sup>10</sup>.

Estará en estos casos en las manos del interprete de derecho identificar el derecho aplicable en uno y otro caso.

Podemos decir que lo legal o jurídico, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente:

- 1)- normas generales de comportamiento publico.
- 2)- mantenimiento del orden interno.
- 3)- definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- 4)- reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (agua, tierras, etc.).
- 5)- reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios( herencia, trabajo, etc.).
- 6)- definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien publico.
- 7)- sanción a la conducta delictiva de los individuos.
- 8)- manejo, control y solución de conflictos y disputas.

La subordinación de los pueblos indígenas al Estado colonial primero y a las repúblicas independientes después, sin olvidar el papel opresor de la iglesia modificó profundamente las estructuras sociales y las características culturales, incluyendo, por supuesto, las costumbres jurídicas, por lo que nada resulta mas equivocado que la idea de que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es un conjunto de normas ancestrales, que se han mantenido inmutables desde la época precolonial. Si bien este derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede trazarse desde la época precolonial, también contendrá otros de origen colonial, y otros mas que hayan surgido en la contemporánea. En todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórica de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos juridico-administrativos. Incluso, los mismos elementos pueden significar cosas totalmente distintas en contextos estructurales disimiles, de ahí que para muchos observadores el derecho consuetudinario indígena no sea más que la forma en

---

<sup>10</sup> OROZCO HENRIQUEZ, José de Jesús, El Derecho Constitucional Consuetudinario. UNAM , Pag. 50.

que las comunidades y pueblos indígenas reinterpretan, adaptan y usan el derecho positivo nacional a su manera.

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención porque está estrechamente vinculado a otros fenómenos de la cultura y de la identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, de la lengua y los valores culturales propios de la etnia. La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Y, por el contrario, su desaparición constituye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas.

Anterior a la expedición de la Carta de 1991 y mediante leyes como la 89 de 1890 el Estado para consolidar la sociedad bajo un mismo proyecto cultural, económico y político, intentó influenciar mediante la concepción de una cultura hegemónica occidental que debía "beneficiar" a todos los nacionales las prácticas particulares de los pueblos indígenas, para así asegurar y ampliar las condiciones de reproducción de capital y el ejercicio de la hegemonía. Contrariamente, los pueblos indígenas vienen planteando como una de sus reivindicaciones la oposición a un orden normativo que solo reconoce formalmente la diversidad y que desconoce las prácticas que la constituyen. Mas recientemente esta oposición se formula como la demanda de regulación de la vigencia de un derecho propio que regule la vida social indígena.

El desarrollo de este planteamiento en la plataforma de los movimientos indígenas ha puesto en vigencia, una vez más, el estudio de las prácticas jurídicas de los pueblos indios y su comparación con los sistemas nacionales.

La definición y tipificación de los delitos es objeto de los códigos penales de todas maneras es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Por todo ello no es extraño que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena, o por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena, es decir, un delito en lenguaje jurídico, puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente. Característica del primer tipo es actualmente la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional; sin embargo, para muchos indígenas la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales. Tal es el caso de la coca en los lugares andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México.

Característica del segundo tipo es la problemática de la brujería, aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas, pero que generalmente no es reconocida como delito, ni siquiera su existencia planteada en las legislaciones nacionales.

## 1.4 EL DERECHO INDIANO.

Con la conquista se implementaron unas nuevas disposiciones normativas que tuvieron incidencia directa tanto en el ámbito cultural como jurídico de los pueblos indígenas, entre las más importantes regulaciones implantadas por los españoles se encuentran:

- **LEYES DE BURGOS:** sancionadas el 27 de diciembre de 1512, las cuales surgen en razón de la preocupación de la Corona por el constante maltrato a los indígenas motivada por las informaciones entregadas por los padres dominicos. A tales efectos, FERNANDO el CATOLICO ordenó la formación de una junta de teólogos y juristas, a fin de encontrar solución al problema. Si bien es cierto que la inclinación de los miembros de la junta, determinaba que los indios eran seres libres y merecían tratamiento de seres humanos, se observaba la clara posición respecto al sometimiento de los mismos a la coerción española, a fin de lograr un proceso acelerado de evangelización.

En las LEYES DE BURGOS, se notaba mucho el desasosiego de los Reyes por los indígenas y fue por esto que trataron de regir sus vidas de manera que tuvieran un mayor contacto con los españoles radicados en las Indias, para que así este contacto terminara con muchos de los males que afectaban a los indios, como eran el ocio y los vicios. Esto se lograría a través del trabajo y la fe que recibirían de la enseñanza de los españoles, además de que ellos debían preocuparse de alimentar, vestir y dar un lugar para vivir a los indígenas, garantizándoles así, las mínimas condiciones para subsistir; además todo esto debía ser de buena manera y con buen trato a los indios, y nunca usando la violencia. Así mismo se consideraba de mucha importancia que los indios fuesen instruidos en la fe cristiana y que esto fuera hecho "con mucho amor y dulzura" y por esto buscaban las mejores formas para que los españoles lo hicieran, como también se le daba importancia a la asistencia a misa por parte de los indígenas, por lo que para facilitararlo, esto también se encontraba regulado. La Corona veía a los indígenas como vasallos libres y es por esto que había una igualdad ante la religión, lo que se ve reflejado en la importancia de que ellos fueran sepultados de la misma forma y con la misma preocupación que la de un peninsular, también se reflejaba en la importancia dada al bautismo.

A su vez estas leyes también regularon:

1- El trato que tenían los encomenderos con los indígenas durante el trabajo, por lo que se prohibió el uso de éstos para la carga y se les dieron 40 días de descanso luego del tiempo de trabajo en las minas.

2- Además se les exige un buen trato para con ellos y una mínima alimentación, vestimenta y vivienda.

3- también se regula el trabajo de la mujer y los niños, se penan los abusos y golpes a los indios y se prohíben cualquier nombre o sobrenombre para burlarse de ellos. Para evitar cualquier incumplimiento de estas disposiciones se constituyen los VISITADORES<sup>11</sup>.

Sin embargo, debido al incumplimiento de estas leyes en América, se continuó con el abuso de indígenas. Es aquí donde surge la persona de Fray Bartolomé de las Casas quien describió en su obra "Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias", las horribles muertes y abusos del que fueron víctimas los indios, lo que influyó de manera importante en el monarca Carlos V, además de la desconfianza que éste ya tenía en el Consejo de Indias que defendía la encomienda, el cual había sido acusado de aceptar sobornos; todo esto provocó que el 20 de noviembre de 1542, Carlos V promulgara las conflictivas leyes nuevas.

• **LEYES NUEVAS:** En las cuales se incluían disposiciones sobre procedimientos para el Consejo de Indias y ordenanzas sobre los indios. Dentro de estas últimas cabe destacar:

1. las ordenanzas que prohibían la esclavitud de un indio bajo cualquier causa, incluso la de guerra
2. ordenaban el trato de los indios como el de cualquier vasallo de la corona, tal como ellos eran considerados por ésta.

Sin embargo, lo que produjo mayor controversia y malestar fueron las ordenanzas relativas a las encomiendas en las cuales se prohibía toda futura concesión de indios y se disponía que cuando muriesen los actuales poseedores de ellas, los indios volverían a la Corona (Ley N° 35).

Debido al perjuicio que traían estas leyes para los conquistadores, se produjo una respuesta negativa en la mayor parte de América en forma de revueltas y rebeliones en puertos de gran importancia como lo eran México y Perú, donde incluso se decapitó al virrey. Esto provocó que se enviaran informantes y representantes especiales a España para que con su testimonio solicitaran y convencieseran al Rey de la urgente necesidad de suspender las Leyes Nuevas y de perpetuar las encomiendas. Fue así como finalmente los consejeros reales cambiaron su opinión sobre las Leyes Nuevas y en conjunto con la presión de los representantes de México, en 1545, el Rey Carlos V revocó la Ley N° 35 y se restableció el derecho de sucesión de las viudas e hijos. Así, poco a poco las

---

<sup>11</sup> Microsoft Encarta (CD-ROM) Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2002, Disc 2. © 1993-2001 Microsoft Corporación. Requisitos del sistema: IBM PC o compatible; drive MPC estándar CD-ROM; DOS 3.30 o superior; 490 Kb RAM; espacio en disco duro 2 MB; extensiones 2.1 o superiores de MS-DOS.

Leyes Nuevas referentes a las encomiendas fueron perdiendo efecto y validez hasta que, finalmente, se restableció el sistema de encomiendas, que en realidad nunca llegó a suprimirse, a pesar de los intentos de la corona.

Esto se debió principalmente a que la Corona no pudo ignorar al pueblo, especialmente después de la rebelión en Perú y los desórdenes en México, además de que la Iglesia también tenía intereses económicos en la encomienda, por lo que la presión de los conquistadores y representantes eclesiásticos fue muy fuerte y la Corona deseaba por sobre todo tranquilizar los ánimos y mantener la paz en las Indias.

La encomienda, que es una institución muy criticada y cuestionada, no fue meramente abuso y maltrato, ya que cabe destacar los grandes esfuerzos realizados por la Corona, en un principio por mantener el concepto inicial junto con un fin evangelizador y de mantenerla regulada, sin embargo, debido a la ambición de los encomenderos que buscaban más poder, al cual, en España no estaban acostumbrados y que luego en América a una parte de ellos los cegó y los llevó a abusar y maltratar a los indígenas; lo que llevó a la Corona a buscar ponerle fin a esta institución lo cual, a pesar de sus esfuerzos no se pudo lograr debido a la gran fuerza con la cual se radicó la encomienda desde un principio en las Indias.

En teoría, la encomienda tenía principalmente un fin económico que también se acompañaba de uno civilizador y evangelizador y que no era un servicio personal para cualquier español, sino que un sistema de tributos para los españoles que se lo merecieran por sus méritos en la conquista; sin embargo, en la práctica la encomienda mayoritariamente tuvo un fin lucrativo, por el cual la ambición de los encomenderos muchas veces fue mayor que el afán evangelizador y en vez de tratar a los indios como iguales y vasallos libres, les impusieron el trabajo y muchas veces los maltrataron; y el gran problema radicó en que, en teoría, la encomienda no llegó a ser lo mismo que en la práctica, lo que hizo aún más difícil los intentos de la Corona para sanear la encomienda<sup>12</sup>.

- **LEYES DE INDIAS.** Estas leyes llegaron a formar un conjunto de magnitud impresionante, pero plagado de incoherencias y contradicciones. El virrey de Nueva España, Luis de Velasco, recibió la misión de reunir y publicar todos los documentos existentes, en su jurisdicción, lo que hizo en 1563. Pero faltaban otras leyes y éstas siguieron acumulándose, por lo cual ordenó Felipe II en 1570 que se hiciera una recopilación completa. Tras de varias vicisitudes y renovación de la comisión encargada, en 1596 apareció una colección que se imprimió en cuatro volúmenes, pero esta resultó tan defectuosa que debió ser revisada por una comisión en la que colaboraron dos juristas eminentes: Antonio de León Pinela y Juan de Solórzano Pereira. Una nueva comisión, presidida por el ilustre Ramos del Manzano, publicó en 1680 la Recopilación de las leyes de los reinos de Indias,

---

<sup>12</sup> Ibid.

mandada a imprimir por la Majestad Católica del Rey don Carlos II. Esta obra monumental, que ha pasado a la historia con el nombre de Recopilación de 1680, consta de nueve libros ordenados en forma metódica:

1. Libro primero trata de la Iglesia Católica, de las universidades y de diversos asuntos culturales.
2. Libro segundo, del Consejo de Indias, las Audiencias y las Cancillerías.
- 3- Libro tercero, de los virreyes y de las guerras.
4. Libro cuarto, de las ciudades, obras públicas, comercio, caminos y repartos de tierras.
5. Libro quinto, de múltiples problemas judiciales.
6. Libro sexto, del trato que debía darse a los indios.
7. Libro séptimo, de diversos delitos. y de las penas que correspondía aplicar.
8. Libro octavo, de la hacienda pública.
9. Libro noveno, de la navegación y sus problemas conexos<sup>13</sup>.

El esfuerzo de los juristas de Indias contiene algunos rasgos retóricos jamás hallados en ninguna sociedad colonizadora. En la primera parte se afirma que "no se trata de dominar pueblos, sino de poblarlos en paz y caridad", y se establece el principio de que las tierras americanas no son colonias ni factorías, sino provincias de ultramar. Las tierras del Nuevo Mundo, agregan las Leyes de Indias, deben ser gobernadas "al estilo y orden con que son regidos y gobernados los reinos de Castilla y León". La situación de los indígenas es legislada con admirable espíritu humanitario: los indios no son siervos ni esclavos, sino vasallos libres de la Corona, y la Inquisición no puede interferir en sus hábitos y costumbres tradicionales.

## **1.5 EPOCA REPUBLICANA.**

Dentro del desarrollo de las leyes colombianas se ha dictado un gran número de normas tendientes a regular el derecho que tienen los indígenas sobre sus tierras, reglamentar el uso y goce de ellas, y proteger a los nativos, entre ellas el Decreto del 5 de julio de 1820, firmado por Simón Bolívar que ordenaba: "Se devolvieran a los naturales, como propietarios legítimos, todas las tierras que formaban sus

---

<sup>13</sup> Ibid.

resguardos, según sus títulos, cualquiera que sea el que aleguen para poseerla los actuales tenedores". Atendiendo a la visión que manifestaba el libertador de reconocimiento a los nativos americanos.

Pero posterior a esta manifestación se produjo una ofensiva antiindígena con leyes como las del 11 de Octubre de 1821 y 16 de Marzo de 1832 que decretan la disolución de los resguardos y la titulación de las tierras, en textuales manifestaciones estas disponen: "Los indios deben convertirse en ciudadanos normales de la República", producto de estas disposiciones se viene también la desaparición de los Cabildos pues atendiendo a sus fines estos no tendrán razón de ser<sup>14</sup>.

Pasado no poco tiempo de vigencia de estas disposiciones surge la ley 89 de 1890 que en su artículo segundo establece que las comunidades indígenas reducidas ya a la vida civil, tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de resguardos.

La ley 60 de 1916 prohíbe en su artículo 30, la adjudicación de tierras baldías ocupadas por indígenas.

La ley 81 de 1958 establece el derecho preferencial de los indígenas que se encuentran en posesión de tierras sobre las cuales no pueden probar su carácter de Resguardo mediante títulos expedidos por la corona Española o por el Estado, a efectos de que organismos competentes se los adjudiquen.

El artículo 11 de la ley 31 de 1967, que ratificó el convenio No. 107 de 1957 sobre protección e integración de las poblaciones indígenas y tribunales de la Organización Internacional del Trabajo dispone: "Se deberá reconocer el derecho de propiedad colectivo o individual a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas."

El artículo 32 de la ley 30 de 1988 adiciona al artículo 94 de la ley 135 de 1961 con el siguiente párrafo:

Las tierras o mejoras que se adquieren para ejecución de los programas de constitución o reestructuración de Resguardos indígenas y dotación de tierras a las comunidades civiles indígenas serán entregadas a título gratuito a los cabildos de las respectivas parcialidades, para que éstos de conformidad con las normas que los regulan, los distribuyan entre los miembros de dichas comunidades.

---

<sup>14</sup> GROS, Christian, Colombia Indígena Identidad Cultural y Cambio Social, CEREC, P. 208.

En estas leyes se halla un breve recuento de la normativa indígena hasta antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, la cual posteriormente será analizada con mayor detenimiento así como la ley 89 de 1890.

## **1.6 LA LEY 89 DE 1890.**

Esta ley del 25 de noviembre, tuvo un importante papel en la jurisdicción nacional ya que durante muchos años fue la mayor herramienta legal para el tratamiento de los asuntos relacionados con los grupos indígenas en Colombia, aunque se debe aclarar que tras un análisis de constitucionalidad efectuado en la sentencia C-139 de 1996 se declaró la inexecutable de sus artículos 1, 5 y 40 algunas de sus disposiciones aun se encuentran vigentes.

Así en su encabezamiento la citada ley reza: "Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada". Dando una clara idea de la motivación y el fin que se buscó con su expedición, como lo fue el de integrar a la llamada vida civilizada a las comunidades indígenas vulnerando principios constitucionales hoy vigentes como el de la pluralidad étnica y cultural de la nación, y así mismo utilizando una terminología inadecuada y en cierta medida peyorativa, esto claro si se analiza en el contexto actual del constitucionalismo colombiano.

Para la Corte Constitucional la terminología utilizada en el texto, al referirse a "salvajes" y "reducción a la civilización" desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural, ya que este tipo de denominaciones no obedecen a una concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la Constitución de 1991, en donde se rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas.

Entre los apartes de esta ley que en la actualidad aun son de aplicación podemos encontrar:

En lo referente a la organización y dirección de los resguardos indígenas es de plena vigencia el Art. 3º. Que dispone:

En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres. El período de duración de dicho Cabildo será de un año, de 1 de enero a 31 de diciembre. Para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del Cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad ante el Cabildo cesante y a presencia del Alcalde del Distrito.

