

# La jurisdicción penal y el fuero indígenas en Colombia: su vigencia material como consecuencia del conflicto político armado y de los límites impuestos por los derechos humanos\*

Hernando León Londoño Berrío\*\*

*“Vivimos porque peleamos contra el poder invasor y seguiremos peleando mientras no se apague el sol”*

Himno del Pueblo Nasa

## Resumen

Desde un enfoque sociojurídico, este artículo se propone analizar la vigencia material que la jurisdicción penal y el fuero indígenas tienen actualmente en Colombia. Para lograr este objetivo, se describen, contextualizan y analizan las repercusiones que en ellos tienen, de un lado, el conflicto político armado y, del otro, los límites constitucionalmente impuestos por los derechos humanos a los sistemas jurídicos indígenas, especialmente cuando estos regulan “delitos”, procesos y sanciones de naturaleza penal. En este último asunto, se esboza como respuesta legítima, el diálogo intercultural entre los pueblos que configuran nuestra nación, el cual debe caracterizarse por el mutuo respeto, la horizontalidad de todos los participantes y la proscripción de cualquier vestigio de imperialismo cultural y epistémico.

---

\* Este ensayo, es una versión ampliada y actualizada de otro publicado con el título “El fuero y la jurisdicción penal especial indígenas en Colombia”, en HURTADO POZO (director), José, *Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, Lima, Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo – Suiza, 2007, pp. 153- 210.

\*\* Profesor de Criminología y de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia. Doctorando en Derechos Humanos y Desarrollo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

## Abstract

From a socio-legal approach, this article sets out to analyze the material validity that the penal jurisdiction and indigenous jurisdiction law have at the moment in Colombia. In order to achieve this objective, the text describes, contextualizes and analyzes the repercussions that in them they have, of a side, the armed political conflict and, of the other, the limits constitutionally imposed by the human rights to the indigenous legal systems, especially when these regulate "crimes", processes and sanctions of penal relevance. In this last subject, it is outlined like legitimate answer, the intercultural dialogue between the towns that form our nation, which must be characterized by the mutual respect, the equality of all the participants and the outlawing of any vestige of cultural and epistemic imperialism.

## Palabras Clave

Identidad indígena; derechos de los pueblos indígenas; fuero y jurisdicción penal indígena; conflicto político armado; derechos humanos; diálogo intercultural.

## Key words

Indigenous identity; rights of indigenous peoples; indigenous criminal jurisdiction; armed political conflict; human rights; intercultural dialogue.

## Sumario

Introducción; I. La organización y la movilización de comunidades en términos de identidad étnica en Colombia; 1. El debate teórico sobre la identidad indígena; II. El conflicto político armado y su repercusión en la vigencia material de los derechos de los pueblos indígenas; III. El fuero y la jurisdicción indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; 1. Elementos y requisitos para el reconocimiento del fuero y la jurisdicción indígenas; 2. Observaciones críticas a la tesis de la Corte Constitucional; IV. Los límites materiales a la jurisdicción indígena; 1. Normas jurídicas que regulan el conflicto; 2. Referentes teóricos que han guiado la solución; 3. Conflictos concretos entre los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas con los derechos humanos; 4. Análisis de los límites materiales impuestos por la Corte Constitucional a la jurisdicción indígena; V. Conclusiones.

## Introducción

Este ensayo tiene como propósito describir y analizar las vicisitudes por las que han atravesado el fuero y la jurisdicción especial indígenas, particularmente a partir de su reconocimiento por la Constitución Colombiana de 1991. Para cumplir este cometido, se comienza con las razones que explican el protagonismo político ejercido por comunidades en términos de identidad étnica y su correlación con la emergencia

de nuevos derechos en los sistemas jurídicos internacionales y estatales, entre los cuales tienen un lugar destacado el fuero y la jurisdicción especial indígenas (parte I). Dado que, en el caso colombiano, dicho protagonismo tiene como escenario un prolongado conflicto político armado, se trata de dar elementos para comprender las repercusiones que éste tiene en la actualidad para la vigencia real de los derechos de las comunidades que reclaman una identidad indígena, en especial de aquellos que poseen una relación directa con la autonomía jurisdiccional de dichas comunidades (parte II). Posteriormente, se hace una lectura transversal de los fallos más importantes de la Corte Constitucional colombiana sobre el fuero y la jurisdicción especial indígenas, por ser esta corporación el escenario institucional previsto por la constitución de 1991 para decidir, con fuerza de cosa juzgada, los conflictos entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico estatal (parte III). Se continúa con el análisis de la jurisprudencia de la corporación citada, en relación con el conflicto entre los sistemas penales indígenas y los derechos humanos, por ser éstos el límite constitucional impuesto al contenido de aquellos (parte IV). Y, finalmente, las conclusiones (parte V).

## **I. La organización y la movilización de comunidades en términos de identidad étnica en Colombia**

En el último cuarto del siglo XX y comienzos del presente, el continente en su conjunto, y a ello no ha sido ajeno Colombia, registra la irrupción y/o el fortalecimiento de múltiples comunidades, organizaciones y redes articuladas alrededor del eje de la identidad indígena, con diversas reivindicaciones, cuya materialización ha demandado una amplia e intensa movilización, con repercusiones ostensibles en los órdenes nacional e internacional.

Ello motiva a interrogarse por las razones que pueden explicar la proliferación e intensidad de dichas movilizaciones, los términos de sus demandas, y por qué se hacen asumiendo o poniendo de presente una identidad colectiva en términos étnicos. Pero antes de encarar la solución a este problema, lo cual se hará en el numeral segundo de este acápite, es conveniente iniciar con otro problema, que guarda directa relación con aquel, esto es, qué cabe entender por “identidad indígena”, si es un concepto ontológico o, por el contrario, político, y quiénes son los actores investidos de poder para dar dicha definición.

### **1. El debate teórico sobre la identidad indígena**

En la discusión teórica sobre la identidad indígena, son dos los enfoques que, en términos dicotómicos, tratan de hallar la respuesta: el primero se define como “esencialista”, y afirma que la condición indígena es una realidad étnica objetiva, cristalizada con el devenir histórico, producto de la resistencia a los embates de la

colonización española y de los Estados Nación liberales que se consolidaron en América Latina en los siglos XIX y XX, consecuente con ello, la politización de las “identidades étnicas indígenas”, es concreción de un largo proceso histórico, el cual ha logrado madurar con el transcurso del tiempo. El otro enfoque, el “constructivista”, asume que la identidad indígena o la etnización de colectivos es una construcción social en el marco de relaciones de poder, definida socialmente y, por tanto, sujeta a cambios y transformaciones. En otras palabras, es el “[...] resultado contingente, interna y externamente contestable, uno entre los varios posibles, de la movilización política y sus estrategias organizativas y discursivas. Producto de un trabajo de filtración, selección e innovación a partir de la heterogénea materia prima étnica disponible en cada caso (cultura, lengua, tradiciones, mitos, símbolos, memorias), por parte de los intelectuales, líderes y organizaciones indigenistas”<sup>1</sup>. En conclusión, la identidad indígena es construida, producto de la organización y de la movilización.

Este último enfoque es hegemónico en los discursos contemporáneos de las ciencias sociales y, conforme a él, la identidad indígena, como cualquier otra identidad política, ostenta las siguientes condiciones<sup>2</sup>: (i) constituye un proceso, esto es, un fenómeno dinámico y contingente, producto de la interacción entre actores y estructuras que, obviamente, ostenta un anclaje social que limita las identificaciones posibles; (ii) dado que las identidades son, en principio, múltiples, la indígena concurre con otras posibles, y logra preeminencia o hegemonía o excluye las otras gracias a un complejo trabajo político de líderes, organizaciones y discursos; (iii) como toda identidad política, tiene un componente de estrategia y elección por parte de los individuos que guarda su correlación con la estructura de incentivos y con la percepción de la identificación que adopten los restantes miembros del grupo<sup>3</sup>; y (iv) una vez fijada, tiende a perpetuarse en el tiempo, con cambios lentos, gracias a que posee inercia propia.

La incorporación marginal y precaria al proyecto nacional de quienes hoy reclaman una identidad colectiva en términos étnicos ostenta rasgos comunes en América Latina, y Colombia no guarda diferencias ostensibles. Ésta se ha dado mediante una “institucionalización corporativista del Estado”, autoritario o liberal, por medio de sindicatos, organizaciones campesinas, cooperativas, confederaciones nacionales, reformas agrarias, gamonalismo, caciquismo o caudillismo. En estos escenarios el indígena ha sido identificado bien como “ciudadano” o bien como campesino y, en

---

1 MAÍZ, RAMÓN, “El indigenismo político en América Latina”, p. 131.

2 Ibid., pp. 131-132. Cf. también, CASTILLO, LUIS CARLOS y CAIRO CAROU, HERIBERTO, “Reinvención de la identidad étnica, nuevas territorialidades y redes globales: el Estado multiétnico y pluricultural en Colombia y Ecuador”, pp. 56-57.