Lo dispuesto en este artículo se aplica actualmente para la elección de autoridades de resguardos indígenas las cuales se someten a elecciones periódicas según lo determinado y en los términos señalados por el mismo. La Ley

89 de 1980 y demás normas vigentes de la Legislación Nacional, establecen que las comunidades indígenas tienen pleno derecho a organizar Cabildos de acuerdo a sus formas de organización tradicional.

En el Artículo 4 se reconoce la autonomía administrativa y el autogobierno de las comunidades indígenas disponiéndose de la siguiente manera:

En todo lo relativo al Gobierno económico de las parcialidades tienen los pequeños Cabildos todas las facultades que les hayan transmitido sus usos y estatutos particulares, con tal que no se opongan a lo que previenen las leyes, ni violen las garantías de que disfrutaban los miembros de la parcialidad en su calidad de ciudadanos.

En el Artículo 6º. Se dispone una forma de coordinación entre las autoridades indígenas y no indígenas del país:

Los Gobernadores de indígenas cumplirán por sí o por medio de sus Agentes las órdenes legales de las autoridades que tengan por objeto hacer comparecer a los indígenas para algún servicio público o acto a que estén legalmente obligados.

Según el artículo 8º. Corresponde al Cabildo de cada parcialidad:

1. Formar y custodiar el censo distribuido por familias, anotando al margen, al fin de cada año, las altas y bajas que haya sufrido;
2. Hacer protocolizar en la Notaría de la provincia respectiva, dentro de seis meses, contados desde la fecha de la publicación de esta Ley, todos los títulos y documentos pertenecientes a la comunidad que gobiernen y custodiar las copias que les expidan, previo el correspondiente, registro;
3. Formar un cuadro, y custodiar religiosamente, de las asignaciones de solares del resguardo que el mismo Cabildo haya hecho o hiciere entre las familias de la parcialidad;
4. Distribuir equitativa y prudencialmente, con aprobación del Alcalde del Distrito, para efecto de elaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de diez y ocho años, quede excluido del goce de alguna porción del mismo resguardo;
5. Procurar que cada familia sea respetada en lo posibles en la posesión que tenga, sin perjuicio de que se le segregue en beneficio de las demás, cuando sea necesario, la parte excedente que posea;
6. Arrendar por términos que no excedan de tres años los bosques o frutos naturales de éstos y los terrenos del resguardo que no estén poseídos por algún indígena; y disponer la inversión que deba darse a los productos

de tales arrendamientos. Para que los contratos puedan llevarse a efecto se necesita la aprobación de la Corporación Municipal del Distrito, la cual procederá con conocimiento de la necesidad y utilidad del arriendo, tomando todas las precauciones que crea convenientes; y

7. Impedir que ningún indígena venda, arriende o hipoteque porción alguna del resguardo, aunque sea a pretexto de vender las mejoras, que siempre se considerarán accesorias a dichos terrenos.

En el artículo 11 ídem, se fija un medio de solución de conflictos en el que interviene el alcalde mediante un juicio, con posibilidad de apelación ante los gobernadores de departamento:

Las controversias entre indígenas de una misma comunidad, o de éstos contra los Cabildos, por razón de uso de los resguardos o de los límites de las porciones de que gocen, serán resueltas por el Alcalde del Distrito Municipal a que pertenezcan, quien los oír en juicio de policía en la forma que lo indiquen las disposiciones de la materia; cuyas resoluciones serán apelables ante los Prefectos de las Provincias, y las de éstos ante los Gobernadores de Departamento.

En el artículo 12 se plasma una muy importante disposición para su época, que brindo un relativo nivel de protección y conservación a los pueblos indígenas y sus territorios:

En caso de haber perdido una parcialidad sus títulos por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulativas de algunas personas, comprobará su derecho sobre el resguardo por el hecho de la posesión judicial o no disputada por el término de treinta años, en caso que no se cuente con esa solemnidad, y de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. Este último requisito de la posesión pacífica se acredita por el testimonio jurado de cinco testigos de notorio abono, examinados con citación del Fiscal del Circuito, los que expresarán lo que les conste o hayan oído decir a sus predecesores, sobre la posesión y linderos del resguardo.

En el Artículo 23 se reconoce personería jurídica a las autoridades de los resguardos indígenas con el fin de ejercer la representación de sus comunidades:

Los Cabildos de indígenas pueden personar por sí o por apoderado, ante las autoridades, a nombre de sus respectivas comunidades, para promover la nulidad o rescisión de las ventas que se hayan hecho contra las disposiciones de leyes preexistente, o que se hagan en contravención a la presente; para pedir la nulidad de los contratos a virtud de los cuales se hayan hipotecado las tierras del Resguardo; y, en general, de cualquiera negociaciones en que la comunidad haya sufrido perjuicios de que pueda reclamar legalmente.

En el Artículo 26 se otorga la facultad de las comunidades para solucionar sus propios conflictos de acuerdo a su propia normatividad:

Las controversias de los indígenas entre sí, por asuntos del Resguardo, podrán ser sometidas a juicio de árbitros y transadas conforme a las leyes comunes, interviniendo los respectivos protectores. Pero los pleitos entre comunidades de indígenas y otros particulares por razón del Resguardo, no podrán ser sometidos a arbitramentos, ni transados.

La ley 89 de 1890 reconoce a los indígenas el derecho sobre los territorios ancestralmente ocupados, su aprovechamiento y el uso de los recursos naturales. La legitimización y reconocimiento de las tierras se hace bajo la figura jurídica de Resguardos Indígenas en propiedad colectiva de la misma, con carácter imprescriptible e inembargable y se dispone la existencia de sus autoridades con un relativo grado de autonomía administrativa. La cual en un comienzo estuvo influenciada por la intervención de la iglesia tal como la misma ley lo disponía, situación que hoy se ha visto modificada mediante sentencia C-139/96 de la Corte Constitucional que considero: “Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizadas por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno indígena”

Lo anterior constituye el articulado que reviste mayor importancia para el objeto de estudio del trabajo y que después de 115 años de expedición de la ley aun es de aplicación cuando de asuntos indígenas se trata.

## **2. EL MARCO JURIDICO DE LA JURISDICCION INDIGENA.**

### **2.1 LA CONSTITUCION DE 1991.**

Una nueva Constitución, producto de un movimiento nacional surgido tras una marcha denominada la "marcha del silencio", que dio lugar a un gran movimiento estudiantil que empezó a discutir formulas de reforma, las cuales se concretaron en la propuesta de la "séptima papeleta" presentada en artículo de Fernando Carrillo en el Tiempo el 6 de Febrero de 1990 y que creo un clima de opinión que permitió al gobierno la expedición del decreto legislativo 927 de 1990 el cual autorizo el escrutinio oficial de los votos a favor de una asamblea nacional constituyente de manera ya oficial por parte de la Registraduría nacional del Estado civil.

En las elecciones del mes de mayo, la propuesta a favor de la Asamblea Constitucional recibió un respaldo de mas de cinco millones de votos<sup>15</sup>.

#### **2.1.1 Debates en la asamblea nacional constituyente.**

En la asamblea constituyente de 1991, integrada por setenta y cuatro miembros confluyeron diversos grupos y factores políticos, económicos, sociales y etnicos; entre ellos los miembros de comunidades indígenas, los cuales en el termino improrrogable de 150 días debieron preparar la nueva Carta de derechos; dentro de este ejercicio constituyente diversas fueron las manifestaciones de los representantes indígenas, entre las cuales cabe destacar:

##### **ALFONSO PEÑA CHEPE, movimiento QUINTIN LAME:**

Queremos, pues, para Colombia, una "unidad en la diversidad" o dicho en otras palabras, una nación multiétnica y pluricultural, una nueva sociedad justa y solidaria, que lejos de generar rechazos e imposiciones, se funda para superar de una vez por todas los estados de violencia y opresión que vivimos<sup>16</sup>.

##### **FRANSISCO ROJAS BIRRY, indígena Embera lo expreso así:**

Violencia y resistencia son palabras que resumen buena parte de nuestra historia, de ello son ejemplo las luchas por la tierra que aún libramos hoy, como continuación de la gran empresa de la Cacica Gaitana, seguida en este siglo por Manuel Quintin Lame, Eutiquio Timoté y José Gonzalo Sánchez.

---

<sup>15</sup> Younes Moreno, Diego, Derecho Constitucional Colombiano, ESAP, p. 63.

<sup>16</sup> Holguin Sarria Armando, Los indígenas en la Constitución Colombiana, Selene editores.. p 23.

...Paralela a nuestra historia también ha corrido la de los negros, cazados y arrancados de sus territorios ancestrales como animales y luego subastados al mejor postor. Los negros que llegaron a este país son la raíz de casi tres millones de descendientes que hoy existen, porque desde sus palenques lograron asegurar su supervivencia.

Estas comunidades afrocolombianas reclaman un lugar digno en la vida de Colombia, nosotros somos sus hermanos de sufrimiento y su voz ante ustedes.

En Colombia no habrá justicia mientras se siga ahogando, bajo el manto engañoso de la igualdad, la diferencia de la cual somos portadores<sup>17</sup>.

**LORENZO MUELAS**, Cacique Gobernador del Cabildo Guambiano del Chimán:

Señores Constituyentes: Hemos llegado aquí a nombre de los pueblos indígenas en la mas larga marcha de que se tenga noticia, en una marcha de 500 años.

Son cinco siglos de lucha sin descanso en busca de asegurar la vida y los derechos de nuestra gente. Y son dos siglos de esperanzas perdidas en la justicia, la libertad y la igualdad que se prometieron al mundo con la Declaración de los Derechos del hombre.

Lorenzo Muelas resume la situación en una serie de plagas que le han caído al jardín de Colombia:

Primera plaga: La inseguridad de la vida;

Segunda plaga: La falta de trabajo, de tierra y de conocimientos;

Tercera plaga: El imperio de la injusticia;

Cuarta plaga: La corrupción de la política;

Quinta plaga: El secuestro del poder; y

Sexta plaga: La destrucción de la naturaleza.

Siguiendo con la misma disertación afirmo el Constituyente indígena:

El pueblo piensa que algún remedio debe haber para acabar con estas plagas; tal vez no sean remedios totales ni inmediatos pero si remedios que aseguren un mejoramiento continuo de la situación

Primer remedio: Asegurar la existencia de la vida;

---

<sup>17</sup> ibid. p. 23

Segundo remedio: Asegurar las libertades de la gente y disminuir las desigualdades entre los poderosos y el pueblo;

Tercer remedio: Asegurar mecanismos reales que permitan mejorar la vida económica y social;

Cuarto remedio: Asegurar la participación real de la población en la dirección del Estado<sup>18</sup>.

### **2.1.2 El texto final.**

Terminadas las sesiones de la asamblea nacional constituyente y promulgada la Constitución de 1991 se dispone:

Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional<sup>19</sup>.

Con esta consagración constitucional se logra un expreso reconocimiento de la autoridad de los pueblos indígenas para ejercer su jurisdicción, lo que se hará con el respeto de sus propias normas y procedimientos, creando una verdadera independencia de las autoridades indígenas respecto a las demás autoridades nacionales, ahora si bien se condiciona el ejercicio de estas atribuciones a no contrariar la constitución y las leyes de la república se debe hacer en estos casos una especial interpretación de las decisiones tomadas por dichas autoridades ya que tendrán como fundamento su especial normatividad que a diferencia de la nuestra no es positiva, ni expedida por cuerpos colegiados elegidos para dicha función sino que es la recopilación de vivencias, creencias y saberes de estos pueblos, lo que nos conduce al campo del derecho CONSUETUDINARIO, por lo cual las autoridades jurisdiccionales o los mismos interpretes cuando se trate de pronunciamientos de las autoridades judiciales indígenas deberán tener mucho cuidado de no caer en un ceñido apego a las normas positivas, lo que traerá como resultado un desconocimiento del sentido de lo que busco y preceptuó la propia carta constitucional.

Además debemos entender que todo aquello que entendemos por sensibilidad respecto a la dignidad del hombre, no es propiamente asunto del derecho. El hecho de que existan reformas a los castigos, no indica precisamente un cambio en esa sensibilidad, sino un nuevo mecanismo en el que no se castiga menos,

---

<sup>18</sup> Ibid. p. 24

<sup>19</sup> Artículo 246 C.N.

sino que se castiga con mayor perfección. De la misma manera el castigo no proviene de la misma entidad, ni esta bajo el mismo ropaje; el derecho de castigar ha sido trasladado del poder del Estado a la defensa de un grupo social que por sus particulares características el constituyente considero necesitaba una especial protección para así garantizar su subsistencia.

El desarrollo de lo dispuesto en este artículo constitucional ha tenido serios inconvenientes al momento de su aplicación por la antes citada falta de definición clara de las competencias presentándose situaciones como la de una orden de detención impartida por la fiscalía General de la Nación en 1993, la cual desconociendo la autoridad de los Cabildos para imponer sanciones, detuvo y acuso por delito de secuestro a siete alguaciles del Cabildo indígena Zenú de Escobar Arriba (Sincelejo, Sucre) perteneciente al resguardo de San Andrés de Sotavento, encargados de cuidar a un preso que había hurtado varias vacas de la comunidad<sup>20</sup>.

Lo anterior se torna más complejo por la falta de promulgación por parte del congreso de la necesaria ley estatutaria que debería desarrollar este artículo de la Constitución definiendo limitaciones, alcance y aplicabilidad, debido a esto y a la relativa novedad de esta disposición constitucional se debe recurrir para lograr el desarrollo efectivo de esta disposición constitucional a los pronunciamientos de las cortes en los cuales se notaran distintas aseveraciones en sus jurisprudencias que llegan a desconocer el sentido y el fin que quiso perseguir el constituyente con la consagración de esta jurisdicción especial, sin dejar de reconocer que se constituyen en un avance hacia el reconocimiento pleno de la jurisdicción y normatividad con las que las respectivas autoridades podrán juzgar a sus comunidades.

Además en la ley 121 de 1991 encontramos una ratificación de lo dicho cuando se dispone: "Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario". Dando una clara e importante orientación para la resolución de las dudas que puedan surgir en la materia<sup>21</sup>.

## **2.2 NORMA ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.**

Se expide mediante la ley 270 de 1996, pero toca muy poco lo referente a la jurisdicción indígena entre sus apartes se puede destacar.

### **2.2.1 Reconocimiento de la jurisdicción.**

En lo referente la Estatutaria de la Administración de Justicia, en su artículo 11 dispone: La rama judicial del poder público esta constituida por:

---

<sup>20</sup> DERECHOS Y DEBERES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Luis Javier Caicedo. Ed. TEMIS. P 45

<sup>21</sup> Convenio 169 OIT, Artículo 8.

1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones
  - a. De la Jurisdicción Ordinaria:
    1. Corte Suprema de Justicia
    2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial
    3. Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley
  - b. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:
    4. Consejo de Estado
    5. Tribunales Administrativos
    6. Juzgados Administrativos
  - c. De la Jurisdicción Constitucional:
    7. Corte Constitucional
  - d. De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz.
  - e. *De la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas: Autoridades de los territorios indígenas.*
2. La Fiscalía General de la Nación.
3. El Consejo Superior de la Judicatura.

PARAGRAFO 1. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura, tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio.

PARAGRAFO 2. El fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

Se observa entonces reconocimiento pleno de la jurisdicción de las autoridades indígenas ratificando así lo dispuesto por el artículo 246 de la constitución nacional, se ratifica que la jurisdicción indígena hace parte plena de la rama judicial del poder público esto se da como un primer paso hacia el desarrollo que

el constituyente encomendó al legislador mediante ley estatutaria dar al antes citado artículo constitucional pero evidentemente no es suficiente para establecer los alcances y limitaciones que en el ejercicio de este poder jurisdiccional tendrán las autoridades de los pueblos indígenas.

El artículo 12 de la misma ley dispone en lo pertinente a la jurisdicción indígena:

ART. 12-- 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<sup>22</sup>.

Aquí la ley estatutaria de la administración de justicia define una competencia limitada en razón del territorio para el ejercicio de la jurisdicción indígena, un factor territorial en la definición de la competencia, dando así un primer señalamiento de cómo habrá de desarrollarse todo lo que puede implicar el reconocimiento de unas autoridades encargadas de administrar justicia, en donde en la misma constitución Art. 246 y la ley 270 de 1996 se puede observar nada se dice acerca de subordinación de esta a otra jurisdicción, en otro punto remite a la expedición de otra ley para el control de legalidad y constitucionalidad de los actos proferidos por estas autoridades, entendible ya que al ser autoridades constitucionalmente reconocidas sus decisiones tendrán presunción de legalidad y por lo tanto para ser declaradas inconstitucionales o fuera del ordenamiento jurídico se deberá recurrir a una autoridad pertinente para hacerlo, respecto al control de constitucionalidad en específico este está encargado directamente por la constitución a la Corte Constitucional.

ART. 243-- Los fallos que la corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la constitución.

### **2.2.2. La competencia.**

Respecto a un conflicto de competencias es clara la carta el disponer que para solucionar los conflictos que se presenten ya sean positivos o negativos entre distintas jurisdicciones corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, tal como lo ha señalado la Constitución Nacional en su artículo 256-6 que dispone:

---

<sup>22</sup> Ley 270 de 1996.

“Corresponde al Consejo Superior de La Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley las siguientes atribuciones”:

6. “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”.

### **2.2.3 La solución de conflictos.**

Dispone la estatutaria de la administración de justicia que esto Corresponde a la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura. Así en su Art. 112-2:

2. “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre estas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en él artículo 114...”

Con lo anterior se define cual es el órgano encargado de dirimir los conflictos de jurisdicciones lo que ayuda a resolver la interrogante planteada y a desarrollar en este trabajo, se cuenta también con lo dispuesto por la ley estatutaria de la administración de justicia 270/96, pero es a todas luces insuficiente para dar a los interpretes encargados de temas pertinentes los suficientes elementos de juicio para la decisión de estas situaciones por lo cual se ha recurrido a la jurisprudencia de las altas cortes en relación a la materia las cuales serán objeto de estudio para así obtener unos parámetros que definirán como se deben resolver estos asuntos.

## **2.3 CONVENIO 169 OIT**

Diversos son los pronunciamientos internacionales que se han presentado con respecto a la materia a continuación se analizan algunos que se consideran de mayor interés.

El convenio 169 de la OIT se convierte en una importante referencia en el estudio de la jurisdicción indígena ya que contiene definiciones y preceptos que se hace necesario estudiar a fin de aplicar y desarrollar asuntos que tengan atinencia con la disposición constitucional del artículo 246, este tratado internacional ratificado por el congreso de Colombia mediante ley 21 de 1991 es de gran importancia para una interpretación sistemática.

A continuación se hará un análisis de las principales disposiciones del convenio.

En su parte general el convenio entra a hacer una descripción de la aplicación de su contenido describiendo a los destinatarios de sus disposiciones, así en su articulado en lo atinente al ejercicio de la jurisdicción de los pueblos indígenas dispone:

## Artículo 1.

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

De la lectura de este artículo se desprende que los pueblos que habitan el territorio nacional están abarcados en la aplicación de este convenio, ya que en el país según datos del Departamento de Planeación Nacional <sup>23</sup>, existen más de 785.356 nacionales que responden a la definición de indígenas, pertenecientes a resguardos legalmente constituidos y a resguardos de origen colonial, teniendo en la actualidad asiento en ellos sus comunidades tradicionales.

## Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

---

<sup>23</sup> Departamento Nacional de Planeación (en línea), <http://www.mininterior.gov.co>; consultado el 21 de septiembre de 2004.

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Estas disposiciones se ven reflejadas en la Constitución nacional y no se encuentra en ellas mas que la ratificación de lo que se pretende son fines del Estado Colombiano al responder a la definición de Estado social de derecho.

### Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Si bien los pueblos indígenas por sus particulares condiciones gozan de una normatividad especial no quiere esto decir que les sean ajenos los derechos que asisten a la totalidad de los habitantes de los territorios que habitan.

### Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Las medidas tomadas para efecto de salvaguardar la identidad cultural e integridad de los pueblos indígenas deberán ser fruto de consultas realizadas con los pueblos interesados, esto encuentra mayor respaldo con los considerandos de la sentencia C-496/96 de la Corte Constitucional en donde se ratifica la plena capacidad de los indígenas y se declara la inexecutable de los artículos de la ley 89 de 1890 que consideraban al indígena como un "salvaje" al que se debía ayudar para llevar a la civilidad, desconociendo así que se trata de individuos que tienen

uso de razón y capacidad de determinarse, entonces con este convenio y la jurisprudencia referente al tema se tienen suficientes elementos para superar estas concepciones de inferioridad mental de los pueblos indígenas y se deberá prestar mayúscula atención a sus opiniones en el desarrollo de situaciones que les atañen.

#### Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

En este artículo se encuentran preceptos novedosos tales como el reconocimiento de valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales de los pueblos que ayudaran al mejor entendimiento de cómo desarrollar la jurisdicción indígena.

#### Artículo 6.

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán

efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Se busca lograr el equiparamiento de las comunidades con respecto al resto de la sociedad, sin querer esto decir que se busca unificar unas cosmovisiones con otras de lo que se trata es de superar la exclusión en la que se encuentran las comunidades a que hace referencia este convenio.

#### Artículo 8.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos

3. internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

4. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

En este artículo se da el pleno reconocimiento al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y el respeto a sus instituciones debiendo ser esto una obligación para el Estado Colombiano al ser incorporado a la legislación nacional por medio de la ratificación de este tratado internacional

#### Artículo 9.

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Aquí se prescribe claramente el respeto de los métodos y por tanto de las

sanciones que utilizan tradicionalmente los pueblos indígenas para sancionar las conductas que cometen los nacionales que ostenten el fuero indígena.

#### Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Se plantea el caso de que escape la conducta del indígena a la jurisdicción de sus autoridades, de todos modos se deberán seguir unas consideraciones especiales al momento de su juzgamiento y al imponer las pertinentes sanciones, evitando de la mayor manera posible la sanción penal por excelencia como lo es el encarcelamiento.

#### Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Se garantiza el importante factor de la lengua ya que puede y el convenio así lo prevé presentarse el caso de un indígena que no maneje la lengua principal del territorio, entonces no se podrá garantizar adecuadamente el derecho de defensa si el imputado no puede entenderse con su apoderado, esta natural preocupación se recoge en el proyecto de ley estatutaria que desarrolla la jurisdicción de los pueblos indígenas.

#### Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas

y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Se hace énfasis en la importancia que para la supervivencia de las comunidades indígenas conlleva la tierra ya que es esencial para desarrollar sus actividades rutinarias que les permiten su subsistencia, así como es el lugar en donde ejercen autoridad y se desarrollan como individuos y grupos sociales, se llama la atención del Estado para que se respete y se colabore con la ampliación de los territorios de las mismas.

#### Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como

consecuencia de su desplazamiento.

Obedeciendo a la misma inspiración de salvaguardar a las comunidades indígenas y sus territorios, se reglamento el manejo en lo referente a los territorios indígenas, ya que es común que en territorios tradicionales de resguardos se presenten conflictos cuando se encuentran recursos naturales, y su explotación crea un conflicto a las autoridades indígenas con las del orden nacional originando una situación de riesgo para la integridad misma de las comunidades por amenazar tanto su hábitat como en muchas ocasiones sus creencias.

#### Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

El manejo y distribución de las tierras de resguardo, dispone el convenio compete solo a las comunidades y se estatuye se respetaran sus formas tradicionales de efectuar adjudicaciones y demás.

Artículo 19. Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) El otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

La importancia que para las comunidades indígenas conlleva la tierra no es ajena a los postulados de este convenio que garantiza la integridad territorial y reconoce la necesidad de ampliación de los territorios de las comunidades puesto que es este en el que se desarrolla su actividad tanto económica como social y es a fin de cuentas en el territorio del resguardo donde se concreta la autoridad jurisdiccional de las autoridades indígenas, así mismo el crecimiento demográfico

natural de las comunidades trae consigo la necesidad de ampliación de los territorios de resguardo, lo cual debe tenerse en cuenta si se quiere mantener las condiciones mínimas para una justa subsistencia de las comunidades indígenas.

Artículo 35. La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizadas a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Las disposiciones de este convenio servirán como normatividad en los asuntos en que no haya claridad para la resolución de asuntos atinentes a la jurisdicción indígena solo y si no desmejoran o plantean un retroceso con respecto a avances obtenidos "en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos internacionales". Lo así dispuesto por este artículo limita a este mismo convenio al ser utilizado para la interpretación y el desarrollo de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento solo a las situaciones en que como se ha dicho no exista claridad en la materia y cuando no vaya en detrimento de otras consagraciones que se perciban objetivamente como más favorables en el desarrollo de una autonomía jurisdiccional y respeto de la normatividad y tradiciones de los pueblos relacionados en este estudio.

El sistema jurídico indígena, es decir la concepción, aprobación y aplicación de las normas propias de estos pueblos está reconocido en este convenio adoptado en la conferencia general de esta organización realizada el 7 de junio de 1989. Se da como resultado de una evolución en el tratamiento de los asuntos que a los indígenas atañen al pasar de una concepción en la que no solo se piensa en los indígenas como trabajadores sino que además se ve la necesidad de su protección como grupo cultural (concepciones y prácticas religiosas, lingüísticas, políticas y jurídicas). Se parte de la necesidad de preservar las comunidades indígenas, su tradición e instituciones y se busca como condición esencial a la conservación de estos pueblos brindar la protección legal necesaria por tanto se trata en lo posible de reglamentar sus derechos y obligaciones, su constitución, sus relaciones y demás aspectos esenciales a su existencia defensa y desarrollo.

Como un antecedente en los mecanismos internacionales de protección a los pueblos indígenas se encuentra referencia explícita al derecho indígena en la convención de Ginebra de 1954 donde se establecen criterios de una integración de la legislación indígena a una legislación dominante en los países que habitaban, esta integración jurídica estatal.

Siendo el presente convenio el que viene a reemplazar a la citada convención podemos entre los avances positivos y características novedosas que se presentan resaltar los siguientes:

El derecho indígena será respetado siempre que sea compatible con las leyes del Estado:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. (ART 8 numeral 2).

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (ART 9 numeral 1).

El derecho indígena está supeditado a no rebasar el marco de la ley nacional ni de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, como tal se aprecia que el derecho indígena será reconocido siempre y cuando observe apego a derechos concebidos, aprobados y promulgados, esto sin tener en cuenta a estas comunidades lo cual da como resultado una muy precaria autonomía de sus autoridades, el derecho de los pueblos indígenas sigue estando subordinado al de un Estado en el que habitan como pueblos marginados, explotados y excluidos, aunque al respecto la jurisprudencia ha tratado con mucho cuidado este tema al poner en consideración que como tal solo existe un núcleo duro de derechos que es inadmisibles desconocer por parte de cualquier decisión autónoma de estos pueblos y que afectaría a determinados derechos tales como la vida, dignidad humana, debido proceso etc. Teniendo por válidas decisiones que analizadas desprevenidamente se concluiría contrarían la Legislación nacional, pero que en un análisis de fondo al perseguir fines valorizados por la misma Constitución se concluirá su constitucionalidad.

El éxito que se pueda alcanzar en el reconocimiento de la jurisdicción indígena pasa por el respeto a cada una de las culturas jurídicas coexistentes reconociendo sobre todo lo que a cada una le es propio, lo que las complementa y sobre todo lo que las opone, ninguna es superior a otra, se trata sobre todo de acordar normas de convivencia respetuosa, tolerante y solidaria, se deberá revisar por lo tanto en lo atinente a estas situaciones:

El derecho a la diferencia cultural, para evitar la tendencia que tiene la aplicación del derecho a la igualdad de despojar de identidad a algunos.

Principio de la tolerancia, en el sentido de la ahora más marcada tendencia de imponer los puntos de vista del más fuerte política y socio económicamente.

El principio de la solidaridad, para no olvidar la corresponsabilidad con la suerte de los más necesitados.

Son estos los principales elementos de análisis que sirven al desarrollo del tema

pues son los que puntualmente tratan sobre el respeto a la diversidad e integridad cultural indígena y así mismo reconocen autoridades, procedimientos, tradiciones e incluso el derecho consuetudinario de las comunidades descritas como destinatarias a la aplicación de este convenio; que en su texto también contiene otras consideraciones que no son del fin de este trabajo estudiar.

### **3. DERECHO COMPARADO Y SU INTEGRACION.**

Al producirse el llamado descubrimiento de América en 1492 el continente se hallaba poblado de norte a sur por diversos grupos autóctonos que detentaban en ciertos casos un mayor o menor desarrollo, y que producto de la conquista y colonización posterior corrieron distintas suertes, tales como el exterminio casi total en el caso de lo que hoy se conoce como Norte América, o el caso de pueblos pertenecientes a países que en la actualidad se componen en su mayoría de descendientes directos de miembros de estas comunidades originarias, pero en ninguna de las dos situaciones antes planteadas se dio un respeto por las tradiciones y cultura de estos grupos y en todos los casos se busco empezando por fenómenos como la evangelización el convertir a estas sociedades al modelo de la sociedad occidental que se imponía.

No es hasta los últimos tiempos en que se inicia una corriente social de reconocimiento de la diversidad cultural en el continente y en Colombia, y aun, son mas recientes los diferentes cambios producidos en las legislaciones americanas, por lo cual se analizara lo atinente a este respecto para dar una idea de los desarrollos y el origen de estas nuevas concepciones en algunos países del continente.

#### **3. 1 MEXICO:**

Los factores que dieron origen a la formación del Estado mexicano tuvieron como punto de partida impulsos específicos, que dieron lugar a los estándares de exclusión cultural que al igual que en el resto de latino América han tenido como resultado el que sean precisamente las poblaciones de origen indígena las más atrasadas tanto en términos de productividad como de bienestar de su población.

En un primer momento, los grupos indígenas luchaban por tierra y por respeto a sus recursos naturales. La demanda de autonomía se incorporó gradualmente, aunque en un principio fuera muy vaga y en ocasiones se refirió de manera exclusiva al derecho a decidir por ellas mismas sobre cuestiones muy concretas.

Entre estos puntos podemos destacar lo relacionado con:

- Derechos políticos: el derecho a elegir a sus autoridades con arreglo a su propia concepción de "democracia";
- Derechos sociales: respeto y reconocimiento de sus instituciones propias, lo que incluye el trato de sus culturas dentro del mismo régimen que se le ha otorgado a la mestizo-criolla.

- Derechos económicos: transferencia de recursos y, sobre todo, participación de las comunidades en los proyectos de desarrollo.
- Derechos jurídicos: reconocimiento de sus normas de derecho consuetudinario por el orden legal general.

Sólo a partir de tales derechos es que la autonomía puede tomar forma práctica en la realidad. El éxito de las instituciones que se establezcan sobre tales principios dependerá de su inserción dentro del sistema político democrático y de la respuesta que la población tenga ante su instauración y consolidación.

En 1992, México hace una modificación a su Constitución (el art. 4 reconoce a partir de entonces la existencia de "pueblos indios") que lo convierte en una nación multiétnica y pluricultural. Esto ocurrió demasiado tarde, ya que en los primeros meses de 1994 estalla un movimiento social en Chiapas, motivado por otra enmienda de la constitución (art. 27), que tiene por efecto interrumpir el reparto agrario y ofrecer ventajas a los latifundistas en relación con los campesinos pobres.

Surge para el efecto la conocida COCOPA (comisión de concordia y pacificación), la cual llega a un consenso con las comunidades indígenas conocido como los "acuerdos de San Andrés" de Febrero de 1996 los cuales debían reconocer entre otras reivindicaciones autonomía, legitimidad y eficacia

Como resultado de esto se logro la ley 26 de Abril de 2001 que reformó los artículos constitucionales 1,2,4,18 y 115, pero que no satisfizo las pretensiones de los indígenas mejicanos pues desconoció sustancialmente los acuerdos logrados y además llego incluso a desmejorar disposiciones que ya existían en la legislación mejicana en el convenio 169 de la OIT.

El citado articulo 2 de la Constitución mejicana dispone:

ARTICULO 2o.- La nación mejicana es única e indivisible.

La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y en consecuencia, a la autonomía para:

- I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.
- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.
- III. Elegir de acuerdo con sus normas procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que se respete el pacto federal y la soberanía de los Estados.
- IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimiento y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.
- V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.
- VI. Acceder con respecto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecida en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.
- VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por interpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las Constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas

como entidades de interés público.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos toda comunidad equiparable a aquellos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

Con respecto a la jurisdicción indígena en Méjico esta es un reconocimiento relativamente novedoso en su constitucionalismo y producto de una lucha como la antes explicada, aun no acabada ya que las comunidades que promovieron la consecución del cambio Constitucional no sintieron que este se diera colmando sus expectativas, pero el cual podemos decir después de analizar y comparar no dista en gran medida del reconocimiento que se tiene en Colombia, en donde a pesar de no poder decirse que las comunidades estén plenamente identificadas con los nuevos avances y no aboguen por una mayor autonomía, pareciera la discusión al respecto tener una menor intensidad.

En el caso de Chiapas como movimiento que lidera a nivel mejicano la lucha indígena, el conflicto ha promovido la participación e involucramiento en cuestiones políticas por parte de la población debido a su necesidad de supervivencia. Habría que aprovechar las nuevas formas de organización y la concientización para lograr los objetivos de política que se planten las autoridades de las comunidades autónomas.