3 Cf. CASTILLO, LUIS CARLOS y CAIRO CAROU, HERIBERTO, “Reinvención de la identidad étnica...”, *Op. cit.*, p. 57.

ambos casos, la característica común ha sido que se ha diluido la dimensión étnico-cultural de las comunidades, lo que de contera ha conllevado su invisibilidad.

La construcción identitaria desde el Estado de los indios como campesinos colonizará, incluso, los discursos, las prácticas y las políticas de la izquierda latino-americana, la cual verá en ellos a campesinos, integrantes de los explotados y potenciales protagonistas de la revolución<sup>4</sup>.

En conclusión, la identidad en términos étnicos, al igual que las nacionales, es una construcción histórica y política, la cual germina, se mantiene, se reproduce o cambia según las transformaciones que se producen en el contexto estatal o internacional en el que se insertan.

Luego de esta breve referencia a los enfoques teóricos sobre la naturaleza de la identidad indígena, corresponde encarar el problema político y jurídico relacionado con la autoridad o actor, investido de potestad, para hacer dicho reconocimiento respecto de un pueblo, una comunidad o persona que reivindica tener tal condición. Al respecto, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT–, regula de manera explícita tal situación, atribuyendo la competencia a las mismas comunidades<sup>5</sup>, lo cual es reiterado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, incluso de manera más clara y categórica<sup>6</sup>.

En Colombia, por ser el Convenio 169 de la OIT parte de su ordenamiento jurídico y, que sus disposiciones, reconocen derechos humanos que “prevalecen en el orden interno” y, además, son guía perentoria para interpretar los conflictos que se susciten sobre “derechos y deberes” (artículo 93 de la Constitución Política), podría afirmarse que jurídicamente no es posible controversia alguna respecto de la autonomía de las comunidades indígenas para definir su identidad<sup>7</sup>. No obstante esta certidumbre

---

4 Cf. BENGUA, J. *La emergencia indígena en América Latina*, p. 251; .GOULD, J. *El mito de la "Nicaragua Mestiza" y la resistencia indígena. 1880-1980*, 1998.

5 Ley 21 de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”, que en su artículo 1º, numeral 2, prescribe lo siguiente: “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”.

6 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, en su *artículo 33*, dice: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven”.

7 Aunque Colombia, representada por el gobierno de Alvaro Uribe Vélez, se abstuvo de aprobar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ello no es impedimento para aplicarla, de conformidad con lo estipulado en el artículo 94 de la Constitución,

jurídica, la potestad para el reconocimiento de la identidad étnica se la ha arrogado el poder ejecutivo del Estado — concretamente la Dirección general de asuntos étnicos del Ministerio del Interior y de Justicia—, cuyas decisiones relativas al reconocimiento o no de una identidad indígena, tienen como fundamento básicamente conceptos antropológicos, de funcionarios designados para tal efecto.

Dichos estudios de etnicidad como fundamente se señala<sup>8</sup>, han sido instrumentalizados por el Estado para negarle la condición de indígenas a comunidades que reclaman para sí dicha identidad, con lo que correlativamente les cercenan el derecho a tierras y territorios ocupados ancestralmente, lo cual es especialmente frecuente cuando en estos existen proyectos de exploración y explotación de recursos naturales. Esta ha sido una práctica institucional recurrente en nuestra historia, la cual documenta Eduardo Galeano, así:

“El gobernador, general Miguel Marino Torralvo, expide el certificado exigido por las empresas petroleras que operan en la costa de Colombia. *Los indios no existen*, certifica el gobernador, ante escribano y con testigos. Hace ya tres años que la ley número 1905/55, aprobada en Bogotá por el Congreso Nacional, estableció que los indios no existían en San Andrés de Sotavento y otras comunidades indias donde habían brotado súbitos chorros de petróleo. Ahora el gobernador no hace más que confirmar la ley. Si los indios existieran, serían ilegales. Por eso han sido enviados al cementerio o al destierro”<sup>9</sup>.

## 2. Factores explicativos del salto cualitativo de las movilizaciones en términos de identidad indigenista

RAMÓN MAIZ<sup>10</sup> clasifica en tres los factores o incentivos que contribuyen a explicar el salto cualitativo de las movilizaciones en términos de identidad indigenista o neoindigenista en el último cuarto de siglo en América Latina: (a) una favorable oportunidad política, tanto nacional como internacional; (b) una exitosa organización política a partir de redes organizativas previas y un eficiente repertorio de protesta; y (c) un discurso político identitario englobador de los problemas indígenas, delimitando sus protagonistas y sus antagonistas. Se procede a continuación a describir cada uno de estos factores, y a definir su validez para el caso colombiano.

---

porque no cabe duda que este derecho, regulado en la declaración, es “inherente a la persona humana”.

8 Cf. HOUGHTON, JUAN, “Estado del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en Colombia”, *Op.cit.*, pp. 196-197.

9 GALEANO, EDUARDO, *Memoria del Fuego (III). El siglo del viento*, p. 17.

10 MAIZ, RAMÓN, “El indigenismo político en América Latina”, *op.cit.*, p. 141.

### **a. Estructura de oportunidades políticas**

En los estudios sociales latinoamericanos hay consenso en que la existencia de una diferencia étnico cultural indígena, así como la presencia de la marginación, la discriminación, la explotación y la violencia ejercidas sobre bases étnicas, no conduce, necesariamente, al surgimiento del conflicto y la movilización en términos etnicistas. Su relevancia no se discute, pero requieren que además concurren factores exógenos generadores de inestabilidad en el equilibrio identitario tradicional (campesino) y la presencia de una “favorable estructura de oportunidad política”. Entre los componentes más relevantes que integran esta oportunidad, con capacidad de abrir espacios y motivar la acción colectiva sobre bases étnicas, cabe señalar los siguientes: una democratización de los sistemas políticos, las políticas de regulación étnica y el apoyo internacional.

Respecto de la apertura democrática de los sistemas políticos, hay consenso de que tiene capacidad para favorecer la movilización política, pero también, de que por sí sola, no explica que esta se produzca en términos étnicos. En América Latina, a la “oleada democratizadora” se le atribuye un papel relevante en la etnificación de la política por dos razones: la primera, el descenso de la represión permitió una mayor capacidad de expresión, organización, propaganda y proselitismo en zonas rurales para empresarios políticos y líderes indígenas; la segunda, la descentralización política, administrativa y financiera, especialmente en el ámbito municipal, generó nuevos escenarios políticos de competencia local en los cuales los líderes indigenistas se desenvuelven con ventaja relativa.

Otra hipótesis estaría representada por las políticas de corte neoliberal de los últimos 30 años, que afectaron los mecanismos de integración social de corte corporativista, como también los modelos de políticas campesinas y reforma agraria. En otras palabras, la movilización en términos indigenistas estuvo favorecida por la frustración de las comunidades campesinas del proyecto de reforma agraria de corte desarrollista y el desmantelamiento de las instituciones o formas organizativas de corte agrario tradicionales, a lo cual es posible sumarle la amenaza sobre la propiedad colectiva, tanto por los procesos de colonización como por la presencia del capital nacional y multinacional vinculados a la explotación de los bosques, las aguas, la biodiversidad, los recursos no renovables y al desarrollo de megaproyectos.

Para el caso colombiano, la Constitución de 1991, configura el marco institucional y normativo que, supuestamente, inaugura nuestra “apertura democrática”. No obstante es perentorio hacer claridad que, desde mucho antes las comunidades identificadas hoy como pueblos indígenas ya estaban organizadas y, la mayoría de ellas, habían logrado el reconocimiento de sus territorios en la forma de resguardos y gozaban de fundamento normativo para su tutela<sup>11</sup>. Asimismo, las organizaciones

---

11 El reconocimiento de los resguardos coloniales y cerca del 80% de la legalización de territorios a favor de los indígenas, se produjo antes de la constitución de 1991. Cf. HOUGHTON, Juan, “Estado

intermedias de mayor importancia ya estaban consolidadas —por ejemplo, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), El Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT)—, y las confederaciones de carácter nacional que representaban la mayoría de los pueblos o comunidades que se reclamaban con identidad étnica, —por ejemplo, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)<sup>12</sup> y la Autoridades Indígenas de Colombia (AICO)—, tenían tal fuerza y reconocimiento dentro de las mismas comunidades que se hizo posible que tuvieran representantes en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

De otro lado, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), que congrega en 1971 los resguardos del Departamento del Cauca, donde se concentra la mayor cantidad de población indígena del país, lo hace con una plataforma que reclama autonomía de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), cuando estaba próxima su escisión entre sus líneas Sincelejo y Armenia<sup>13</sup>. Además, se consolidó en un escenario caracterizado por la violencia, al punto que, para el año de 1978, 30 de sus miembros habían sido asesinados y, a mediados de 1980, ya registraba más de un centenar de muertos entre miembros del Comité Ejecutivo, gobernadores de cabildos y líderes de primera línea<sup>14</sup>.