### **3.2 DERECHO COMPARADO LEGISLACION DEL ECUADOR:**

El Ecuador hasta el año de 1998 era un Estado que reconocía al individuo como sujeto del derecho. A partir de este año, la Constitución Política da un giro de trascendental importancia en cuanto a reconocimientos de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas; es así como reconoce a un sujeto distinto, que es el colectivo, como una entidad u organismo que tiene vida propia y que ha reivindicado derechos en aras de lograr un trato distinto del Estado.

Concretamente, al establecer el Art. 191 inc. 3, sobre autoridades indígenas, se establece en el Ecuador el pluralismo jurídico, que implica cómo en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derechos, que cambian históricamente y que pueden volver con el pasar del tiempo, y que están presentes en las costumbres, en las normas sociales de los distintos pueblos que conforman el territorio nacional.

En el derecho constitucional ecuatoriano se consagra la autoridad jurisdiccional de las comunidades indígenas disponiendo así lo que sería el equivalente al artículo 246 de la Constitución colombiana, y se puede deducir esa equivalencia por que de su lectura se desprende tiene los mismos alcances y limitaciones que el contemplado en Colombia; este artículo dispone:

## Artículo 191

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Es decir, las autoridades indígenas pueden dirimir y resolver los distintos conflictos que se presentan al interior de los territorios indígenas, conforme a las normas, procedimientos y sanciones del sistema jurídico indígena. Esto es muy innovador en la legislación ecuatoriana; además, este es un derecho logrado con el esfuerzo y lucha diaria de los pueblos indígenas. De manera que se estatuye una jurisdicción especial indígena, que está orientada a romper dos aspectos básicos en la relación derecho, Estado e indígenas. Esto es:

- Romper el monismo jurídico para aceptar y reconocer el pluralismo jurídico,
- Romper el imperialismo jurídico, de extender categorías, principios, reglas jurídicas obligatorias que han impuesto a lo largo de la historia a los pueblos indígenas.

Indudablemente, este reconocimiento está sujeto a un sinnúmero de interpretaciones respecto de lo que es una sociedad multicultural, donde impera el pluralismo jurídico. En este ámbito, surgen conflictos aún no resueltos y que tienen que ver con los límites, la jurisdicción y competencia de la justicia indígena. Pues, no obstante estar provistas de este derecho, cuando se suscitan conflictos, las autoridades indígenas no cuentan con mecanismos ni procedimientos para hacer que los casos sean devueltos y solucionados en sus propias comunidades caso similar a la falta de expedición de la ley estatutaria en Colombia con la diferencia que aquí se ha desarrollado judicialmente la jurisdicción indígena.

En lo relativo a la competencia jurisdiccional se deben observar los Arts. 863 a 870 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, el mismo que regula sobre el tema expresando:

El Art. 863.- El juez o tribunal que pretenda la inhibición de otro juez o tribunal, para conocer de una causa, le pasará de oficio en que, expuestas las razones en que se funde, anuncie la competencia si no cede.

En estas disposiciones constitucionales y legales, como las normas del Convenio 169 de la OIT se establece la jurisdicción especial Indígena, por lo mismo se faculta a las comunidades para resolver sus problemas internos conforme a sus propios sistemas de derecho, procedimientos y sanciones.

Una de las novedades de la Constitución Política de la República del Ecuador

vigente desde el 10 de agosto de 1998, es el haber reconocido por primera vez la diversidad étnica y cultural, lo cual le permitió ponerse a tono con las corrientes que en toda América Latina la han venido reconociendo desde mediados de los años ochenta (La Constitución nicaragüense, la Constitución de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991, la de Perú de 1993, la de Bolivia, etc.)

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, implica la existencia de un nuevo sujeto de derecho "los pueblos indígenas", que tienen la posibilidad de autodefinirse como nacionalidades, conforme lo establece el Art. 83 de la Constitución:

Art. 83.- Los pueblos indígenas, que sé autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Producto de este reconocimiento estos pueblos dejan de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujetos de derechos fundamentales. Siendo una de las características principales de este nuevo sujeto de derecho su carácter colectivo, que posee formas diferentes de vida social.

De los pueblos indígenas:

El reconocimiento y la descripción de quienes obedecen a esta condición se brinda de la siguiente manera:

Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias ya obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos

proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio- ambientales que les causen.

6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.

7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.

11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; ya un adecuado financiamiento del Estado.

14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.

15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen<sup>24</sup>.

La jurisdicción especial indígena en el caso ecuatoriano comprende, al igual que la jurisdicción del Estado, los poderes para conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones haciendo uso de la fuerza pública (notio, iudicium<sup>25</sup> e imperium<sup>26</sup>). El derecho a administrar justicia de cada pueblo indígena está acompañado del reconocimiento de las normas y procedimientos de cada pueblo indígena, así como de la facultad legislativa. Se observa de igual manera que la competencia de las autoridades de los pueblos indígenas no está limitada por la materia, por lo tanto es competente para conocer todo tipo de conflictos. El

---

<sup>24</sup> Constitución del Ecuador.

<sup>25</sup> Facultad de resolver el asunto sometido a consideración de la autoridad indígena.

<sup>26</sup> Facultad de usar la fuerza publica para hacer efectivo el cumplimiento de sus decisiones.

conflicto interno se debe entender como la infracción de las normas internas de un pueblo indígena. Por ello la competencia no se limita exclusivamente por el territorio o la pertenencia étnica, sino por los efectos que causa la infracción al interior del pueblo indígena.

### **3.3 BOLIVIA**

La Constitución señala:

Titulo Preliminar: **Disposiciones Generales.**

Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.

Parte II: **El Estado Boliviano.** Tit. III. **Poder Judicial.** Cap. 1: **Disposiciones generales.**

Art.116: (...) El Poder Judicial es responsable de proveer defensa legal gratuita a los indigentes así como servicios de traducción cuando su lengua materna no sea el castellano.

Parte III: **Régimenes Especiales.** Tit. III: **Régimen agrario y campesino.**

Art. 171: Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el Territorio Nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas de las asociaciones y sindicatos campesinos  
Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.

Parte III: **Regímenes Especiales** Tit. VI: **Régimen municipal.**

Art. 200. El Gobierno y la administración de los municipios están a cargo de Gobiernos Municipales Autónomos y de igual jerarquía. En los cantones habrá Agentes Municipales bajo supervisión y control del Gobierno

Municipal de su jurisdicción.

La autonomía municipal consiste en la potestad normativa, ejecutiva, administrativa y técnica en el ámbito de su jurisdicción y competencia territoriales.

### **3.4 GUATEMALA**

Contiene una sección especial para las comunidades indígenas. Se reconoce la composición del país por diversos grupos étnicos de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos; en protección a las tierras y a las cooperativas agrícolas indígenas. Las comunidades mantendrán el sistema tradicional sobre las tierras que históricamente les pertenecen. Los trabajadores indígenas migrantes recibirán protección social especial que impida la desintegración de esas comunidades y, en general, todo trato discriminatorio. Ofrece la promulgación de una ley reglamentaria:

Titulo II: **Derechos Humanos**. Cap. II: **Derechos Sociales**. Sec. II: **Cultura**.

Art. 59: Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Sec. III: **Comunidades indígenas**.

Art. 66: Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Art. 67: **Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas**. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.

Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.

Art. 68: **Tierras para comunidades indígenas**. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a

las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

Art. 69: **Traslación de trabajadores y su protección.** Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades, serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio.

### **3.5 NICARAGUA**

Los cambios en esta legislación se dan a partir de la Reforma Parcial a la Constitución (1 de febrero de 1995).

#### **Título I, Capítulo Único "Principios Fundamentales de la Constitución Política"**

Art. 5. Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos. (...)

(3er párrafo) El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución. (...)

#### **Título II: Sobre el Estado. Capítulo Único.**

Art. 8: El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana. (...)

Art. 11: El español es el idioma oficial del Estado. Las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley.

#### **Título IV "Economía Nacional, Reforma Agraria y Finanzas Públicas", Capítulo II "Reforma Agraria"**

Art. 107. La reforma agraria eliminará el latifundio ocioso y se hará prioritariamente con tierras del Estado. Cuando la expropiación de latifundios ociosos afecte a propietarios privados, se hará cumpliendo con

lo estipulado en el Artículo 44 de esta Constitución. La reforma agraria eliminará cualquier forma de explotación a los campesinos, a las comunidades indígenas del país y promoverá las formas de propiedad compatibles con los objetivos económicos y sociales de la nación establecidos en esta Constitución. El régimen de propiedad de las tierras de las comunidades indígenas se regulará de acuerdo a la ley de la materia.

## **Título VI "Derechos. Deberes y garantías del Pueblo nicaragüense". Capítulo VI "Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica".**

Art. 89: Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

## **Título VII, Capítulo Único "Educación y Cultura"**

Art. 121. El acceso a la educación es libre e igual para todos los nicaragüenses. La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria en los centros del Estado. La enseñanza secundaria es gratuita en los centros del Estado, sin perjuicio de las contribuciones voluntarias que puedan hacer los padres de familia. Nadie podrá ser excluido en ninguna forma de un centro estatal por razones económicas. Los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica tienen derecho en su región a la educación intercultural en su lengua materna, de acuerdo con la ley.

Art. 141.5: (...) Cada Circuito Electoral tendrá un máximo de cuarenta mil habitantes y un mínimo de veinte mil habitantes, pero la Ley podrá crear Circuitos Electorales que excedan el máximo o reduzcan el mínimo anteriores, para tomar en cuenta las divisiones políticas actuales, la proximidad electoral, la concentración de la población indígena, los lazos de vecindad, las vías de comunicación y los factores históricos y culturales, como criterios básicos para el agrupamiento de la población en Circuitos Electorales. (...)

## **Título IX "División Político-Administrativa", Capítulo II "Comunidades de la Costa Atlántica"**

Art. 181. El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de

autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales. Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.

Los miembros de los consejo regionales autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la ley.

### **Disposiciones Finales y Transitorias**

**Art. 20. Se establecen las siguientes disposiciones finales y transitorias de la presente Reforma Parcial de la Constitución Política de la República de Nicaragua: (...)**

v) Mientras no se dicte la ley del régimen de autonomía a que se refiere el artículo 181 de esta Constitución, continuará vigente la Ley No. 28, Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, en lo que no se oponga a la Constitución Política. (...)

### **3.6 PARAGUAY**

La Constitución señala:

**Parte I: De las declaraciones fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías. Tit. II: De los derechos, de los deberes y de las garantías. Cap. V: De los pueblos indígenas.**

**Art. 62: De los pueblos indígenas y grupos étnicos.** Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

**Art 63: De la entidad étnica.** Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat.

Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente su sistema de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que a la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la

convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Art. 64: **De la propiedad comunitaria.** Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o el traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Art. 65: **Del derecho de participación.** Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, esta Constitución y las leyes nacionales.

Asimismo, reconoce el derecho a la educación y enseñanza en lengua materna reconociendo el guaraní como idioma oficial.

Art. 66: **De la educación y de la asistencia.** El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

Art. 77: **De la enseñanza en la lengua materna.** La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales.

En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales.

**Parte II: Del ordenamiento político de la República. Tít. I: De la Nación y del Estado. Cap. I: De las declaraciones generales. Paraguay (1992).**

Art. 140: **De los idiomas.** El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe.

Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro.

Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación.

### 3.7 PERU

La Constitución señala:

**Tít. I: De la Persona y de la Sociedad. Cap. I: Derechos Fundamentales de la Persona.**

Art. 2: Toda persona tiene derecho a: ...

19o. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

**Tít. II: Del Estado y la Nación. Cap. I: Del Estado, la Nación y el Territorio.**

Art. 48: Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, aimará y las demás lenguas aborígenes, según la ley. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

Art. 88: El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras, abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Art. 89: Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

### 3.8 CUADRO COMPARATIVO DE LAS LEGISLACIONES.

<b>País</b>	<b>Materia</b>	<b>Definición de comunidades indígenas.</b>	<b>Reconocimiento jurisdiccional.</b>
-------------	----------------	---------------------------------------------	---------------------------------------

<b>México.</b>	<p>Art. 2ndo. La nación mejicana es única e indivisible.</p> <p>La nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.</p>	<p>A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y en consecuencia a la autonomía para:...</p> <p>II. Aplicar su propio sistema normativo en la regulación y solución de sus conflictos interno, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y de manera relevante la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.</p>
<b>Ecuador.</b>	<p>Art. 83. Los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano único e indivisible.</p>	<p>Art. 191. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.</p>
<b>Bolivia.</b>	<p>Art. 1ro. Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.</p>	<p>Art. 171. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.</p> <p>El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas de las asociaciones y sindicatos campesinos.</p> <p>Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizara estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.</p>
<b>Guatemala.</b>	<p>Art.66. protección a grupos étnicos. Guatemala esta formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia Maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.</p>	

<b>Nicaragua.</b>	Art.5. Son principios de la nación nicaragüense: la libertad, la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos...	Art. 5. Párrafo 3ro. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley.
<b>Paraguay.</b>	Art. 62. De los pueblos indígenas y grupos étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.	Art. 63. De la entidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente su sistema de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que a la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario o indígena.
<b>Perú.</b>	Art. 2. Toda persona tiene derecho a: 19º. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	

En el anterior cuadro se identifica como las constituciones de algunos países latinoamericanos han incorporado el reconocimiento de la existencia y cultura de los pueblos indígenas que habitaban sus territorios desde tiempos anteriores a la conformación de los Estados, y que así mismo han reconocido las normas particulares de derecho consuetudinario que desde tiempos ancestrales rigen estas comunidades, esto plasmando lo que una corriente liderada por los mismos indígenas ha buscado como reivindicación de su identidad como pueblos con culturas ancestrales y con el impulso de lo que significo el convenio 169 de la OIT.

#### 4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL CORTE CONSTITUCIONAL

Tal como se planteo el desarrollo del presente trabajo encontramos las pautas de definición de la jurisdicción indígena y de las situaciones en que prevalece su jurisdicción sobre la ordinaria nacional recurriendo a herramientas como: El convenio 169 de la OIT; La legislación nacional; Pronunciamientos de las altas cortes en lo referente al tema planteado.

El tema de este capítulo será el reunir las conclusiones obtenidas con el respectivo análisis, para conseguir en la medida de lo posible elementos puntuales que brinden la mayor claridad a quien pretenda estudiar lo referente a este importante tema, al efecto resulta necesario para entender la importancia de este estudio jurisprudencial conocer los pronunciamientos de la Corte Constitucional que da valor a sus propios pronunciamientos cuando se trata de situaciones como la que nos ocupa, en que se involucra un artículo Constitucional y no se ha legislado acerca de como será su desarrollo<sup>27</sup>, según sentencia C-083/95 se señala:

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de interprete autorizado de la constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores este tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su interprete supremo (art. 241 C.P)<sup>28</sup>.

Ilustrativo resulta también el comentario que hace DIEGO LOPEZ MEDINA, quien al respecto comenta:

En estos casos de vacío legislativo, entonces se aplica directamente la constitución y su interpretación autorizada: tal conjunto constituye la doctrina constitucional. En dichos casos, según la corte, no se desquicia el sistema tradicional de fuentes ya que aquí, en puridad no asumen fuerza obligatoria las sentencias de la Corte, sino la constitución misma, que por su textura abierta, solo puede ser leída a través de los lentes de la Corte<sup>29</sup>. Lo contrario sería abrir espacio a que los jueces interpretaran motu proprio el texto constitucional, con grave peligro para la unidad de sentido del texto.

Para efecto de estudiar la doctrina constitucional con la cual se van a solucionar los asuntos referentes se analizan en este trabajo las sentencias de la Corte Constitucional relacionadas a continuación:

---

<sup>27</sup> Esto es la falta de promulgación por parte del legislativo de la ley estatutaria de la jurisdicción indígena.

<sup>28</sup> Sent. C-083/95, M.P Carlos Gaviria.

<sup>29</sup> LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces, Bogotá, ediciones Uniandes, pag 22

**Sentencia:**

T-254/94

T-394/95

C-139/96

T-349/96

T-496/96

T-523/97

SU-510/98

T-239/02

Tal como la misma jurisprudencia lo reconoce "resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad étnica y cultural y la consagración de derechos fundamentales<sup>30</sup>". Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente solo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de estas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela. El proceso de solución de estos conflictos debe atender a las circunstancias de caso concreto, cultura involucrada, criterios de equidad para dirimir el conflicto teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales al respecto.

Es importante que el interprete, en la solución de estos conflictos, se atenga a la exigencia de reconocimiento y del respeto por la dignidad de todos los grupos humanos, teniendo en cuenta tanto la obligación de proteger los derechos básicos de todos los individuos en tanto seres humanos, como el reconocimiento de las necesidades particulares del sujeto como miembro de un grupo cultural específico.

**4.1 DEFINICION DE INDIGENA**

Un primer elemento para entender la jurisdicción indígena es pues el concepto mismo de indígena, ya que serán los nacionales que ostenten esta calidad los llamados a ser la parte integrante de la misma, ya sea como autoridades o como administrados, tal condición no puede ser definida caprichosamente por el interprete de turno, por lo cual es de gran ayuda apoyarse de textos, pronunciamientos judiciales etc. Que se hayan ocupado del asunto. Así

---

<sup>30</sup> Sent. T-254/94.

entendemos por indígena: "originario del país.// establecido en el país desde tiempo inmemorial".

Resulta claro que para el efecto de nuestro estudio definiciones como la anterior se presenta a todas luces insuficiente, puesto que la determinación de los nacionales Colombianos que responden a esta condición conlleva otras consideraciones, así cuando de determinar quien es indígena y la jurisdicción competente para su juzgamiento, se conjugaran factores tanto culturales<sup>31</sup>, lingüísticos, antropológicos<sup>32</sup> y sociológicos<sup>33</sup> que darán la pauta para la determinación de los sujetos que podrán ser juzgados dentro de su jurisdicción y por sus propias autoridades. Así lo determina la jurisprudencia al declarar:

En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población Colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y la ley"<sup>34</sup>.

Se ha presentado evidentemente en los últimos años una evolución tanto en la concepción como en el tratamiento de los indígenas y sus comunidades, reconociendo su diversidad étnica y cultural, así como su particular modo de ser y vivir, generando a partir de ello una nueva visión respetuosa de las diferencias y que contrario de anteriores épocas no tiene como prioridad la reducción de los grupos descendientes de comunidades originarias del continente a la llamada civilidad occidental, que podría considerarse es la que rige a la mayoría de los nacionales colombianos. De esto nos dan cuenta pronunciamientos como:

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son candidatos ya a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Relativos al desarrollo intelectual o artístico.

<sup>32</sup> Relativo al estudio de la conducta social del hombre.

<sup>33</sup> Relativo al estudio del hombre en sus relaciones con los otros.

<sup>34</sup> Sent. T-394/95.

<sup>35</sup> Sent. C-139/96

Los miembros de las comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos con inmadurez sociológica o trastorno mental. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores además de enfatizarse una cierta connotación discriminatoria que significaría que la diferencias valorativas de el indígena son producto de una especie de inferioridad o incapacidad mental de comprender lo que se pretendería como verdad absoluta, por tanto considera la Corte para cuando se trate de un asunto que involucre a un miembro de una comunidad distinta:

El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de la conducta, el juez deberá concluir que esta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenara devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades<sup>36</sup>.

El ser indígena esta estrechamente ligado con una forma de entendimiento diferente, a tal grado que se reconoce mayor autonomía dependiendo de si los grupos o individuos detentan una mayor o menor conservación de su cultura, esto es entendible pues explicaría diferencias valorativas amplias entre miembros de una misma colectividad, en este caso la nación Colombiana, con respecto a similares asuntos, que justificarían a la postre un trato desigual, pero no hay que descuidar que es un objetivo trazado por la Constitución del 91 la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación<sup>37</sup>. Lo cual no se conseguirá únicamente protegiendo a las comunidades que se preserven en mayor medida intactas en su cultura sino también prestando una efectiva colaboración con comunidades que han sido objeto de una progresiva perdida de sus valores tradicionales pero que en determinado momento histórico deseen recuperar su tradición.

El reconocimiento del especial carácter como comunidad nos lo muestra la jurisprudencia al pronunciarse de la siguiente manera:

A diferencia de otros vínculos asociativos, mas o menos contingentes, que la persona traba en su decurso existencial, el vinculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento y salvo que se abandone o libremente se

---

<sup>36</sup> Sent. T-496/96.

<sup>37</sup> ART. 7 C.P.

renuncie a el, termina sólo con su muerte. Dada la naturaleza cultural del ligamen comunitario, el individuo no se ve involucrado en puntuales aspectos de su actividad, sino en un entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe de una forma definida de vida<sup>38</sup>.

Tal como se aprecia en variadas definiciones dadas jurisprudencialmente el concepto de indígena no es dejado de lado, lo que condiciona al interprete de turno que se adentre en este estudio, puesto que la Corte Constitucional se ha ocupado del asunto brindando elementos que podrían considerarse en buena medida puntuales y que facilitarían la clasificación de los nacionales que serán partícipes en el desarrollo de las facultades jurisdiccionales y normativas otorgadas por el constituyente de 1991.

#### **4.2 RECONOCIMIENTO DE AUTORIDADES INDÍGENAS.**

EL primer elemento útil a fin de este estudio será la misma Constitución que se ocupa del tema de la siguiente manera:

**Artículo 330 C.N:** "de conformidad con la Constitución y las leyes los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades".

La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto Constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y la ley, de forma que se asegure la unidad nacional. El territorio en el cual las autoridades indígenas ejercerán su autoridad es el resguardo que es: "una institución de origen colonial y de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena que, con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de este"<sup>39</sup>.

En la sentencia T-254/94 se dispone estos cuatro parámetros a los cuales el mismo ponente da el carácter de reglas.

En primer orden se establece una valoración objetiva de la conservación de los usos y costumbres que evidentemente varía de una comunidad a otra disponiéndose así:

1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad Colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la "vida civilizada" (ley 89 de 1890), debilitándose la

---

<sup>38</sup> Sent. SU-510/98

<sup>39</sup> Etnias de Colombia (en línea):<http://www.etniasdecolombia.org>. consultado octubre 12 de 2004.

capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice estabilidad jurídica y seguridad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser en principio respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

Un límite claro en el desarrollo de la jurisdicción indígena lo impone el respeto a los derechos fundamentales entendidos como un mínimo que no puede ser desconocido:

2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y la ley es un deber de todos los nacionales en general (arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen a los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio.

En tercer orden no se reconocen usos y costumbres que en determinado momento vulneren valores superiores al que estos representan tal como lo es el de la diversidad étnica y cultural, este análisis deberá hacerse a la luz del caso particular, y la Corte lo trata de la siguiente manera:

3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de estas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (C.P art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos

indígenas (C.P art. 330) deben ejercerse en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

De la misma manera que se afirma que los usos y costumbres no pueden vulnerar derechos fundamentales se ratifica la valoración que se debe hacer en cada caso frente al principio de diversidad étnica y cultural, ya que claramente este implicara conflicto con normas legales esto se explica por parte de la Corte así:

**4.** Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta **regla** es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre **contra legem** por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, **mutatis mutandis**, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que solo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las autoridades indígenas.

La misma jurisprudencia nos brinda estas reglas que resultaran valiosas para definir los límites y las competencias de las autoridades indígenas.

La existencia de autoridades indígenas como es lógico implica la existencia para sus comunidades de lo que se conoce como el juez natural<sup>40</sup>, ya que al existir territorios regidos por una normatividad especial y por sus propias autoridades, pues también los habitantes de ese territorio estarán pues sujetos a la autoridad ejercida en el mismo, esto lo trata la jurisprudencia de la siguiente manera:

Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que este involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretaran dependiendo de las circunstancias de cada caso<sup>41</sup>.

En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La solución puede variar si la acción típica es cometida

---

<sup>40</sup> El principio del juez natural consistente en el derecho a conocer por quien se va a ser juzgado.

<sup>41</sup> Sent. T-496/96.

por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad<sup>42</sup>.

La distinción es importante porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo, en el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. cuando la conducta del indígena solo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entro en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el interprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en le segundo, la sanción en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. en el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el interprete

---

<sup>42</sup> Sent. T-496/96.

deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos<sup>43</sup>.

la regla de la territorialidad no se puede erigir como absoluta, pues si bien es de gran ayuda para determinar en ciertas circunstancias la competencia para juzgar no es un requisito sin equa non para la determinación de la misma, también puede activarse la competencia atendiendo a otros elementos que la misma jurisprudencia ha considerado así:

No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas este condicionada a que "hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial". No solo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, sino que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable<sup>44</sup>.

Estas reglas pueden ser útiles para determinar las situaciones en que se activa la competencia de las autoridades indígenas para juzgar a sus miembros y presta valiosa ayuda para evitar en el futuro el desconocimiento de una realidad jurídica como lo es hoy en día la autonomía jurisdiccional y normativa de las comunidades contempladas en el art. 246 de la Constitución nacional.

#### **4.3 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.**

El debido proceso se constituye en el conjunto de garantías que da forma a los procesos judiciales y aun a los procedimientos administrativos, esto es que este se le debe reconocer a todo el que se enfrente a procesos de los antes mencionados. podríamos enunciar como garantías del debido proceso las siguientes:

- Legalidad de las penas o derecho de toda persona a no ser condenada sino por hechos que estén previstos como infracción penal al momento de su comisión (nullum crime sine lege).
- Legalidad de la sanción o derecho de las personas a no ser sancionadas sino con aquellas sanciones expresamente consagradas en la ley (nullum poenae sin lege).

---

<sup>43</sup> Sent. T-496/96.

<sup>44</sup> Sent. T-496/96.

- Legalidad del juicio o derecho de toda persona a ser juzgada con arreglo al procedimiento previsto en la ley y ante juez nacional y competente

Además la definición constitucional se consagra en la Carta de la siguiente manera:

**Art. 29--** El debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso publico sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Es por tanto este un derecho que merece especial atención y no es, ni debe ser ajeno a los procedimientos adelantados por la jurisdicción indígena, por lo cual se ha considerado su reconocimiento de obligatoria observancia y además desarrollado su contenido y alcances en tratándose de esta jurisdicción especial. Así lo reconoce la misma jurisprudencia al plantear:

El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y la ley. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, estas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso<sup>45</sup>.

También se debe entender que el debido proceso en definitiva lo determina la misma comunidad encargada de administrar justicia en su ámbito territorial, así

---

<sup>45</sup> Sent. T-254/94.

pues la autoridad que ejerce la función jurisdiccional será la que tradicionalmente la comunidad haya tenido y no se delimita cual debe ser por ninguna consideración externa, mas bien esto esta plenamente en el plano de la comunidad, tal como lo declaro la Corte cuando se pronuncio de la siguiente manera:

La garantía fundamental del principio del juez natural no puede ser desconocida, para determinarlo en cada comunidad de acuerdo a lo dispuesto por la Corte se ha dicho: "la determinación estricta del miembro de la comunidad que debe aplicar la sanción (el gobernador del cabildo indígena) es contraria al artículo 246 de la Constitución Política, que habla en términos generales de "las autoridades de los pueblos indígenas.

Cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son lo gobernadores del Cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico como los Piache entre los Wayúu o los Jaibaná entre las culturas del Pacífico o de representantes de instituciones religiosas), e incluso mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la compensación (arreglo directo entre dos miembros de grupos familiares)<sup>46</sup>.

Esta consideración hecha en la arriba citada sentencia reconoce la capacidad de que las comunidades según su forma de organización tradicional pueden disponer de diferentes clases de autoridades, siendo que a cualquiera de ellas le esta permitido por la Constitución nacional ejercer las facultades jurisdiccionales del artículo 246.

Dentro del reconocimiento de que debe existir en las comunidades un debido proceso, este será el que en el seno de las mismas se considera como necesario proseguir cuando se juzga a un integrante de las mismas, el requerimiento de su existencia y modo de ser solo obedece en una mínima medida a consideraciones de carácter externo que la Corte ha dictado en sus pronunciamientos, así se dice:

El derecho al debido proceso constituye un limite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este limite no exige que las practicas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como

---

<sup>46</sup> Sent. C-136/96.

cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las practicas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social<sup>47</sup>.

Con referencia a una acción de tutela que entre otros argumentos esgrimía el de que se violo el debido proceso del petente en razón de no permitírsele ser asistido por un abogado en un proceso jurisdiccional indígena la postura de la Corte Constitucional al respecto:

La Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la practica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las practicas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza<sup>48</sup>.

Se reconoce así la diferencia conceptual que se presenta entre las comunidades indígenas y la sociedad mayoritaria, en la que el derecho a la defensa considera esencial la representación de un abogado, la Corte aquí obedeciendo al principio de diversidad étnica y cultural respeta los procedimientos indígenas que plantean lo que podríamos definir como otros mecanismos de defensa judicial en donde por el hecho de no nombrarse abogado a quien esta siendo sujeto de un juzgamiento, no se podrá deducir la violación del debido proceso.

Por ultimo para acercarse a la concepción que la Corte tiene de este principio debemos entender que el derecho nacional no indígena tan repleto de formulismos, procedimientos escritos, palabras sacramentales, plazos y términos, instancias, medios de prueba y otras características que han sido producto de otra forma de evolución cultural durante siglos, resulta en la modalidad mas lejana y ajena a las costumbres jurídicas de los pueblos que se han mantenido de una u otra manera separados de las sociedad nacional, nada hay mas atentatorio que aplicar a las comunidades indígenas el sistema jurídico en su detalle.

#### **4.4 PRINCIPIO DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL**

Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente

---

<sup>47</sup> Sent T-523/97.

<sup>48</sup> Sent. T-523/97.

universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal aquí, surge el conflicto que planteara que es lo que una de las partes involucradas en el (Estado) esta llamado a aceptar si quiere ser respetuoso de la diversidad. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como limites a la jurisdicción indígena, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría mas que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de la "maximización de la autonomía."

Este principio lo desarrolla la Corte de la siguiente manera:

"Solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural", es necesario que él interprete al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la nación, atienda a la regla de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía". Este criterio supone que, en un caso concreto, solo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades las siguientes:

- a. que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. La seguridad interna).
- b. que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Como antes se dijo y es bastante lógico se presentaran conflictos entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros, el cuidado que se debe tener aquí esta en interpretar estas situaciones teniendo siempre en cuenta que se habla de comunidades diferentes a la mayoría de la sociedad colombiana y que es esta misma diversidad la que se busca proteger, esto implica aceptar que la manera de ver y explicar el mundo no es ni neutral ni privilegiada, sino una entre otras y que por lo mismo arrastra ella con sus propios limites, por lo tanto un análisis acertado de situaciones de esta índole será el que se haga buscando el interprete ubicarse desde la óptica de la comunidad implicada.

En caso de conflicto con otros principios de igual jerarquía la Corte ha dicho:

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un dialogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es

decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una<sup>49</sup>.

Se reitera la jurisprudencia en la importancia que reviste el principio de la diversidad étnica y cultural, cuando se trata de comunidades indígenas es a la luz del mismo que se deben analizar las diferencias presentadas con respecto al resto de la sociedad esto podría resumirse en la afirmación "aprendamos a ver lo bueno de sus vidas, aun cuando sepamos que hay cosas de lo bueno de sus vidas que pueden llegar a entrar en conflicto con lo bueno de las nuestras"<sup>50</sup>, de esta manera podemos lograr que se vuelvan entendibles las significativas diferencias conceptuales con las cuales se aprecian asuntos similares, la Corte enfatiza al respecto:

Para la Corte, el principio de diversidad e integridad cultural no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a " la aceptación de la alteridad ligada a la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental." La Constitución política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferente en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez mas inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual al justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades<sup>51</sup>.

Un efecto más realista que el del "consenso cultural" cuando el interprete se vea en la necesidad de tomar decisiones tratándose de asuntos que sean objeto de un choque cultural es el que manifiesta la jurisprudencia cuando dice:

En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una

---

<sup>49</sup> Sent. T-523/97.

<sup>50</sup> URIBE BOTERO, Angela, El caso U,wa: Entre el vuelo de las tijeretas y la forma de la ley, Ediciones Rosaristas, Stafe. de Bogotá. 2002.

<sup>51</sup> Sent. SU-510/98.

especie de dialogo o interlocución directa o indirecta -, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovision propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor de justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1º)<sup>52</sup>.

Significa entonces que el respeto a este principio estudiado en este capítulo es el que justifica el mayor rango de acción que tienen las comunidades indígenas para manifestarse a través de sus instituciones y de su derecho mayor que como ya se ha dicho responde al campo del derecho consuetudinario estando directamente influenciado por la costumbre, la moral y la religión de las comunidades lo que crea la necesidad de su observancia para así respetar la normatividad de estas comunidades pues esta inescindiblemente ligada a su diversidad. Se trata esto de la siguiente manera:

La protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, no se podría sostener sin una actitud de respeto hacia las distintas cosmovisiones que se traducen en formas de vida singulares y únicas. No se discute que en el territorio nacional se debe acatamiento a la Constitución Política. Empero el juicio de conformidad constitucional de una determinada acción o abstención de una autoridad indígena referida a miembros de su comunidad, como punto de vista externo a la misma, no puede operar sin que antes se intente aprehender su significado en el contexto sociocultural en que se origina. La violación constitucional, cuando ella se presenta, debe trascender la mera diferencia de enfoque cultural de una acción y, en términos indubitables lesionar la dignidad de la persona humana. De lo contrario, se arriesgaría con reducir hasta límites en verdad opresivos, el horizonte ordenador de una determinada cosmovision y, de otro lado se tendría que exigir a los miembros de la comunidad indígena que en ella encuentran su patrón de socialización, la asunción de pautas extrañas al código cultural en el que se cifra su identidad<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Sent. SU-510/98.