Las anteriores indicaciones permiten postular que la apertura política no fue determinante de la organización indígena en Colombia, que ésta nació y se consolidó en condiciones de extrema represión y que, no obstante la adversidad, ello no fue óbice para que muchos pueblos indígenas materializaran uno de sus más caros derechos, sus territorios.

El segundo factor de la estructura de la oportunidad política está representado por las políticas de regulación étnica y el correlativo reconocimiento institucional de las comunidades indígenas. Uno de esos momentos, en el caso colombiano, lo representa la Constitución de 1991<sup>15</sup>, la que, entre otras cosas, les reconoció a las

---

del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en Colombia”, *Op. Cit.*, pp. 220-221; SÁNCHEZ, Enrique y ARANGO, Raúl, *Los pueblos indígenas de Colombia*, p. 19.

12 La ONIC fue creada en 1982. A su acto de fundación asistieron 200 delegaciones con representaciones indígenas provenientes de Brasil, México, Perú, Guatemala, Ecuador, Costa Rica y Panamá.

13 Varios puntos de la plataforma de lucha del CRIC, al igual que de la ANUC, giraban alrededor de la tierra, pero en la primera se reclamaba el reconocimiento de su titularidad colectiva, en forma de resguardo. Al lado, entonces, de la recuperación de la tierra de los resguardos, de su ampliación el no pago del terraje, el CRIC postuló demandas específicas de corte étnico como el fortalecimiento de los cabildos indígenas, la defensa de la lengua y las costumbres indígenas, y la educación bilingüe (Cf. CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL CAUCA (CRIC), *Diez años de lucha: historia y documentos*).

14 GROS, CHRISTIAN, *Colombia indígena: identidad cultural y cambio social*, p. 196.

15 Es importante registrar que el reconocimiento constitucional de las culturas y comunidades

comunidades indígenas plurales derechos<sup>16</sup>. Resulta pertinente entonces preguntarse por el contexto que hizo posible que teniendo los indígenas una representación directa tan minoritaria en la Asamblea Nacional Constituyente –ANC<sup>17</sup>, esta les hubiere reconocido tal catálogo de derechos. Sobre el particular, Daniel Bonilla<sup>18</sup> relaciona varias circunstancias que, por su plausibilidad, ameritan ser mencionadas: (i) un trabajo político serio y constante al interior de la ANC, por parte de las organizaciones indígenas, gracias al cual fue posible el apoyo recibido por sectores políticos progresistas; (ii) los sectores de la misma Asamblea que podrían mostrar reticencia, evidenciaron “desinterés e ignorancia” frente a los problemas relativos a la diversidad cultural, fuera de que no se representaron la importancia política ni los altos costos que el reconocimiento de los derechos de las minorías étnicas, podrían comportarle al *statu quo*; y, (iii) tal consagración le garantizaba al Estado colombiano, cierto grado de legitimidad, tanto en el orden internacional, como en el interno; en el primero, por aval del discurso multicultural entre instituciones internacionales y círculos académicos con reconocimiento y poder; y en el interno, porque grupos sociales con tradición de marginación, “[...] verían a un Estado efectivamente preocupado por sus necesidades y anhelos, un Estado que podía responder eficientemente a los mismos”<sup>19</sup>.

---

indígenas, es un fenómeno propio del constitucionalismo latinoamericano contemporáneo, tal es el caso de Guatemala (1985, 1998), Nicaragua (1987), Brasil (1988), México (1992-1994, 1995), Perú (1993), Ecuador (1998), Venezuela (2000) (Cf. Ramón Maíz, “El indigenismo...”, op.cit., p. 148).

16 Entre otros, los siguientes: la diversidad étnica y cultural de la sociedad, con la correlativa obligación del Estado a su reconocimiento y protección (Constitución Política, art. 7); la cooficialidad de las lenguas y dialectos indígenas y la enseñanza bilingüe que se imparta por las comunidades con tradición lingüística propia (C.P., art. 10); el derecho al territorio, con el reconocimiento del carácter colectivo de los títulos de propiedad y la condición inalienable, imprescriptible e inembargable de los resguardos indígenas (C.P., arts. 63, 286, 287, 329 y 330); el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los grupos étnicos (C.P., art. 68-5); el reconocimiento estatal a la igualdad de todas las culturas que conviven en el territorio Nacional, en tanto estas son fundamento principal de la nacionalidad (C.P., art. 70-2); el derecho a una jurisdicción especial propia y al fuero indígena, dentro de su ámbito territorial, con fundamento en sus propias normas y procedimientos, “[...] siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República” (C.P., art. 246), asunto desarrollado posteriormente por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 279 de 1996, art. 11).

17 En la ANC se le dio representación con voz y voto, a 2 representantes de las comunidades indígenas (Francisco Rojas Birry, un indígena embera, por la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC-; el taita Lorenzo Muelas, representante del pueblo Guambiano, por AICO)- y con voz, a un miembro del desmovilizado grupo insurgente indígena “Quintín Lame” (MAQL cuyo delegado ante la Asamblea Nacional Constituyente fue Alfonso Peña Chepe).

18 BONILLA MALDONADO, DANIEL, *La Constitución multicultural*. p. 29, nota 26.

19 Ibid.

La Constitución de 1991 obliga, entonces, a recontextualizar las relaciones del Estado con las comunidades indígenas al romper con la lógica monocultural del Estado-nación hegemónica durante el siglo XIX y la mayor parte del XX, y al crear una base jurídica y política que legitima la autonomía, el autogobierno territorial y la organización, la movilización y las demandas de las comunidades en términos étnicos<sup>20</sup>. La pregunta subsiguiente es si el reconocimiento constitucional de tal cúmulo de derechos y las demandas subsiguientes de las comunidades indígenas por su vigencia real y plena han encontrado eco institucional y social favoreciendo la integración y la convivencia, o si, por el contrario, han agudizado el conflicto con actores portadores de visiones e intereses divergentes que se han expresado en formas graves de violencia y opresión. A este interrogante se procurará dar respuesta en acápites posteriores, al menos respecto de los derechos que son objeto central del análisis en este ensayo.

Por último, el apoyo internacional ha sido otro elemento positivo de oportunidad política que ha facilitado el deslizamiento de la identidad campesina hacia la activación de identidades colectivas indígenas. Dentro de esta dimensión, es posible dar cuenta de diversos cambios que ocurrieron en el escenario internacional, como el de las mentalidades e ideologías y la reorientación de actores e instituciones internacionales, los cuales han representado una presión a los Estados monoétnicos nacionales de América Latina, lo cual incluye, obviamente, a Colombia.

Con respecto a las ideologías, es preciso anotar que el enfoque marxista ortodoxo, al considerar a los indígenas como parte de las clases rurales explotadas y, por lo tanto, integrables a la alianza de los oprimidos para confrontar la clase dominante y transformar las condiciones estructurales de explotación, no daba abrigo a demandas en términos de derechos étnicos y culturales. Con la crisis del comunismo, que condujo a una "crisis de la política en términos clasistas", se realiza un desplazamiento parcial de la articulación ideológica, la organización y la movilización social en términos de clase a una perspectiva de cultura, circunstancia propicia para la reformulación de nuevas identidades colectivas, en especial las étnicas. En este sentido CASTILLO y CAIRO CAROU, cuando afirman que:

---

20 Por estas razones, algunos la califican de un nuevo "pacto social". Cf. en este sentido: SAMPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS, "Aproximación a la problemática indígena en Colombia", en Año Europeo contra el racismo, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 11, Extraordinario, San Sebastián, 1997, quien afirma: "Con la expedición en 1991 de una Constitución política se inició una nueva era para los derechos de los grupos étnicos del país. Se reconoció a las comunidades indígenas el derecho a la existencia como comunidades distintas dentro de la unidad Nacional, su derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social". En igual sentido, la Corte Constitucional en la sentencia T-380 de 1993: "El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferente a los de la cultura occidental".

"[...] el "nuevo" lugar que ocupan los indígenas en Colombia [...] ha implicado un proceso de construcción y reinención de las identidades étnicas, en el contexto de un giro de una política basada en la identidad de clase a otra sustentada en la identidad cultural. La instrumentalización de la diferencia, basada en la identidad étnica, ha mostrado una gran capacidad estratégica y "preformativa". Su resultado más palpable es el cambio del Estado unitario. Se producen también cambios en la territorialidad de estos Estados: la autonomía territorial de los sujetos políticos étnicos o al menos la demarcación de sus tierras, sobre las que se le conocen ciertos derechos, quiebra el modelo de territorialidad "plana" propia de los Estados-nación de la época moderna"<sup>21</sup>.

El segundo elemento, la producción de diversas normatividades en el escenario de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), todas ellas encausadas a comprometer a los países con el respeto de los derechos de los pueblos indígenas existentes al interior de los Estados-nación, generó un clima internacional favorable a tales comunidades y constituyó un instrumento normativo que reforzó las demandas internas de sus líderes y organizaciones.