<sup>53</sup> Sent. SU-510/98.

## 4.5 RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales constituyen una de las limitaciones en el ejercicio de la jurisdicción indígena, ya que no pueden ser desconocidos en el ejercicio de la misma, puesto que se obedece a la consideración de la fundamentalidad de un derecho cuando hace parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de toda comunidad política, en cuanto le sirven de principio y razón primordial. En este punto es claro que a pesar de las manifestaciones conciliadoras de la Corte y de hablar de un "consenso intercultural" habrá en definitiva de imponerse la visión que protege como un máximo valor los derechos fundamentales, con mayor razón cuando se presentaran casos en los que el dialogo y el consenso resultaran imposibles por involucrar visiones situadas en extremos irreconciliables en donde no quedaría mas que ajustarse al ordenamiento nacional. Esto es lo que al respecto considera la Corte:

Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente "resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre", decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos "de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico"). Estas medidas se justifican porque son "necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional"<sup>54</sup>.

Una particularidad que se aplica a las comunidades indígenas es la de considerarlas en su todo como sujetos de derechos fundamentales, justificando este trato en la necesidad de la conservación de la integridad étnica y cultural, así se encontraran situaciones en las que se reconocen derechos que podrían considerarse de la órbita individual pero que al mismo tiempo es valido reconocer a las comunidades por su particular condición de "comunidades culturales diferentes"<sup>55</sup>, que son minoritarias en el país y de las cuales se justifica su protección ya que cualquier situación de intromisión en su seno amenaza seriamente su misma existencia, por lo cual se justificara su trato como un todo

---

<sup>54</sup> Sent. T-523/97.

<sup>55</sup> Sent. T-196/96.

que persigue unos mismos objetivos y con un fin común, esto así lo reconoce la Corte en su jurisprudencia de la siguiente manera:

La Corte ha considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. Ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Con base en la anterior doctrina, ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no solo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios<sup>56</sup>.

#### **4.6 PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN CON LA CONDUCTA SANCIONADA**

Tratándose de sistemas jurídicos que responden a distintas visiones del mundo es lógico que las sanciones impuestas así como su duración e intensidad no serán uniformes, eso es bastante claro y no debería despertar mayor discusión pero viniendo de una tradición de única jurisdicción no deja de generar confusión que a ciudadanos del mismo país, que en determinado caso pudieron haber incurrido en una misma conducta se les sancione con disímiles criterios y por tanto se obtengan resultados que se aprecien como mayor o menor benevolencia en el trato de unos y otros, por tanto es conveniente aclarar las consideraciones y los fundamentos que se contemplan en determinados casos para justificar la ocurrencia de situaciones como la planteada.

Es claro que no deben corresponder las sanciones impuestas por una y otra jurisdicción, cierto es que habrá límites que habrán de tenerse en cuenta y los cuales por más de que exista una autonomía normativa de las comunidades indígenas no podrán ser desconocidos pues representan un mínimo fundamental. Tal como lo dispone reiteradamente la jurisprudencia constitucional así:

Las autoridades jurisdiccionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la constitución y la ley. No obstante ese poder no es ilimitado, debe ser razonable y dejar intactos otros valores protegidos por el ordenamiento<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Sent. SU-510/98.

<sup>57</sup> Sent. T-254/94.

Así mismo se reconocen garantías del derecho internacional como que la pena no puede trascender a la persona del infractor al configurarse esto como contrario a los tratados internacionales: Artículo 5-2: " la pena no puede trascender la persona del delincuente<sup>58</sup>".

De igual manera se acude en el análisis de las sanciones impuestas por las comunidades indígenas al principio a la integridad étnica y cultural, se plantea también que cuando se trate de asuntos que involucren a comunidades indígenas los conflictos que se presenten obviamente serán con otras normas del ordenamiento jurídico, pero no por entrar en conflicto con determinada norma puede hablarse de que se esta contrariando la Constitución y la ley, esto deberá ser la conclusión de un análisis hecho por el interprete utilizando algunas reglas que la misma Corte se ha ocupado en dar:

La Carta parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural (artículo 7), pero establece la limitación de esta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (artículos 246 y 330). Sin embargo, no cualquier precepto Constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto esta también tiene el carácter de principio Constitucional: para que una limitación a dicha diversidad este justificada Constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior a la diversidad étnica y cultural<sup>59</sup>.

También cabe que dentro de las posibilidades normativas de las comunidades indígenas se señalen ciertas conductas, que en el ordenamiento nacional no indígena no son consideradas como reprochables, pero dentro de las mismas si se consideren como tales, esto se justifica puesto que se trata de comunidades que por su particular situación social y percepción del mundo merecen el respeto de sus propias formas de determinarse, lo cual se cree conllevara a ayudar a su conservación:

La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida esta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraria las disposiciones de la Constitución política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía amplio otorgado a las comunidades por los artículos 7 y 246 de la Carta con el fin de preservar los usos y costumbres de estas<sup>60</sup>.

Con relación al tipo de penas y la duración de estas

---

<sup>58</sup> Convención Americana de derechos humanos.

<sup>59</sup> Sent. C-136/96.

<sup>60</sup> Sent. C-136/96.

La limitación del tipo de sanción que puede imponer la comunidad para conservar sus usos y costumbres contraria tanto la letra del Artículo 246 (que confiere a las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia "de acuerdo con sus propias normas y procedimientos") como la realidad de las comunidades destinatarias de la norma. En efecto, el arresto no es la única sanción compatible con la Constitución y las leyes; dentro del marco Constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser mas o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena y viceversa<sup>61</sup>.

En el mismo sentido se ratifica la jurisprudencia en posteriores pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad de la imposición del tipo de sanciones que se deben imponer dentro de las comunidades indígenas cuando y atendiendo al principio de la diversidad étnica y cultural se manifiesta:

No es compatible con el principio de la diversidad étnica y cultural imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la tradición occidental ha contemplado. Una interpretación en contrario, plantearía un razonamiento contradictorio que podría expresarse así: "La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero solo en aquellas practicas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria". Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo que entre otras, permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes mas preciados del hombre". Pero además, desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias<sup>62</sup>.

Se establece cuando llegue a conocimiento judicial una determinada decisión proferida por las autoridades indígenas una pauta para el estudio de la constitucionalidad a la luz del caso particular de estas decisiones:

El juez constitucional debe proceder con cautela y deferencia. De una parte, se debe evitar la violencia cultural que consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento. De otra parte el espacio de

---

<sup>61</sup> Sent. C-136/96.

<sup>62</sup> Sent. T-523/97.

indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros (interpretación pro indígena)<sup>63</sup>.

Dentro de su propio territorio las comunidades indígenas tienen la facultad de tomar las decisiones que consideren convenientes para preservar a su comunidad y están autorizados a limitar la circulación de extraños en su interior sin que esto implique el desconocimiento injustificado del derecho de circulación pues se atiende a la defensa de la integridad de la comunidad que puede verse afectada por la presencia de personas extrañas a la misma, de tal manera la jurisprudencia ha reconocido la facultad de controlar sus propios territorios que tienen las comunidades indígenas de la siguiente manera:

Particularmente, en el caso de las comunidades indígenas, la conservación de su cultura legítima con más fuerza el empleo por parte de sus miembros de mecanismos para determinar la presencia de "extraños o no extraños" y poder comportarse en consecuencia. Si se insiste en recortarles a estos grupos estos elementales mecanismos de defensa y preservación, no será posible que ellos mantengan su identidad cultural<sup>64</sup>.

No obstante para analizar las sanciones impuestas por las comunidades indígenas se debe partir de una óptica en la que se da prevalencia al principio de diversidad étnica y cultural, que conlleva a que sanciones que de ninguna manera pueden ser impuestas por el ordenamiento jurídico nacional sean viables en las jurisdicciones indígenas, análisis en donde se entrara a determinar los grados de aceptación que tiene la aplicación de un determinado castigo en una respectiva comunidad partiendo de una visión donde se estudia viabilidad a la luz de la comunidad que las impone, tal es el caso de sanciones como el cepo y el fuste que la Corte ha considerado se ajustan al ordenamiento por particulares circunstancias de los individuos y comunidades que los aplican, pero que sacándolos del contexto de la jurisdicción indígena evidentemente constituyen un trato inhumano, cruel y degradante.

La determinación de la intensidad de una determinada sanción, a fin de establecer si se trata o no de tortura o de un trato cruel inhumano o degradante, sólo puede hacerse a la luz de las circunstancias del caso concreto (duración de la pena, efectos en la integridad física o mental del condenado, el sexo, la edad, las condiciones de salud, el contexto socio-político, etc.)<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Sent. SU-510/98.

<sup>64</sup> Sent. SU-510/98.

<sup>65</sup> Sent. SU-510/98.

Se brinda así a las comunidades indígenas un margen de acción basado en su diversidad sociocultural y el interés de conservar sus tradiciones dentro del cual podrán continuar utilizando sus sanciones, podríamos decir tradicionales, ya que a manera de ejemplo el fuste es un castigo muy común y generalizado en las comunidades indígenas pero no es un castigo que históricamente se haya utilizado en las mismas, es mas bien un componente que se introdujo por la influencia de los colonizadores españoles que lo utilizaban como castigo, y su reconocimiento obedece a lo que ya se ha explicado como el carácter dinámico del derecho de las comunidades indígenas a las que en ningún momento se limita a seguir sus tradiciones ancestrales, ya que las mismas no se encuentran inmutables desde tiempos anteriores a la conquista.

## **5. EL RESGUARDO DE MALES.**

### **5.1 EVOLUCION HISTORICA.**

Durante la conquista ya existía el territorio de Males, región extensa habitada por los indios Pastos. El actual territorio de Males fue cedido por la corona española en cabeza de los reyes católicos, Don Fernando y Doña Isabel de Castilla y Aragón.

Males fue fundado en 1532 por los Caciques: Raimundo Chapuel y Francisca Chapuel de los Reyes, la fundación de Males no tiene datos cronológicos sino leyendas que dicen que los actuales habitantes del territorio proceden de la región del Guamuez, donde existió una ciudad que desapareció debido a un fuerte terremoto o encantamiento.

La tradición narra que los sobrevivientes emigraron con sus pertenencias a buscar un lugar apropiado para fundar una población trayendo un gallo y con la creencia de que donde este cantara sería el sitio ideal para la fundación, dándose la circunstancia de que este evento se dio en el sitio inclinado que termina a las márgenes del río Tescual en el cual se ubica actualmente el municipio de Córdoba.

### **5.2 ASPECTOS GEOGRAFICOS.**

Este resguardo de carácter tradicional abarca un territorio que además comprende tal como se describe a continuación:

#### **5.2.1 Ubicación**

El resguardo de Males se ubica en el municipio de Córdoba departamento de Nariño, a 105 kilómetros al suroeste de la capital del Departamento de Nariño. Limita por el norte con Puerres, por el sur con Potosí, por el oriente con Puerres y el Departamento de Putumayo y por el occidente con Ipiales. Su altura es de 2.867 metros sobre el nivel del mar, la temperatura es de 12 grados centígrados. El área municipal es de 282 kilómetros cuadrados. La precipitación media anual es de 1.020 milímetros.

#### **5.2.2 Linderos**

En el título tradicional 509 registrado ante la notaria segunda de Ipiales con fecha de 13 de enero de 1906 y la ordenanza No. 40 de 1911 se transcriben los siguientes linderos:

Partiendo de la desembocadura del río Chiguacos en el río Guaitara, se continua por el río Chiguacos aguas arriba, que mas adelante toma el nombre de quebrada

Churacuan; se sigue por esta quebrada aguas arriba hasta donde le desemboca la quebrada Sinaí, se continua por esta quebrada luego aguas arriba hasta su nacimiento, de este punto se sigue por una hondonada hasta encontrar el cerro de las Tres Tulpas o Tolas; se continua en dirección general sur por las divisorias de aguas hasta encontrar el cerro San Francisco. Partiendo del cerro San Francisco se continua en dirección Este por la divisoria de aguas del páramo Buena Vista hasta encontrar el cerro Azuay se sigue en dirección general Este y luego Noreste por la divisoria de aguas del Páramo Buena Vista hasta encontrar el cerro Precipicio. Partiendo del cerro Precipicio. Se continua en dirección Oeste hasta encontrar el nacimiento de la quebrada el Galpón; se sigue por esta quebrada aguas abajo hasta su desembocadura en el río Tescual ; se continua por el río Tescual aguas abajo hasta su desembocadura en el río Guáitara. Partiendo de la desembocadura del río Tescual en el río Guáitara, se sigue por el río Guaitara aguas arriba hasta donde le desemboca una zanja que divide los predios de los comuneros Rufino Chalapud, en el resguardo de San Juan y José Antonio Potosí, en el Resguardo de Ipiales, punto aproximado de coordenadas planas (x 0588960, y – 946980).

Partiendo del sitio donde desemboca la zanja que divide los predios de los comuneros de Rufino Chalapud, en el Resguardo de San Juan y Jose Antonio Potosí, en el Resguardo de Ipiales, en el río Guaitara, punto aproximado de coordenadas planas ( x 0588960, y – 946980); se continua por el río Guaitara aguas arriba hasta donde le desemboca el río Chiguacos.

### **5.2.3 Pisos térmicos.**

La mayor parte de su territorio es montañoso, destacándose como accidentes orográficos el Páramo de Las Juntas y los cerros, Precipicio, Azuayo y San Francisco. Sus pisos se distribuyen entre térmicos templados, fríos y páramos. Lo riegan los ríos Guáitara y Guamuez, más algunas corrientes menores<sup>66</sup>.

## **5.3 ASPECTOS SOCIALES**

### **5.3.1 Población indígena y no indígena.**

Según proyecciones del DANE para el año 2005 el municipio de Córdoba contara con una población de 20656 hbs. Distribuidos de la siguiente manera: en la Cabecera municipal 3767; resto rural 16889<sup>67</sup>. La estimación de población indígena se hace de la siguiente manera: DANE: 6648; INCORA: 7300; CABILDOS: 7300. (ver tabla 1).

### **5.3.2 Acontecimientos.**

---

<sup>66</sup> ARGOTY CUARAN, Patricia del Socorro, Caracterización físico-Biótica del Esquema de Ordenamiento Territorial del Municipio de Córdoba Nariño; UNIVERSIDAD DE NARIÑO, P. 72.

<sup>67</sup> [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co)

Como mayor acontecimiento se puede destacar las festividades del santo patrono del municipio San Bartolomé las cuales se realizan los días 24 y 25 de agosto y en honor al cual se despliegan las danzas y tradiciones de los habitantes de Males.

MUNICIPIO	RESGUARDO	DANE	INCORA	CABILDOS	HCTREAS	GOBERNADORES
CUMBAL	CUMBAL	9963	14750	14750	17000	Fidencio Irua.
	PANAN	3780	4212	4212	4000	Ivan Puetate.
	CHILES	3129	3093	3093	6000	Gilberto Ruano.
	MAYASQUER	738	1874	1874	8000	Gerardo Revelo.
GUACHUCAL	GUACHUCAL	2592	4428	4428	3900	Ramiro Inampues.
	COLIMBA	1519	2904	2904	2500	Luis Ortega.
	MUELLAMUES	5400	7520	7520	3285	Arturo Pastás.
CUASPUD	CARLOSAMA	3117	4630	7620	3800	Fabio Fuelagán.
TUQUERRES	TUQUERRES	1067	3775	3775	8800	Silvio Lagos.
	YASCUAL	1451	2400	4491	7000	José Artidio Tez.
IPIALES	IPIALES	8391	12806	12806	3800	Wilson Morales.
	YARAMAL	2126	2107	2107	3000	Martín Guzmán.
	SAN JUAN	2295	2664	2664	1600	Sergio Mallama.
MALLAMA	MALLAMA	1749	4266	4266	12000	Marcial Noguera.
ALDANA	PASTAS	4407	4402	4894	2000	Julio Nel Calpa.
CORDOBA	MALES	6648	7300	7300	8000	Wilson Chapuel.
̀POTOSI	MUESES	2068	2004	2004	1800	Franco E. Muñoz.
GUACHEVEZ	GUACHEVEZ	1117	2038	2038	4400	Jaime Chazatar.
	EL SANDE	1080	1080	*	8825	José A. Zambrano
CONTADERO	ALDEA DE MARIA		1277	1277	1800	Juan Rosales.
PUPIALES	MIRAFLORES			1202		Alvaro Ortiz.
<b>TOTAL</b>		62637	89530	96305	102685	

• TABLA 1.

**Fuente:** Planes de vida de los resguardos indígenas, Estudios socioeconómicos de los resguardos realizados por el INCORA y Plan educativo Comunitario de los Pastos Yachaycuna Minka. \* territorio Awa.

### **5.3.3 Tradiciones.**

#### **LOS DANZANTES.**

Los danzantes son un grupo característico de la cultura de Males, entre ellos esta el guiador, el transguiador y los otros dos bailadores, a los cuales acompañan dos músicos con ritmos de flauta y tambor.

Los danzantes lucen una corona símbolo de rango dentro de la comunidad, adornada con espejos que demuestra el sometimiento del que fueron objeto por parte de los españoles, estos se utilizaban como objetos de caza con los cuales encandilaban a los animales irradiando la luz solar, también significa el reflejo de la realidad.

El baile del danzante tiene una riqueza llena de simbolismos, algunos son: el baile de la culebra, la chumba, la mulita, el ofrecimiento, adelante y atrás, el esquina a esquina, el saludo, escogida de a solo, escogida de a dos y la estrella, se inicia partiendo como punto de entrada la región del Guamuez, hacen su recorrido en forma de cruz de pinillo o en "y" hacia delante y hacia atrás, desde Guamuez hasta Males y de Males hasta el Guamuez, marcando en sus huellas el territorio de Males.

#### **LOS SANJUANES.**

Este grupo se conforma por no menos de 25 integrantes, todos hombres de los cuales 12 se visten de mujer para conformar las parejas debido a que la mujer esta restringida en la participación de esta danza.

La coreografía se realiza con movimientos que representan trabajos agrarios como el de abrir melga o guachar, sus vestimentas incluyen un sombrero adornado de cintas de diferentes colores que cuelgan por la espalda representando el arco iris o "cueche".

Los Sanjuanes sueltan sus pies en forma de rastrilleo, abriendo surcos y melgas van hacia delante en dos filas una de hombres y otra de quienes se visten de mujeres girando sobre si mimos, cada fila tiene un capitán, los que encabezan y dirigen el baile; en ocasiones y según el baile cada fila se separa muy distante insistiendo en los giros entre si, los pasos mas conocidos son: la escogida, el peine, de a dos en dos, el enrede y desenrede, por dentro y por fuera, la bomba y el ofrecimiento.

### **5.4 Aspectos económicos**

Sus 14.326 habitantes fincan su economía en la agricultura y la ganadería, siendo

sus principales productos: papa siembra 610 Ha, arveja 220 Ha, haba 56 Ha; cabezas de ganado 1.032, que aportan 4.170 litros de leche.

El cultivo de la papa es el mas representativo; en orden de importancia le sigue la arveja, el maíz y la cebolla. La actividad ganadera y la cría de especies menores genera ingresos complementarios a la actividad agrícola que sigue siendo la fundamental<sup>68</sup>.

#### **5.4.1 Fuentes de ingreso.**

Es un tema que ha traído no pocos motivos de discordia entre los habitantes de la comunidad ya que el manejo de los recursos conlleva muchos recelos, es de el parecer de muchos habitantes que antes nadie quería ser gobernador, y de que ahora por motivo de el manejo presupuestal esto ha cambiado.

#### **5.4.2 apoyos gubernamentales**

La ley 60 de 1993 da la posibilidad de participación de los resguardos en los dineros corrientes de la nación asignándoles un presupuesto para que inviertan en las necesidades propias bajo la administración del Cabildo.

	<b>ASIGNACION</b>			
	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>
<b>MALES</b>	611.258.575	660.159.261	716.272.798	777.155.986

FUENTE: Documento CONPES SOCIAL 2004.

---

<sup>68</sup> Plan de desarrollo 2004 -2007 Municipio de Córdoba.

## **6. LA JURISDICCION EN EL RESGUARDO DE MALES.**

En el Presente capitulo se tratara de aclarar algunos puntos en lo relacionado a la comunidad de males, su conformación y la búsqueda de la consolidación de su derecho consuetudinario frente al Estado.

A través de la historia, la comunidad de Males pese a ser una de las más representativas del departamento no ha desarrollado su atribución constitucional de administrar justicia con apego a su propia normatividad, pese a esto en el momento actual se une la comunidad con el fin de hacer valer su “derecho propio” y se desarrolla la búsqueda de un consenso que permita a sus autoridades y obedeciendo a su propia forma de ver el mundo el volver efectivo lo que dispuso la Constitución de 1991 en su artículo 246.

Las dificultades como es lógico se presentan y la mayor de ellas de frente al reconocimiento Estatal será la fijación del censo poblacional, pues surge aquí la discusión entre las autoridades del Cabildo sobre la condición de un grupo de familias que conforman el resguardo y son catalogadas como familias campesinas, mismas que las autoridades del Cabildo consideran como indígenas pues estiman que con el paso del tiempo se han ido adaptando a sus usos, costumbres y tradiciones lo cual los hace parte de la comunidad.

### **6.1 LAS AUTORIDADES COMPETENTES.**

El resguardo de Males es administrado mediante la institución del Cabildo el cual obedeciendo a lo dispuesto por la ley 89 de 1890 se elige para periodos de un año que se empiezan a contar a partir del 1 de enero.

El cabildo cuenta entre sus miembros con la máxima autoridad como lo es el Gobernador, además de otras autoridades cada una con sus respectivos suplentes así:

Gobernador.	Gobernador suplente.
Regidor primero.	Regidor primero suplente.
Regidor segundo.	Regidor tercero suplente.
Regidor tercero.	Regidor tercero suplente.
Alcalde ordinario primero.	Alcalde ordinario primero suplente.
Alcalde ordinario segundo.	Alcalde ordinario segundo suplente

## **6.2 LA INSTITUCION DEL CABILDO.**

Se trata de una institución de origen colonial de orden político administrativo, cuyo fin es velar por el Resguardo, hacer las adjudicaciones de parcelas, hacer las segregaciones, ejercer el gobierno económico, cuidar títulos y documentos del resguardo, impedir la negociación de la tierra, rendir cuentas al final de su periodo, representación legal ante las instituciones estatales, resolver conflictos internos y administrar justicia dentro de sus territorios.

## **6.3 LOS USOS Y COSTUMBRES**

Existen símbolos correspondientes al reconocimiento e identificación con valor cultural, los símbolos de justicia que respaldan a las autoridades de este lugar y se conservan como tradición son los siguientes: Las sagradas varas de justicia, la bandera y el escudo que se encuentra en el centro de éstas.

Las varas de la justicia son seis y tienen longitudes diferentes así: de 64 centímetros para el uso exclusivo del señor gobernador y sesenta centímetros para los alcaldes y regidores; sin embargo, todas coinciden porque tienen cuatro anillos de tres centímetros de longitud y finaliza en una punta o pío que tiene el mismo material de los anillos con significado preciso de sus partes.

- El primero hace alusión de los Pastos.
- El segundo representa la ley y la justicia.
- El tercero rectitud y vida.
- El cuarto fuerza y poder de la madre tierra.
  
- El color café de la vara significa la tierra labrada por los indígenas de Males.
  
- El crucifijo indica el respeto a Dios Supremo.
  
- El escudo de Colombia se encuentra bajo el segundo anillo, símbolo de patriotismo. La bandera y el escudo son símbolos que fueron adoptados el 11 de junio de 1988 bajo el acuerdo No. 023 para ser izados y utilizados en los diferentes actos culturales representativos de la comunidad, en ella y fuera de ella.

La bandera está compuesta de cuatro colores como son el negro, rojo, azul y verde; en el centro está en círculos concéntricos el escudo. La interpretación de estos colores es la siguiente: El rojo significa la sangre indígena, grito de libertad de la raza, que se derramó en las invasiones Incas y Españolas para sobrevivir, como también el honor del santo patrono San Bartolomé; el negro significa la madre tierra defendida con sacrificios ante la usurpación de los españoles y mestizos; el azul significa el cielo y el petróleo que se encuentra en el Valle del Guamuez; el color verde representa la fertilidad de los campos con sus sementeras y así mismo la dulce esperanza en los gobiernos nacionales, que

dicten y ejecuten leyes sociales en bien de los resguardos indígenas.

### **6.3.1 Distribución de la tierra**

la adjudicación de las tierras de los indígenas de la parcialidad se rige mediante los siguientes requisitos:

- Se presenta la noticia de un lote disponible, para aspirar a su adjudicación el aspirante debe pertenecer al grupo indígena;
- El inscrito debe aparecer en el libro del Cabildo, prestando sus servicios a la comunidad, para lo cual el interesado debe diligenciar una solicitud.

El postulante no debe poseer tierras de cabildo, si se demuestra este hecho se pierde el derecho a su adjudicación, una vez cumplida la formalidad son analizados los documentos por el Cabildo de Males, luego enviados a la Alcaldía para dar una aprobación a la comunidad indígena, de esta manera el solicitante estará incluido para posesionarse de su territorio;

El ritual de posesión se realiza en presencia de todos los miembros de la honorable corporación del Cabildo de Males, el solicitante y su cónyuge, a parte de otros familiares o amigos que quieran acompañar, quien recibe promete no arrendar, hipotecar, ni vender a entidades particulares su propiedad.

El gobernador da por abierta el “acta” y a partir de ese momento todos los presentes deben mostrar mucho respeto, no pueden reírse, ni hablar, ni hacer actos de desorden porque serán castigados, al final del acta se procede disciplinariamente generalmente azotando a los infractores.

La ceremonia de entrega da inicio con estas palabras: “En nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley os doy posesión real, formal y material de estas tierras”. Como señal de que va cumplir y como acto de aceptación del dueño de la propiedad, éste toma un puñado de tierra y lo tira hacia arriba y hacia atrás arrodillado. El gobernador ordena al alguacil dar tres azotes como muestra de respeto a la autoridad y a la vez recuerda la manera como castigaban los caiques a quienes vendían las tierras. Para finalizar se besa la insignia o vara que porta el gobernador, en nombre de la ley se cierra la cesión rezando la oración: “Bendito y alabado sea el Señor Santísimo Sacramento del Altar” buenos días señores (o buenas noches). Después los miembros de la corporación del Resguardo van a la casa del nuevo propietario quien los ha invitado con anterioridad para agradecer y brindar comida y bebida a todos los asistentes.

**6.3.2 El proyecto del Derecho propio.** Las autoridades tradicionalmente se han ocupado de brindar soluciones a conflictos entre familias, primordialmente por problemas de tierras, estos problemas son resueltos por el cabildo mediante su máxima autoridad como lo es el gobernador, mas cuando surgen conflictos de

jurisdicción con las autoridades del orden nacional se han encontrado con un problema por falta de una reglamentación interna que castigue y sancione las conductas desarrolladas dentro de su territorio, por tal motivo han sido cuestionados por autoridades como fiscales y jueces cuando se presentan asuntos que involucran a miembros de la comunidad y no se conoce la normatividad ni las sanciones que se impondrán, esto ha creado la necesidad de lograr un conjunto de reglamentaciones que tendrán como fin definir que se hará con los infractores del “derecho propio”.

La comunidad de este resguardo se encuentra en un proceso de “positivación” de su propia normatividad que consiste en sesiones abiertas bajo el acompañamiento del abogado indigenista Luis Felipe Florez en donde la comunidad participa activamente exponiendo sus apreciaciones acerca de cómo ha de hacerse esta normatividad que denominan el “derecho propio”, teniendo un tiempo programado de trabajos y sesiones en distintas zonas del resguardo que estiman tomara aproximadamente un año, después del cual se llamara a una gran sesión en la que la comunidad aprobara la implementación de sus estatutos.

#### **6.4 ENTRE VISTA CON EL GOBERNADOR DEL CABILDO DE MALES.**

La presente entrevista fue hecha al señor Gobernador del Resguardo de Males Wilson Chapuel Perenguez el día Jueves 30 de septiembre de 2004 y en ella se pregunta acerca de el desarrollo jurisdiccional y sobre otros aspectos importantes de la comunidad que darán una idea del estado de cosas en el seno de la misma.

- ¿Cuál es el origen de la comunidad y de que pueblo mayor provienen? :

*Nosotros, la comunidad de Males, según el historiador Sergio Elías Ortiz, en tiempo de la conquista, se dice que Males proviene y depende mucho de la gran familia de los Pastos; En la actualidad esta conformado por 22 resguardos. El territorio de los Pastos nació desde la parte del río chota, a las cercanías del río Guaitara, con limites de lo que hoy se le conoce como el pedregal; Toda esa parte perteneció al pueblo de los pastos, de ahí se forman los asentamientos de las comunidades indígenas, como aquí alrededor se hicieron los Males, Tiscual, Canchala y los Mueses; de aquí de Potosí lo que a un futuro se hicieron a esta familia de todos los Pastos.*

- ¿La constitución del resguardo que usted preside, señor gobernador, de que año data y cual es la trayectoria? :

*Nosotros, nos arraigamos a un titulo denominado titulo 509 de 1779, del trece de enero, donde se lo cataloga como él titulo ancestral de la reivindicación del territorio indígena de Males, donde según se redacta en la historia, a este territorio llegaron otros indígenas del norte que se fueron aprovechando de las tierras y*

estos fueron cediéndoles a familias extrañas; Por eso hoy en día en nuestro territorio existen familias no indígenas, que hoy se las conoce como familias campesinas o mestizas, pero que de igual forma ya se han ido adaptando a nuestros usos y costumbres y tradiciones dentro del conocimiento y pensamiento indígena. Ese título 509 abarca lo que hoy se conoce como el resguardo de Mueses, abarca lo que hoy se conoce como la parte de Puerres, abarca lo que se conoce, "como lo que hoy" la parte de acá de Sanjuán e incluso redacta el título que abarca todo lo que es la parte de Tulcán; Entonces el territorio de Males es un territorio inmenso, o sea según lo que nos explicaban los antropólogos, el territorio de males era como ser la tercer parte de todo el territorio de los Pastos, por eso encontramos Cuaranés en puerres, en Potosí, Mueses, encontramos Canchallas, Guarán, Gualles, Chapueles, encontramos inclusive hasta en Tulcán, hasta la parte del mismo Ecuador, por esa comisión de que el territorio fue muy amplio el título 509 se abarco de eso y relata de eso a la cabeza de Francisca Chapuel, quien con su esposo Raimundo Chapuel, enfrentaron la lucha sobretodo se habla de un indígena desconocido; Guasmayan; que fue derrotado, fue sacado del territorio por aprovecharse de los territorios indígenas; pues hoy el apellido Guasmayan no es conocido en nuestro territorio, ni en los pastos, el fue sacado de todo el territorio.

- ¿Ustedes en su jurisdicción, en su territorio, sancionan conductas o por ejemplo cuando hay conflictos entre miembros de la comunidad, ellos acuden al gobernador del cabildo para la solución de los problemas? :

En este particular, según la ley 89 de 1890, se hizo un dictamen, para que los cabildos ejercieran una jurisdicción, que no fue tanto agradable para los indígenas, pero en algo por lo menos se cobijaron territorios y familia; allí habla muchas partes de cómo van a ser sancionadas las familias que incurran en no cumplimiento de las funciones que se le han otorgado, de igual forma la parte de tierras, como debe ser respetado el territorio de un vecino, con el otro vecino y distintas formalidades; Igual forma, por la ley 89, aun nosotros en lo que es la entrega de tierras, se le otorga mediante la misma ley 89 al indígena y por lo tanto el, (nosotros), seguimos con esta parte donde hay el conflicto de tierras, la máxima autoridad para resolver estos problemas, es el cabildo, ellos ya han entendido, yo soy una de las personas, de los gobernadores que les a hecho entender. Por que mas adelante hasta el año pasado, se acudía al juez, al inspector de policía o la personera, cosa pues contraria, por que, eso no tiene que darse, por que ellos si están dentro del municipio, pero mas no deben que estar ligados al territorio indígena, por que el territorio indígena siempre lo tiene que estar, digamos, en esa visión otorgada que la máxima autoridad otorgada es el cabildo, y así de igual forma las familias indígenas que tienen conflictos de familias, cualquier conflicto incluso pues ya con el 246 de la misma Constitución política de Colombia, hemos podido sacar a algunos indígenas de la cárcel, por eso como haya sido el delito será sancionado, por eso todavía no he sancionado la parte del los reclusos, y también las Familias vienen mucho y nos toca

*intervenir; el problema mas grande dentro de las comunidades indígenas es por territorio; Por territorio hay desunión de familias, hay hasta muertes, masacres, entonces eso hay; pero siempre el Cabildo, hemos podido llevar esto adelante y hoy por hoy pues se hace entender, pero pues como se dice, a veces hasta por un cuarto de tierras, son unos líos tenaces con nuestras comunidades*

- *¿La comunidad tiene programado para los días 8 y 9 la reglamentación de las sanciones? :*