En el caso de Colombia, esta normatividad se fue incorporando paulatinamente al derecho interno y, con fuerza normativa, complementa a la Constitución mediante el concepto de "bloque de constitucionalidad". La primera de ellas es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al derecho interno a través de la ley 74 de 1968<sup>22</sup>. También se deben considerar los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): el 107, sobre "Protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes", aprobado por la ley 31 de 1967, que consagra el principio de no discriminación y que supone el derecho a la diferencia cultural y el respeto mutuo entre diversas entidades socioculturales<sup>23</sup> y, obviamente, el derecho al ejercicio de prácticas socioculturales propias; y el Convenio 169, sobre la misma materia, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual asegura la protección de las prácticas y valores, sociales, culturales y religiosos de estos pueblos dentro de los límites de los derechos fundamentales de sus miembros, y reconoce plena validez

---

21 CASTILLO, LUIS CARLOS y CAIRO CAROU, HERIBERTO, "Reinención de la identidad étnica, nuevas territorialidades y redes globales: el Estado multiétnico y pluricultural en Colombia y Ecuador", *Op.cit.*, pp. 58-59.

22 Su artículo 2 reza así: "Los estados parte en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

23 El artículo 4, Literal a, prescribe: "Tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestos a cambios de orden social y económico".

al derecho por ellos producido de naturaleza consuetudinaria<sup>24</sup> y la obligación para el Estado de respetar sus propias formas de administrar justicia y configurar el control social<sup>25</sup>, incluyendo las de naturaleza punitiva cuando esté involucrado un miembro de su propia comunidad<sup>26</sup>. Sobre este último instrumento, VILLA hace la siguiente puntualización, la cual se comparte:

“La nueva connotación sobre los pueblos indígenas en el ordenamiento estatal no es explicable por fuera de la dinámica de la globalización. El fenómeno de la transnacionalización del derecho como mecanismo que permite regular las relaciones económicas que han desbordado las fronteras de los Estados nacionales, igual se torna explícito respecto del modo como se codifican relaciones no reductibles a la esfera de la economía, como es el caso de la interacción entre los pueblos indígenas y los Estados, que tiene en el Convenio 169 de la OIT el instrumento jurídico internacional de mayor impacto con relación al ejercicio de la autonomía de tales pueblos, y en consecuencia, el reconocimiento por parte de los Estados de las garantías para la reproducción de sus culturas (...) aparece en un momento de ascenso de los movimientos indígenas, proceso de movilización que trasciende el ámbito de los Estados y se proyecta en la discusión internacional por la vía de las ONG, las agencias de cooperación y los organismos multilaterales”<sup>27</sup>.

En la dimensión internacional, también es necesario mencionar la presencia de las Organizaciones no Gubernamentales (ONG), que, por su capacidad de *lobby* internacional, serán importantes para ejercer presión sobre los Estados latinoamericanos. Además, su presencia en territorios indígenas será un importante aval a la organización y la movilización indígenas, su articulación en redes de dimensión regional, nacional e internacional, así como al contenido de sus demandas y formas de protesta. Sobre este asunto, MAÍZ expresa lo siguiente:

---

24 Su artículo 8, numeral 1, dice así: “Al aplicar la legislación nacional de los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

25 Su artículo 8, numeral 2, estipula: “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 internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

26 Su artículo 9, numeral 1, prescribe: “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”.

27 VILLA R., WILLIAM, “El Estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación”, p. 136.

“Las ONG aportarán a las comunidades indígenas recursos de todo tipo: económicos (fondos y programas de ayuda al desarrollo, agrícola y comunitario), organizativos y políticos (redes de capital social y conexiones en el ámbito americano y europeo), intelectuales y morales (autorrespeto y dignidad de la propia cultura, lengua y tradiciones)”<sup>28</sup>.

Lo anterior demuestra que el fenómeno de la globalización económica postulado desde el Consenso de Washington, que deja poco espacio al Estado nacional y a su sociedad civil para decidir con autonomía los asuntos fundamentales que conciernen a su futuro, ha sido y es confrontado en el plano, igualmente global, por el “cosmopolitismo”, descrito por DE SOUSA SANTOS<sup>29</sup> como el rostro positivo de la globalización.

## **b. Experiencias organizativas precedentes**

A la favorable estructura de oportunidades políticas del orden nacional e internacional, cabe agregarle la organización, que es una variable igualmente determinante en el surgimiento y consolidación de las identidades colectivas indígenas y su acción colectiva.

Los formas organizativas presentes en los territorios indígenas o poblados por comunidades étnicas, bien de carácter religioso, campesino, político, etcétera, constituyeron redes que suministraron experiencia organizativa, espacio de calificación de líderes e intelectuales orgánicos que sumaron sus esfuerzos a la causa indígena, fuera de que, en muchos casos, constituyeron aliados en las tareas luego desplegadas en dirección indigenista. Además, entre los pueblos indígenas, se viene procurando que sus estructuras organizativas locales se articulen a asociaciones del orden regional e, incluso, nacional e internacional. De esta forma, han ampliado su espectro de aliados, han sumado fuerzas en escenarios democráticos de representación, y han mostrado más solidez para formular propuestas de políticas públicas de reconocimiento y respeto de sus derechos o para oponerse a las mismas cuando éstas contravienen sus intereses y necesidades. Por ello, cabe decir con SANTOS que:

“[...] en los orígenes de la lucha de los pueblos indígenas por la autodeterminación se encuentra una crítica radical del Estado-nación [...]. A través de la denuncia de la exclusión social y de la supresión política llevada a cabo en nombre de equivalencias falsas y abstractas entre nación, Estado y derecho, las luchan indígenas abren un espacio ideológico a la revisión radical de la obligación política vertical que subyace al estado liberal y reclaman nuevas

---

28 MAÍZ, RAMÓN, "El indigenismo político en América Latina", *Op.cit.*, p. 151. Cf. También, CASTILLO, Luis Carlos y CAIRO CAROU, Heriberto, "Reinvención de la identidad étnica, nuevas territorialidades y redes globales: el Estado multiétnico y pluricultural en Colombia y Ecuador", *Op. cit.*, pp. 68-69.

29 SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, capítulo 10, pp. 345-367.

concepciones de soberanía (soberanía dispersa, compartida, polifónica) [...] la reivindicación de derechos colectivos y de autogobierno apunta a [...] nuevas intermediaciones no corporativas entre el Estado y los ciudadanos y a distribuciones más equitativas de la igualdad y la diferencia [...], VARESE considera que “la unidad no implica la unicidad. Este es el requisito civilizador por excelencia, que reconoce la multiplicidad como marco de conocimiento y de existencia y la interacción de las diferencias como el único ambiente propicio para la construcción de la civilización”<sup>30</sup>.

### c. Los lenguajes políticos

Los lenguajes políticos empleados por los líderes y las organizaciones indígenas, también han sido un valioso recurso para construir una identidad colectiva positiva, digna de autorrespeto, que ha confrontado los estereotipos históricos de inferioridad del indio y su desprecio. En este sentido, cabe mencionar varias estrategias: (i) la proclama de una “nacionalidad” o un “pueblo” indígena objetivamente incontrastable, con un pasado común, con raíces en el tiempo de la conquista o la colonia, con identidad cultural representada en sus costumbres, lengua, formas de control, organización política, autoridades y mitos; (ii) el contraste entre los valores y principios de la organización comunitaria (solidaridad, respeto por la naturaleza, propiedad colectiva, etc.), con las condiciones negativas propias de la colonización, la aculturización por asimilación, la explotación económica y destrucción de los recursos naturales, el etnocidio, y la represión.

En esta primera parte se analizaron los factores que explican el protagonismo político ejercido por comunidades en términos de identidad étnica, lo cual a su vez tiene directa correlación con la emergencia en los sistemas jurídicos internacionales y estatales de nuevos derechos, entre los cuales tienen un lugar destacado el fuero y la jurisdicción especial indígenas. Se ha demostrado también su pertinencia para comprender el caso colombiano, que amerita, además, tener presente que el país ha padecido un prolongado conflicto político armado, lo cual obliga a intentar conocer las repercusiones del mismo para la vigencia material y la eficacia de la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, y de los derechos que guardan estrecha y directa relación con ésta. Tal tarea se intenta a continuación.

## II. El conflicto político armado y su repercusión en la vigencia material de los derechos de los pueblos indígenas

La Constitución Política de 1991, al adscribir el Estado colombiano al paradigma de Social y Democrático de Derecho, con la correlativa consagración de los derechos

---

30 SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, pp. 173-174.

propios de este modelo político, de las garantías para su salvaguarda y los mecanismos para su reconocimiento efectivo y conservación, configuró bases normativas sólidas que legitiman la organización y la movilización social y popular. Pero el conflicto político armado presente en el conjunto de la geografía nacional, transversal a todo tipo de relaciones (políticas, económicas, sociales y culturales), ha dado pábulo a trágicas expresiones de degradación y ha terminado por obstruir, constreñir, sojuzgar e, incluso, aniquilar muchas de dichas luchas, movilizaciones y reivindicaciones sociales. Sobre la repercusión que en ellas ha tenido el conflicto armado, con posterioridad a la constitución de 1991, es pertinente y válida la tesis que suscribe la profesora URIBE DE HINCAPIÉ, la cual resume en los siguientes términos:

“[...] el dominio de la guerra, marcado por el grado de hostilidad entre sus actores, va adquiriendo paulatinamente una cierta autonomía de los motivos que pudieron haberla producido y, al mismo tiempo, ese dominio propio de la guerra contribuye a redefinir, reestructurar y reorganizar, de otra manera y bajo las reglas de las gramáticas bélicas, los contextos sociales y políticos en los cuales ésta tiene ocurrencia.

Esto es lo que parece haber ocurrido con la participación en los diez años de vigencia constitucional; definitivamente la Carta de 1991 no fue un pacto de paz ni la participación y los desarrollos de la cultura política desmontaron la hostilidad, aunque actuaran sobre sus causas; es más, al parecer ocurrió lo contrario, los espacios participativos, las localidades descentralizadas, las movilizaciones colectivas, las organizaciones y movimientos sociales han venido siendo colonizadas por la guerra, convirtiendo la esfera de la acción participativa en otro campo de la disputa de los actores armados, bien para liquidar eventuales enemigos u opositores, bien para cooptarlos e incorporarlos a sus propósitos de dominio exclusivo y sus objetivos militares”<sup>31</sup>.

Las comunidades y organizaciones indígenas, han padecido de manera particularmente intensa el conflicto bélico en Colombia, con consecuencias graves y permanentes para la vigencia material de sus derechos, en especial de la propiedad, la posesión y el uso de sus territorios, del derecho a su autonomía organizativa, de gobierno y jurisdiccional, de sus derechos socioeconómicos. Por tal motivo son pertinentes las conclusiones de VILLA, al referirse al punto aquí tratado:

“Las lógicas de la guerra determinan en la historia de Colombia la forma como se ha ido generando un determinado ordenamiento del territorio, se ha decantado un esquema de comunicación entre culturas diferentes y se ha construido un modelo de representación sobre la identidad nacional. Más allá de enunciación

---

31 URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA, "Las promesas incumplidas de la democracia participativa", pp. 147-148.

jurídica que quiere conjugar los intereses de la multiplicidad de actores que configuran la nación, están los ejércitos que avanzan dominando territorios, integrándolos en función de los nuevos mercados, pero sobre todo articulando la población en la búsqueda de abolir las diferencias. Discursos hegemónicos que, hoy como ayer, tienen en las armas el recurso para ampliar la frontera agrícola, para reducir poblaciones en la esclavitud de las economías extractivas, para integrar territorios en función de los intereses transnacionales de la industria petrolera o de la comercialización de narcóticos<sup>32</sup>.

Sin embargo, antes de profundizar en el tema, es perentorio enfatizar que las comunidades y las organizaciones que en Colombia proclaman una identidad étnica, tanto en sus programas, planes y políticas, como en la definición y ejecución de los mismos, han asumido como directriz distanciarse de la violencia armada como forma de lucha para el reconocimiento y respeto de sus derechos. Su estrategia prevalente ha sido exigirle a todos los actores armados —a la insurgencia, al paramilitarismo y al mismo Estado—, el respeto a su autonomía, lo cual les ha granjeado conflictos con todos ellos por cuestionar su presencia en sus territorios, por oponerse a los intentos de reclutamiento de miembros de la comunidad, por denunciar su instrumentalización a las “necesidades” y lógicas de la guerra y por la violación de los derechos humanos<sup>33</sup>. Por esta razón, sus demandas están más cerca de la solución política del conflicto

---

32 VILLA R., WILLIAM, "El Estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación", *Op.cit.*, pp. 140-141.

33 Por la entereza que trasluce, y la claridad del proyecto político que construyen, se transcriben apartes de la carta del 19 de febrero de 2009, suscrita por la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca-ACIN- y el Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC-, y dirigida al Secretariado de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC-EP-, con motivo de la masacre de los Awás, las amenazas de muerte a líderes de diferentes comunidades y la infiltración de milicianos dentro de sus resguardos, hechos todos atribuidos a este actor armado: “Públicamente hemos dicho que varios de sus comportamientos y acciones están en abierta contravía con lo que venimos construyendo: mientras nosotros construimos un gobierno municipal popular que le rinde cuentas a los cabildos y a la asamblea de comuneros, ustedes se toman el municipio, destruyen algunas casas y dan pretexto para que la fuerza pública invada las comunidades [...]; mientras nosotros sin ningún temor le hacemos juicio a los militares que han asesinado a comuneros indígenas, ustedes secuestran a funcionarios indígenas y no indígenas de la alcaldía de Jambaló para enjuiciarlos por robar dinero, como si no hubiéramos dado muestra de tener capacidad de aplicar justicia comunitaria. Es como si ustedes estuvieran en contra del poder popular y del gobierno directo de los comuneros; un comunero nos decía que pareciera que ustedes estaban por la toma del poder que los pobres y los indios hemos construido con mucho esfuerzo, y habían renunciado a tomarse el poder que tienen los ricos. [...], no queremos ser un grupo armado, no queremos que nuestros comuneros se vuelvan combatientes de ningún ejército, porque hemos encontrado que la movilización directa de la gente, el gobierno popular y la organización consciente de todos y todas, son más poderosas que cualquier fuerza armada; y nuestra propia experiencia nos dice que una fuerza armada que se separa de la gente que la parió y se impone sobre ella, se vuelve una fuerza de ocupación, y toda fuerza de ocupación se vuelve odiosa para la gente y está condenada a la derrota” Cf. <http://www.etniasdecolombia.org/actualidadetnica/detalle.asp?cid=7570> (Consulta de marzo 20 de 2009).

armado, de exigirle a todos los actores armados el respeto del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual explica el por qué las organizaciones indígenas han privilegiado políticas y prácticas como la *neutralidad activa* y las *comunidades de paz*, y se han articulado a los comités de defensa de los Derechos Humanos de diferente orden. URIBE DE HINCAPIÉ documenta este hecho, en los siguientes términos:

“Es en la esfera de lo societal, no constitucionalizada ni formalizada y en buena medida pre-constitucional, donde se advierte un mayor dinamismo y quizá una forma de acción política con mayor capacidad de movilización y de convocatoria, pese a las circunstancias adversas del presente (...) más recientemente con demandas en lo que tiene que ver con el ámbito de la guerra, como las Comunidades de Paz, la neutralidad activa, la lucha por el derecho a la vida, en contra del secuestro y las desapariciones, en defensa de los derechos humanos y en apoyo a iniciativas de paz y pactos de convivencia[...].”<sup>34</sup>.

Y, no obstante lo adverso del presente, ello tampoco les ha impedido continuar con sus resistencias. En este sentido es manifiesto su protagonismo en la confrontación de la legitimidad de diversas políticas públicas del programa de la “Seguridad democrática” del presidente Álvaro Uribe Vélez, impuesto en su primer gobierno (2002-2006) y que permaneció inmodificado con su reelección (2006-2010). Las expresiones de rechazo al mismo, de parte de los pueblos indígenas, han sido plurales:

- La consulta ciudadana y popular que terminó con un plebiscito en contra de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLC), por reputarse un instrumento que afectaría la titularidad colectiva, inembargable e imprescriptible de los territorios de las comunidades indígenas y afrocolombianas, pondría en venta la biodiversidad y profundizaría el saqueo de sus conocimientos ancestrales<sup>35</sup>, luego del cual se produjeron mingas y marchas de protesta con amplia movilización, que terminaron en algunos casos con represión estatal<sup>36</sup>.

---

34 URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA, “Las promesas incumplidas de la democracia participativa”, *Op. cit.*, p. 152. En igual sentido, Cf. ESCOBAR, Diego, “Resistencia civil y democracia en Colombia en el umbral del siglo XXI”, pp. 21-38.

35 La consulta fue realizada el 6 de marzo de 2005, en los municipios caucanos de Inzá, Caldono, Silvia, Toribío, Jambaló y Páez, la cual terminó con una votación del 98% en contra del TLC, porque “sienten con el TLC el peligro de que sus tierras y cultura sean negociadas por el Estado como un producto más. De acuerdo a sus análisis, las filosofías actuales del mercado están soportadas sobre el tener, el tener todo incluso la vida, historia y autonomía de los campesinos e indígenas”. Cf. *Caja de Herramientas*, Año 14, N° 105, Bogotá, 04 – 2005.