*Si, en este particular, pues nosotros gracias a la asesoría, al acompañamiento, no es que tampoco nos venga a decir como son el doctor Luis Felipe flores, sino que es un acompañamiento, por que tenemos que tener un acompañamiento jurídico, como de pronto vamos a chocar el 246, con un tipo de sanción de la justicia ordinaria que nosotros no la conocemos, por decir algo, o como podemos ejercer el cumplimiento de la ley 48 sobre la exoneración, con lo que es la parte de los militares, que también maneja la ley 48, el literal d que nos favorece la exoneración, o como también vamos a chocar la parte de salud, con las comunidades indígenas, por ejemplo, ellos hablan mucho de la ley 100, lo de la reforma de la ley 21, nosotros también tenemos que mirar como va a ser lo de la medicina tradicional, como queremos que sea nuestra salud, de nuestras comunidades indígenas, la misma parte de la educación propia, de nuestra etno educación, como hablan ellos de la misma ley 21 o la ley 715, nosotros como de pronto hablamos del decreto 1148-804, de como queremos que sea la educación de nuestras comunidades indígenas; Ó sea todo esto va a estar dentro del derecho interno; ¿Por qué? Por que espreciado, toquemos un poquito de educación, nosotros queremos con nuestros niños o nuestros guaguas, reciban una educación digamos de la parte de nuestra identidad, por ejemplo, ¿qué significan nuestras varas de justicia?, ¿Cómo nació la ley 89?, ¿Por que nació?, ¿Cómo nació los movimientos indígenas?, ¿Por que somos indígenas?, ¿Por que nos diferenciamos de los grupos campesinos?, ¿Por que los indígenas tenemos unos derechos especiales?, si es por que nos creemos mas, o es por que nos creen menos, entonces todas esas cositas se le va inculcando al niño, para que vaya teniendo una formación. También en lo que es la parte indígena. Por que hoy por hoy, con todo el respeto, todo mundo queremos ser indígenas, pero sin la visión clara de que es ser indígena, en esa parte no compaginamos con mucha gente, por que dice yo soy indígena; Mire, muchos llegan a mí despachó y me piden constancias, pero a veces no se las merecen por que nunca han estado en un proceso indígena, en una lucha, simplemente son de momento, cuando necesitan se creen del cabildo y otros, ¡peor!, envés de estar del lado del cabildo, están en contra del cabildo, a veces, esa comisión hay que tenerla en claro y mirar para que en realidad nos sirve esa parte y por eso, como decía, la educación es para eso, es para ir formando a los muchachos, a los jóvenes, formando lideres indígenas, que tengan una convicción, una visión clara de lo que es el sentir, el pensar y el actuar como indígenas, que digamos referente a eso, el día de mañana tengamos buenos representantes, buenos lideres indígenas, de que sea*

*en ves de desunirnos, estemos unidos y apoyemos a nuestras autoridades y así fortalecer nuestro territorio, fortalecer nuestra educación propia, nuestra salud propia y aprovechar nuestros recursos, que el Estado nos brinda, para tener una mejor calidad de vida, por que de lo contrario, pues si seguimos como estamos; Ustedes miran el conflicto de Ipiales, el conflicto de Tuquerres, como estuvieron en el conflicto de allá de María, el conflicto de aquí de Yaramal, esos conflictos a que nos traen, a darle papaya al gobierno, que el gobierno digan miren los indígenas, allá desunidos y son poquitos y todavía se desunen por unos tres pesos que les damos, dice el gobierno, ¡les damos, dice el gobierno! ni siquiera dicen, estos son recursos que por derecho propio les competen; si no dicen les damos, como si sacaran del bolsillo y nos dieran, “tomen les damos a ustedes, imagínese eso”, el gobierno lo mira y dice miren como esta desunidos los pastos, ahorita por el problema de Ipiales mas que todo, los Pastos están desunidos dicen, pues ahorita cualquier certificación, el doctor Jesús Ramírez Cano, como director de etnias de Colombia; Incluso yo tenia un problema para la parte de exoneración militar, pues tenia para 300 jóvenes, un ejemplo, y el doctor Jesús Ramírez, me envió para 60, argumentándome en el oficio, que los otro 240 no estaban censados, radicados, el estaba dando los puntajes con el censo del 2000, ósea estaba desactualizado, es imposible. ¡Por que decía!, mire, yo le preguntaba al doctor Jesús Ramírez Cano; yo fui a Bogotá, le dije mire, lo bonito es conocer el territorio, conocer Colombia, pero yo miro, doctor Jesús Ramírez Cano, que usted de pronto, conoce la parte norte de Colombia, según lo miro en su físico y su forma de hablar, por que yo no creo que conozca la parte sur, ¡me parece!. no dijo, por que nosotros trabajamos con otras etnias, si yo se que han trabajado con otras etnias, pero mire usted, a mirado que en Colombia, sale todos los días una noticia de lo que es la violencia y obviamente, Nariño limita con el Putumayo y nosotros quedamos muy cerquita, nosotros limitamos con el Putumayo, nuestro resguardo limita con el Putumayo, le dije y la gente la mayoría de nuestra gente salió al Putumayo a buscar una mejor manera de vida, por que en los tiempos de mas adelante, Allá, pues con toda honestidad había trabajo y había plata, nuestro resguardo, en nuestro pueblo no había y la gente salía en cantidades, salían cada 8 días salían 4, 5 buses de gente y se iban y cuantos regresaban 1 o 2, pero la mayoría de los buses regresaba cargado de bultos de naranja, de plátano, pero de gente, ya no regresa casi nadie, le decía yo, o sale la gente, pero ya al momento de haber violencia, cuando entro el ejercito, a sacar los grupos subversivos, las mismas AUC, la misma guerrilla, se dieron plomo; allá la gente salió y hoy por hoy tenemos toda esa gente en Córdoba de regreso. En mi resguardo, tengo todo ese mundo de gente, una parte como desplazada, pero ante todo ellos son indígenas, por que aquí tienen sus familias, tienen su territorios y hoy digamos, territorio que tenia un compañero indígena, ahora es minifundio y ahora se esta mas minifundiando, por que la familia se esta agrandando, mas como vienen mas desplazados, se están haciendo ahí. En una casa, le ponía un ejemplo al doctor Jesús Ramírez, una casa si usted mira con ese censó, un núcleo familiar, digamos, una casa viven 4, 5 grupos familiares, le decía, viven los abuelos, el papá y la mama, los hijos, las nueras los yernos, viven en una sola casa y mas encima todo ese mundo de niños*

*y ellos tiene el derecho a ser censados, por que se los va a desconocer, por que son vulnerables, por que son indígenas y son pobres, tienen derecho a ser censados, pues ahí quedamos en ese alegato, pero parece que no es mi problema nomás, por eso son los demás resguardos que según el señor Jesús Ramírez Cano, dice que eso no es para..... de por que es imposible, por que a la verdad, se a estado manejando solo con 6000 dicen, que en Córdoba somos el 95% de comunidad indígena, pero cuando lo dicen eso, cuando son elecciones populares, ahí si se acuerdan que somos ese 95% de comunidad indígena, pero la realidad es otra, solo están radicados 6500 indígenas en el ministerio del interior, ¡como les parece! a sabiendas de que en el municipio somos 16000 o 18000 cordobeses, si no estoy mal y en el ministerio solo están 6500 indígenas, si nosotros lo racionamos somos obviamente la 3 parte menos de la mitad, seríamos nosotros según el ministerio del interior. Aquí habemos mas de la mitad son campesinos y mestizos y habemos pocos indígenas, según el ministerio, pero según nosotros el 95% somos comunidad indígena, yo me atrevería a decir que somos el 100% por que en realidad cual mas cual menos, nos hemos adaptado a usos y costumbres, nos estamos adaptando a lo que es ya la autoridad tradicional, como es el cabildo, ya participamos en formas de elección, ya participamos en cualquier evento, entonces nos estamos educando en el pensamiento indígena, a nosotros los indígenas nos interesa traer mas indígenas, eso si en esa parte, pues eso seria claro y lo otro pues también, de que como le digo pues, en mayo del 2005 se va hacer el censo del Dane, para el sector urbano es un día y para el sector rural son 2 meses y ahí es cuando le vamos a otorgar al gobierno, le vamos a decir mire cuantos indígenas somos, el gobierno nos ponía una dificultad para este censo, era de que solo tenían que censarse los que tenían tierras de cabildo y nosotros le dijimos que no, por que nosotros hablamos de un titulo general, del titulo por donde están los linderos, incluso le decíamos nosotros los indígenas no tenemos limites, nuestra visión indígena, no debe tener digamos, el resguardo de males limita al norte con Puerres por ejemplo, para nosotros el territorio no debe limitar, pero según lo que es ya la estadística del ministerio de hacienda, toca enviar un mapa, donde esta ubicado el resguardo, sus limites sus parcialidades y miramos cuantas parcialidades hay, diferente a eso ya el ministerio de hacienda hace el estudio pertinente para mirar y ubicar y pues también el gobierno lo que busca es para lo de las ETIS, como va hacer lo de las ETIS, entonces nosotros miramos las ETIS como van a ser y nosotros los gobernadores hemos dado unos planteamientos; yo estuve por Guambía, por Cajibion, rió paila, se han hecho unas reuniones grandes, para dar nuestros puntos de vista y mirar como vamos a conformar nuestras comunidades indígenas, pues como le digo una cosa es lo que decimos aquí, planteamos aquí y otra cosa es lo que el gobierno nos quiere plantear. Entonces para eso tenemos que tener una visión clara de que es, lo que queremos con el gobierno, imagínese que Hablando del reglamento interno por ejemplo, el señor director de la cárcel civil de Ipiales nos dice, ¡bueno gobernadores nosotros lo vamos a soltar! “dicen los fiscales” todos lo vamos a soltar, pero miren un ejemplo, dicen, el es un violador y violo a una niña de 5 años, dice, para nosotros nos da en jurisdicción ordinaria de 15 a 20 años, decían ellos y*

*ustedes cuantos años de cárcel le van a dar, como lo van a castigar, como lo van a sancionar; entonces para eso tenemos que reunirnos en comunidad, reunirnos con las autoridades tradicionales del cabildo y mirar como será castigado ese indígena por haber cometido ese delito, si le vamos a dar los mismos 18 años de cárcel o calabozo o si le vamos a dar trabajos comunitarias o si le vamos a dar cepo o le vamos a dar Fuede o si le vamos a poner una multa o si lo vamos a cohibir de la libertad, que no salga de todo el resguardo; Bueno todas esas cositas ya las miramos en comunidad, o si va apagar una multa o no se, todo eso ya dice la comunidad la forma de sanción, por que las autoridades digamos ordinarias ya tienen todos sus estatutos judiciales, tienen la manera de hacer esto y esto y nosotros no, pues apenas estamos creando, pero de igual forma tenemos el 246 y eso nos otorga para ejercer justicias jurisdiccionales dentro de nuestro ámbito de autoridad, por eso se ejerce la cuestión política y ahí si, pues como se dice, el gobierno nos tiene que respetar esa parte.*

- bueno gracias.

## **7. CONCLUSIONES.**

La jurisdicción indígena a pesar de la falta de promulgación de la ley estatutaria que la reglamente goza de plena validez y en cierto modo adquiere cada vez mas vigor dentro del ordenamiento jurídico nacional por lo tanto se puede afirmar que su desarrollo va de la mano con la existencia de los pueblos indígenas que habitan en el territorio.

La competencia jurisdiccional de las autoridades indígenas no esta limitada por la materia, por lo cual sus autoridades pueden conocer de todo tipo de conflictos, guiándose eso si para determinar que asuntos conocerán o no en elementos brindados por la propia jurisprudencia como el fuero personal o territorial, pero en ningún caso atendiendo a consideraciones como la materia que se va a conocer.

El desarrollo de las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas depende del grado de autonomía y organización que manejen los pueblos involucrados pues esta les es reconocida por la Constitución, pero en sus manos esta el ejercitarla, los pueblos disponen de esta herramienta para la conservación de su identidad étnica y cultural mas su desarrollo esta en su propia cabeza ya que de lograr los mismos unificar conceptos, se lograra mas reconocimiento de su autonomía.

Las sanciones impuestas por la jurisdicción indígena no deberán ser similares a las que impone la jurisdicción ordinaria pues en este caso se reconoce la diversidad e integridad cultural de las comunidades que esta ampliamente vinculada con las necesidades de preservación que estas mismas tienen, y no es de recibo el obligar a que se sancionen de igual forma las conductas a como lo hace la jurisdicción ordinaria, eso si existen limites para la capacidad sancionatoria de las autoridades indígenas tales como los derechos humanos y la dignidad humana, pero si se actúa dentro de estos marcos no es dable exigir unanimidad entre unas y otras formas de sanción.

Si bien la falta de promulgación de la ley estatutaria de la jurisdicción indígena trae inconvenientes al momento de su aplicación también se puede afirmar que su expedición no terminara con los debates que se puedan suscitar, pues los pueblos indígenas del país son muy diversos y por ende sus cosmovisiones, por tanto no se puede puntualizar en torno a situaciones tan diversas, tal como lo recomienda el mismo juez constitucional seguirá siendo el estudio jurisdiccional del asunto la mejor garantía de un adecuado desarrollo de los postulados constitucionales.

Por ultimo se puede afirmar de los 80 grupos étnicos que existen en el país que sus costumbres son variadas y algunas antagónicas, de tal manera que no es posible reducir la riqueza y diversidad en un solo cuerpo legal, de modo que el papel de una ley sobre la materia debe ser muy modesto; el de enmarcar tan solo los principios, limites y órganos que ejecutaran el contenido de dicha ley.

## **8. RECOMENDACIONES.**

Al ser una realidad la progresiva aculturación de gran parte de las comunidades indígenas promovida en su época por el mismo Estado con leyes como la 89 de 1890 se observan comunidades que ya no poseen sus rasgos particulares y en las que tampoco se puede hablar de que se rijan por su propio derecho consuetudinario, pero que pese a esto, de igual manera buscan recrear sus normas de convivencia y positivizarlas, tal como la constituyente Embera o el derecho propio del resguardo de Males, si se tiene en cuenta estas realidades y siendo uno de los objetivos de la Constitución del 91 la protección a la diversidad étnica y cultural, no solo se podría contemplar que esto se logra protegiendo a comunidades con un amplio conservacionismo de su cultura, sino también ayudando a las que progresivamente la han ido perdiendo para que la recuperen.

La capacidad de las comunidades indígenas para desarrollar sus propias facultades jurisdiccionales ha devenido en trabajos de positivación de su propio derecho con el objetivo de que las autoridades del orden nacional identifiquen la normatividad con la que se enfrentan, lo cual a contrario de lograr un respeto por la jurisdicción y costumbres de las comunidades indígenas, lo que hace es imponer una dinámica de creación del derecho distinta a la tradicional en las comunidades, así al verse enfrentado este hecho a su desarrollo tradicional resulta en una mayor pérdida de su particularidad.

Las autoridades del orden nacional no deben esperar para reconocer en caso de un conflicto con la jurisdicción de las comunidades indígenas chocar con un ordenamiento jurídico codificado y explicado al estilo del derecho nacional no indígena, requieren estos eventos un estudio del caso particular obedeciendo a normatividad y pautas jurisprudenciales ya dadas, que de igual manera y no solo mediante un trabajo de comparación darán una idea de el ordenamiento jurídico del grupo indígena involucrado.

Siendo una realidad jurídica la existencia de un sistema de derecho consuetudinario en el ordenamiento jurídico colombiano al reconocerse expresamente en el artículo 246 de la Constitución Nacional, se debe ahondar en las facultades de derecho el estudio de este sistema y sus implicaciones, ya que los futuros abogados se encontraran ante esta situación en el desarrollo de su actividad profesional.

## BIBLIOGRAFIA

ARGOTY CUARAN, Patricia del Socorro y LOPEZ ERASO, Jesús Antonio. Caracterización físico-biótica del esquema de ordenamiento territorial del municipio de Córdoba departamento de Nariño. San Juan de Pasto, 2003, 184 p. Trabajo de grado ingeniería agroforestal. Universidad de Nariño. Facultad de ingeniería agroforestal.

ASTAIZA, Duvadier, Texto Ilustrado de los Rostros Indígenas de Nariño: Gobernación de Nariño. 259p.

CAICEDO, Luis Javier, Derechos y Deberes de los Pueblos Indígenas: TEMIS. 345p.

GROS, Christian, Colombia Indígena Identidad Culturas y Cambio Social: CEREC. 234 p.

HENAO HIDRON, Mario, Panorama del derecho constitucional Colombiano: TEMIS, 765p.

HOLGUIN SARRIA, Armando, Los indígenas en la Constitución Colombiana: Selene impresores. 456p.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces: EDICIONES UNIANDES. 220p.

MALO GARIZABAL, Mario Madrid, Estudios sobre derechos fundamentales: Defensoría del pueblo. 487p.

OROZCO HENRIQUEZ, José de Jesús, El Derecho Constitucional Consuetudinario: UNAM. 412p.

RAZ, Joseph, La Autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, traducción, Tamayo y Salmoran Rolando: UNAM. 408p.

URIBE BOTERO, Angela, El caso U`wa: Entre el vuelo de las tijeretas y la forma de la ley: EDICIONES ROSARISTAS. 36p.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Derecho Penal Parte General: TEMIS. 1010p.

YOUNES MORENO, Diego, Derecho Constitucional Colombiano: Escuela Superior de Administracion Publica. 411p.