36 La “Minga por la vida, la justicia, la alegría, la libertad y la autonomía”, a finales de 2004, tuvo la participación de más de 60 mil personas de 85 cabildos indígenas y de comunidades negras. Sus objetivos fueron: expresar su oposición a las reformas constitucionales impulsadas por el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, especialmente las que buscaban quitar poder y atribuciones a la Corte Constitucional y limitar la acción de tutela; oponerse a la reelección presidencial; y denunciar

- Paros y protestas en diversos lugares del país, para denunciar y oponerse a la fumigación aérea de los resguardos con herbicidas tóxicos con el pretexto de acabar con plantaciones ilícitas, la cual las comunidades asocian con la muerte y la enfermedad de sus miembros, la esterilización de la tierra y la destrucción de la autonomía alimentaria al afectar los cultivos de pan coger<sup>37</sup>.

- El rechazo a la utilización que viene realizando la fuerza pública, con la convalidación de las autoridades judiciales del Estado, de “informantes profesionales” y de supuestos “delatores”, para señalar, capturar -incluso masivamente- y judicializar las autoridades, los líderes, los dirigentes y miembros de diversos pueblos indígenas, sobre el supuesto de su participación en las filas de la insurgencia u otro tipo de delitos, procedimientos interpretados por dichos pueblos como formas de deslegitimar sus reivindicaciones<sup>38</sup>, criminalizar las marchas y otras formas de protesta, o para encubrir las derrotas militares sufridas por las fuerzas del Estado con la insurgencia<sup>39</sup>.

Y tan manifiesto ha sido el abuso, que sectores representativos de poderes

las negociaciones sobre el Tratado de Libre Comercio. Cf. *Caja de Herramientas*, Año 13, N° 102, Bogotá, 10 – 2004. La marcha “Gran Minga por la Vida, la Justicia, la Alegría, la Autonomía y la Libertad”, del 9 de octubre de 2005, se adelantó en el centro del país, con participación de 15 mil indígenas y terminó con el asesinato de un marchante y 40 heridos. Cf. *El Tiempo*, Editorial “Para no repetir”, Bogotá, octubre 11 de 2005.

37 Cf. *El Tiempo*, “Culpan a glifosato de muertes”, Bogotá, mayo 11 de 2005.

38 Cf. CEPEDA CASTRO, IVÁN, “Arbitrariedad democrática”, *El Espectador*, Bogotá, octubre 15 de 2005, quien denuncia que el pueblo kankuamo, ha tenido que soportar el desplazamiento forzado de 3.000 personas -de una población compuesta por 12.000 personas- de su tierra ancestral, la Sierra Nevada de Santa Marta; y, desde 1986, le han asesinado 247 indígenas —112 de los cuales han sido cometidos bajo el actual gobierno— y dos “desapariciones” forzadas. Y concluye: “El móvil de los crímenes es que esta comunidad indígena se opone firmemente, por razones ecológicas, a la construcción en su territorio de una represa hidráulica utilizando las aguas del río Guatapurí. Ahora, para quebrantar su defensa del agua de la Sierra, se recurre a las detenciones arbitrarias. A comienzos de noviembre, 38 miembros del pueblo kankuamo serán juzgados por rebelión y terrorismo. Su detención se hizo sin orden judicial y con la participación de informantes encapuchados, quienes en su mayoría eran “desmovilizados” de los grupos paramilitares”.

39 Cf. CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDÍGENA – CECOIN-, “Pueblos Indígenas. Resistencia en medio de la violencia”, p. 239, en donde se expresa: “Durante todo el período de Uribe, uno de los departamentos indígenas más victimizados fue el Cauca, donde han tenido lugar 212 detenciones arbitrarias, 61 asesinatos políticos, 114 heridos, 30 amenazas individualizadas y reiteradas amenazas colectivas, especialmente contra indígenas Nasas, Kokonucos y Yanaconas. A esto debe sumarse la orden de captura contra más de 200 líderes indígenas de Caldoso, Jambaló y Toribío, tras operativos de la insurgencia en la zona, con el argumento de ser colaboradores de la guerrilla. Paradójicamente, la orden afectó a los líderes más caracterizados en la defensa de la autonomía indígena frente a los actores armados [...]”. Véase también, LEÓN, Juanita, “Seguridad democrática y los indígenas”, en: Revista *Semana*, No. 1221, Bogotá, septiembre de 2005.

cercanos al Estado y al mismo gobierno se han pronunciado en forma crítica frente a tales procedimientos y, más aún, reconocen, ante la inocultable realidad, que las comunidades indígenas han dado suficiente testimonio de resistencia a los actores armados con los cuales se les ha querido comprometer. Con motivo de la capturas masivas y posterior liberación de indígenas en el norte del departamento de El Cauca, vinculados a la investigación por acusación de supuestos “informantes” extraídos de las filas de la misma insurgencia, el diario “El Tiempo”, el de mayor circulación en el país, en su página editorial, expresó lo siguiente:

“Las detenciones fueron precedidas de insinuaciones de algunas autoridades sobre presuntos nexos de los indígenas con la guerrilla, lo que motivó enérgicas protestas de las organizaciones de estos últimos. La evidencia para detenerlos provino de informantes. Pero, como lo demuestra esta decisión de la Fiscalía, es hora de que las autoridades revisen ambas prácticas.

Preferir acusaciones contra organizaciones comunitarias de larga tradición de resistencia a los actores armados y de lucha contra los efectos del conflicto es tan equivocado como apresurarse a capturar a gentes cuya única ‘culpabilidad’ es ser señaladas por dudosos personajes, salidos de esos mismos grupos. Estas prácticas solo contribuyen a minar la ya escasa confianza que esas comunidades tienen en un Estado al que ven como ausente, lejano y, con lamentable frecuencia, abusivo. En aras de una buena relación con ellas, indispensable para una lucha eficaz contra el dominio territorial de la guerrilla, bien harían las autoridades en pensarlo dos veces antes de proceder. Flaco favor le hacen a la legitimidad del Estado acusaciones y señalamientos sin fundamento, en los que toca, como en este caso, echar reversa”<sup>40</sup>.

- La oposición a que indígenas hagan parte del programa de “soldados campesinos” o de las “redes de cooperantes”, informantes o delatores, o de cualquier esquema que los convierta en una fuerza contrainsurgente del Estado.

- Las agresiones recurrentes contra la vida, la integridad personal, la libertad y la dignidad humana. Para el primer mandato del actual gobierno (2002-2006), las estadísticas de tales agresiones eran escalofriantes<sup>41</sup>, situación que no ha

---

40 Cf. *El Tiempo*, Editorial titulado “Flaco favor”, Bogotá, mayo 26 de 2005; *idem.*, “El complejo lío del norte del Cauca”, Bogotá, 21 mayo de 2005.

41 “[...] durante el gobierno de Uribe Vélez la situación humanitaria de los indígenas se ha agravado por acciones de las Fuerzas Armadas del Estado y los paramilitares, quienes supuestamente se encuentran en cese al fuego desde diciembre de 2002 (...). En su administración han sido asesinados 576 indígenas, es decir, cerca de la tercera parte de todas las víctimas de los últimos 32 años; han sido desaparecidos otros 100, cifra que representa el 37% de todos los desaparecidos

mejorado en nada posteriormente<sup>42</sup>.

- El rechazo a la negociación adelantada por el gobierno del Presidente Uribe Vélez con los grupos de paramilitares, responsables en gran parte de las más graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas<sup>43</sup>. El cuestionamiento se fundamenta en que la negociación se aparta de los principios de Verdad, Justicia y Reparación, que deben informar este tipo de acuerdos, para en su defecto convertirse en una forma de encubrir los poderes económicos, políticos y sociales responsables de la creación y sostenimiento del paramilitarismo, la legalización de la impunidad de sus crímenes, y la legitimación del despojo que hicieron de los territorios de los pueblos indígenas<sup>44</sup>.

Para la comprensión de las razones que subyacen a esta postura política, es ineludible darle la palabra a la indignación de quienes han sufrido en carne propia

en ese mismo lapso; 244 indígenas fueron heridos, el 30,9 %de todos los casos ocurridos desde 1974. Y cada vez más, los responsables son miembros de la Fuerza Pública". CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDÍGENA – CECOIN-. "Pueblos Indígenas. Resistencia en medio de la violencia", pp. 240. Según el Censo de 2005, los indígenas sufren el desplazamiento forzoso con mucha más frecuencia que el resto de la población del país: mientras que el 10,3% de ellos ha sido desplazado, el promedio nacional es 3,8%; el hambre, es casi tres veces más alta entre los indígenas que entre los blancos y mestizos; y en la miseria, se encuentra el 28% de la población indígena, comparada con el 19% del resto de los colombianos. Cf. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (DANE), *Colombia: una nación multicultural. Su diversidad étnica*, Mayo de 2007.

- 42 La Autoridad Nacional de Gobierno Indígena ONIC, señala que los indígenas asesinados entre el 1º de enero de 2002 y el 16 de octubre de 2008, ascendía a la cifra de 1.240.
- 43 Para un profundo y documentado registro de las violencias de los paramilitares contra los pueblos indígenas en Colombia, y los motivos e intereses que las explican, Cf. VILLAMIZAR H., Darío, "Paramilitarismo y pueblos indígenas: Persecución y despojo", pp. 323-362.
- 44 La Segunda Mesa Nacional Indígena de Paz y Derechos Humanos, realizada los días 14 a 16 de julio de 2004, con participación de representantes del 70% de los pueblos indígenas de Colombia, Delegados de todas las organizaciones regionales indígenas adscritas a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), de las Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), de la Organización de Pueblos Indígenas del Amazonas (OPIAC) y la Confederación Indígena Tairona (CIT), hizo el siguiente pronunciamiento: "...este proceso busca la legalización de las acciones criminales de los grupos paramilitares contra pueblos y comunidades, de sus bienes económicos producto del narcotráfico y de la ocupación de las tierras de comunidades indígenas, afrocolombianas y campesinas que han sido desplazadas. Esta intencionalidad es contraria a la cesación de la guerra, las hostilidades y el respeto a la vida y derechos humanos de los Colombianos. Por lo tanto, el acercamiento y negociación entre gobierno y AUC no debe tener otro objetivo que el de someter a la justicia estos grupos paramilitares por los delitos de lesa humanidad que han cometido contra la vida y los derechos de los pueblos y debe servir para que la sociedad colombiana conozca la verdad de los intereses políticos, económicos, sociales, la identidad de los responsables que promovieron el surgimiento, crecimiento y sostenimiento del paramilitarismo en nuestro territorio". Cf. *Caja de Herramientas*, Año 13, N° 101, Bogotá, 08 – 2004.

los vejámenes del paramilitarismo. Comenzamos con la comunidad Wayúu residente en Bahía Portete, jurisdicción del municipio de Uribia (Alta Guajira), la cual entre los días 18 y 20 de abril de 2004 fue objeto de una masacre por integrantes de un grupo paramilitar pertenecientes a la estructura al mando de “Jorge 40”, ocasión en la cual este grupo torturó, violó, asesinó, mutiló y descuartizó a ancianos, mujeres y niños pertenecientes a dicha etnia, desapareció a otros, y obligó a la comunidad restante a desplazarse, encontrando refugio entre sus hermanos en Venezuela<sup>45</sup>. Una de las mujeres de esta etnia, que presencié la masacre y que hizo parte del grupo de desplazados, se refiere al significado que estos hechos tuvieron para su pueblo<sup>46</sup>:

“...hoy en día estamos desplazados en Venezuela por la violencia, por una masacre. (...) hemos sido golpeados por los atropellos de los grupos paramilitares y que en la Guajira hace 4 años nos golpeó terriblemente, y sabiendo que la mujer como la niñez es muy importante, porque la mujer en la historia del pueblo Wayúu es intocable, puede que existan conflictos étnicos entre nosotros pero la mujer jamás se toca, ni jamás se mata, ni jamás se sacrifica como fue sacrificada por ese grupo paramilitar, donde yo digo que cambió la historia, porque nosotros jamás hemos permitido... hay un pacto de honor que no permite que la mujer ni los niños sean tocados en cualquier instancia de conflictos”.

Sobre las causas, la misma entrevistada expresa que el origen de su desgracia, es la riqueza de su territorio, y la voracidad de las transnacionales y de grupos nacionales con poder económico, que encuentran más barato el desplazamiento forzado y no tener que luchar con la resistencia indígena a la usurpación de sus territorios:

[...] las causas decir las pueden ser muchas. Nosotras como indígenas o como pueblo Wayúu contamos con un territorio lleno de riquezas, contamos que a nuestros territorios han llegado multinacionales a apropiarse de ellas haciendo explotación de los territorios, de las riquezas que tenemos, como el ejemplo de Manaure que está la sal, el ejemplo del Cerrejón con el puerto carbonífero, con el parque Olco que montaron en Media Luna (...) también está la explotación que quieren hacer de gas, también está lo de petróleo que hace poco se está haciendo acá en la Media Guajira, se está haciendo una investigación sobre el

---

45 Cfr. *Semana.com*, “Señor Jorge 40, “¿por qué usted ordenó asesinar a nuestras mujeres y a nuestros niños?”, en: [http://www.semana.com/wf\\_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=106650](http://www.semana.com/wf_ImprimirArticulo.aspx?IdArt=106650) (Consulta de abril 8 de 2009); CNRR - Grupo de Memoria Histórica, *la Masacre de Bahía Portete: Mujeres Wayúu en la Mira*. Bogotá, Taurus, 2010.

46 Entrevista realizada el 30 de agosto de 2008, la cual hace parte de la investigación, todavía en ejecución, “Desde Diversas Orillas: Voces de Mujeres Colombianas sobre DDR, Verdad, Justicia y Reparación. Del reconocimiento de la diversidad a la búsqueda de articulación”, la cual está bajo la coordinación de la investigadora Luz María Londoño, a quien le agradezco el acceso a la misma.

bloque silvestre, el 2D, que no sabemos qué significa —el gobierno sí sabe qué significa—, entonces es mucho las multinacionales y megaproyectos que llegan al territorio, y tras de eso llega la violencia, porque ellos es más fácil contratar a grupos paramilitares a que hagan el trabajo sucio para ellos conseguir los territorios desocupados o para ellos no tener que hacer ninguna consulta previa”.

Y finalmente, sobre la reparación a la que con motivo de la Ley 975 de 2005 -autonombrada “Ley de Justicia y Paz”-, están obligados los paramilitares, para ser acreedores a los beneficios prescritos por la misma, concluye la entrevistada en los siguientes términos:

“[...] el daño que le hicieron a las mujeres no tiene una reparación, porque históricamente jamás nuestras mujeres habían sido tocadas por nada, jamás en la historia, entonces ahora creo que no había como reparar el caso de las mujeres Wayúu, porque quitaron vidas que eran madres, todo el contexto, el cómo rompieron el tejido social, cómo acabaron con una familia, porque mataron la mujer”.

Este significado de la “reparación”, con claro contenido crítico a las políticas del Estado vigentes en la materia, es hegemónico entre los pueblos indígenas que han sufrido las agresiones del paramilitarismo. De allí que las organizaciones indígenas sostengan que la reparación nunca puede ser integral, por la irreversibilidad de los daños culturales y espirituales causados, esto es, el carácter sagrado de sus territorios, el tejido comunitario construido a través de los siglos, y el aniquilamiento de sus líderes y autoridades, producto igualmente de un proceso de construcción social. Para ilustrar de mejor manera esta convicción y sentimiento de los indígenas, citamos las palabras de un Kankuamo, expresadas en un conversatorio sobre el tema:

“Nosotros resistimos la violencia de todos los actores armados... nos han asesinado tantos kankuamos, mas de 238, que ahora somos famosos por eso, siendo el mayor número en los últimos tres años... en solo los años 2002 y 2003 asesinaron mas kankuamos, que los que murieron en los cincuenta años anteriores... preguntamos ¿cómo se repara para nosotros el asesinato de un indígena si se rompe el tejido social y se fractura la cultura? ... cuando se asesina un mamo, una autoridad tradicional y líder espiritual, es como si en occidente se quemara una biblioteca... ¿cómo se repara eso?... ¿cómo se repara los sitios donde el Ejército ha derramado la sangre, si para nosotros eso es envenenar la madre, la tierra que nos ha dado la vida?... para nosotros la tierra es la madre amorosa que nos carga cuando nacemos y que aun cuando morimos nos sigue

cargando y nos cubre para que ahí reposemos... hemos sido desplazados por la violencia [...], especialmente las familias de los líderes y si los líderes no pueden estar en el territorio, se desestabiliza la organización social y la cultura... nosotros hemos resistido pero después de la tutela y de las medidas cautelares de la Corte, nos han seguido asesinando... pero eso está pasando a lo largo y ancho del país y seguimos preguntando ¿cómo se repara eso?"<sup>47</sup>.

Se suma a lo anterior que la "guerra sucia" ha colonizado el conflicto político armado, y sus expresiones más tangibles –por ejemplo, las masacres, el asesinato de líderes y autoridades indígenas, el desplazamiento y confinamiento forzados de comunidades étnicas, la desaparición forzada de sus miembros, la criminalización de sus luchas y protestas, las amenazas-, han victimizado en grado sumo a los pueblos y organizaciones indígenas. Las razones de esta hecatombe humanitaria, han sido explicadas por MOLANO BRAVO, un profundo conocedor de la realidad de nuestro país, en los siguientes términos:

"La violencia en los territorios indígenas aumenta día a día [...]. La pregunta es obligada: ¿Se ha declarado la guerra a los indígenas? ¿De qué guerra se trata? ¿Quién la hace? ¿Qué busca? No se puede uno contentar con la explicación oficial de que lo que pasa es que el terrorismo nos afecta a todos....

Hilando delgado, cabe la muy probable hipótesis de que en Colombia estemos ante una guerra preventiva organizada que busque impedir la radicalización del movimiento indígena. Cierto es que la ONIC acusa de los crímenes a los paramilitares (37,9%), a la Fuerza Pública (24,0%), a la guerrilla (15,2%) y a "otros grupos criminales" sin identificar (22,7%). Pero la guerra irregular tiene una lógica, y el primer objeto de la nuestra es en el campo sembrar el terror para obligar a la gente a desplazarse, y dejar la tierra libre para ser reapropiada. En el caso de los territorios indígenas esta lógica es más cruel y perentoria: ocupan un 20% del país, donde existe buena parte de la oferta ambiental de más alta calidad (agua, bosques, minas), y las autoridades tradicionales tienen jurisdicción sobre ella. Los territorios indígenas están en la mira de los poderes políticos y militares en conflicto y no sólo por la población como recurso estratégico, sino como verdadero botín de guerra. Las minas y la madera ya lo son de hecho, pero muy pronto lo será también el agua. Los territorios indígenas son -por Constitución- inalienables, inembargables e imprescriptibles. Es decir, están por fuera del mercado de tierras y es éste un obstáculo que el capital no tolera. La llamada Ley Forestal, la Ley de Aguas -menos nombrada-, y el TLC tienen

---

47 Cit., por MADARIAGA REALES, ANTONIO, "La Reparación a las víctimas: Un Estado renuente e irresponsable".

cláusulas dirigidas a erosionar o suprimir esas garantías constitucionales. Ni más faltaba, pensarán los padres de estas leyes, que las riquezas que guardan esas tierras las vayan a aprovechar los indios [...]”<sup>48</sup>.

El Tribunal Permanente de los Pueblos, sobre “Empresas transnacionales y derecho de los pueblos en Colombia, 2006 – 2008”, que sesionó en la ciudad de Bogotá, entre los días 21 y 23 de julio de 2008, presidido por el Premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, profirió sentencia condenatoria contra el Estado, y en el capítulo relativo a la situación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, concluyó que, en Colombia, existe una clara violación a todos sus derechos, incluyendo el de su propia existencia como pueblos<sup>49</sup>. Además, el fallo relaciona los intereses de las empresas transnacionales, como una de las variables relevantes de dicha violencia:

“La situación actual de los pueblos indígenas, tal como lo demostraron a través de las denuncias, pruebas e informes de expertos, evidencia que existe un proceso de exterminio que no sólo ha sido físico sino también cultural, espiritual, ambiental, social, político y económico, debido a que las políticas de Estado de manera directa y en otros casos a través de las transnacionales han instaurado un régimen de expropiación territorial, violación de los derechos colectivos e individuales de los pueblos, desconocimiento a las formas de gobierno, autonomía y autoridad propia, así como también han roto el equilibrio y la armonía que desde sus leyes de origen debe existir entre el ser humano y la naturaleza [...]. De acuerdo a las valoraciones expuestas por las autoridades indígenas, desde sus leyes naturales, la expedición de concesiones, licencias o permisos de exploración o explotación de los recursos naturales del suelo, el subsuelo, animales, plantas, peces, minas, aguas, aire, piedras, conchas, mares, que son elementos que tienen espíritu, ocasiona desequilibrio y genera graves e irreversibles consecuencias culturales, espirituales y ambientales. [...] el Gobierno de Colombia pero también otros actores armados y sectores

---

48 MOLANO BRAVO, ALFREDO, “¿Guerra preventiva?”. Cfr., en igual sentido, ANDRADE SASAMA, Luis Eveles, “La situación actual de los pueblos indígenas en Colombia”, Palabras ante la visita del Relator Especial de Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas, marzo 9 de 2004.

49 “El Tribunal ha verificado el peligro inminente de extinción física y cultural de 28 pueblos indígenas, que en la mayoría de los casos están formados por menos de un centenar de personas por pueblo, debatiéndose entre la vida y la muerte. Su desaparición de la faz de la tierra constituiría, en pleno siglo XXI, además de una vergüenza para el Estado colombiano y para la humanidad entera, un genocidio y un crimen de lesa humanidad por su acción u omisión institucional de atender a estos pueblos que de manera irreversible están a punto de extinguirse”. Cfr. Tribunal Permanente de los Pueblos, “Empresas transnacionales y derecho de los pueblos en Colombia, 2006 – 2008”, en: <http://www.colectivodeabogados.org/IMG/doc/DictamenSesiondeliberante.doc> (consulta de noviembre 20 de 2008). Cf. También, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual –2006-, Capítulo IV, Colombia, en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap4a.2006.sp.htm> (consulta de agosto 10 de 2007).

económicos nacionales y transnacionales participan de distintas maneras en el despliegue de estrategias que tienen como objetivo la expulsión de los pueblos indígenas fuera de las zonas de interés económico, para facilitar su explotación a las empresas, en su gran mayoría, transnacionales”<sup>50</sup>.

El Tribunal viene a ratificar lo que, con respecto a los megaproyectos, ya habían denunciado las organizaciones y pueblos indígenas, en el sentido de que se vienen ejecutando con absoluto desprecio del derecho a la consulta previa de las comunidades afectadas, y su relación directa con las diversas formas de violencia contra ellos, política identificable como un etnocidio<sup>51</sup>.

Esta realidad sociopolítica contrasta de manera manifiesta con el ideal normativo de la Constitución, el cual es resumido por la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, en los siguientes términos:

“La carta política fue considerada por los indígenas como un pacto social entre los distintos sectores de la sociedad para la construcción de una nación más justa e incluyente; sin embargo, lo que ha ocurrido desde entonces ha sido todo lo contrario. Hemos presenciado un desmantelamiento del estado social de derecho, democrático y pluralista de la nación, se ha incrementado la violencia socio política y con más rigor sobre los Pueblos indígenas, se ha afincado la guerra sucia en detrimento de la autonomía y la territorialidad indígena”<sup>52</sup>.

En conclusión, los territorios de los pueblos indígenas y la correlativa autonomía de los mismos para prefijar su destino y utilización<sup>53</sup> y para ejercer dentro de ellos su

---

50 Ibid.

51 Cf. Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Comité Ejecutivo-, *Bajo el manto de la impunidad: continúa el etnocidio de nuestros pueblos indígenas*, Bogotá, noviembre 19 de 2006; Rodolfo Stavenhagen. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los Indígenas*. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos 61º Período de Sesiones, noviembre 10 de 2004; VILLA, William y HOUGHTON, Juan, *Violencia política contra los pueblos indígenas en Colombia 1974-2004*. Cecoin – OIA - Iwgja, Bogotá, 2005; VILLAMIZAR H., Darío, “Paramilitarismo y pueblos indígenas: Persecución y despojo”, p.356.

52 Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), *La ONIC frente al paramilitarismo en Colombia y el proceso de impunidad*, Bogotá, marzo de 2007, en: [www.onic.org.co/documentos](http://www.onic.org.co/documentos) (consulta de julio 30 de 2007).

53 El territorio es reconceptualizado por el discurso étnico como escenario mítico simbólico, con el fin de erigirlo en argumento no solo para reclamar dominio sobre el mismo y hacer posible su autonomía cultural y socioeconómica, sino también para confrontar procesos de colonización portadores de prácticas de agricultura intensiva, y pretensiones económicas tributarias de la lógica del mercado, caracterizadas por la sobreexplotación y la degradación de los recursos forestales y del subsuelo, frente a lo cual las comunidades indígenas se autorrepresentan como desarrolladoras de procesos productivos respetuosos de los ecosistemas y de la biodiversidad,

jurisdicción, no obstante lo categórico de su reconocimiento como derechos colectivos, se han visto desdibujados e incluso aniquilados, cuando entran en disputa con las lógicas de la guerra, con los intereses del narcotráfico, de la agroindustria, del capital transnacional, la ampliación de la infraestructura nacional y de la frontera agrícola.

Y no puede caber la menor duda que las violencias originadas en tales intereses, han repercutido negativamente sobre las condiciones enunciadas por la Corte Constitucional como requisitos *sine qua non* para el reconocimiento del fuero y la jurisdicción indígenas, esto es, la existencia de una comunidad organizada, que cuente con normas, tradiciones o costumbres que regulen los conflictos entre sus miembros, con autoridades investidas de poder jurisdiccional dentro de un territorio determinado y con capacidad real de hacer cumplir sus decisiones<sup>54</sup>.

### III. El fuero y la jurisdicción indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Constitución Política colombiana de 1991 le ha conferido a la Corte Constitucional “[...] la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (C. P., art. 241) y, en ejercicio de las funciones derivadas de dicho mandato, con motivo del estudio de constitucionalidad de las leyes o de la revisión final de los fallos de tutela proferidos por los juzgados y tribunales del país, ha decidido los conflictos más importantes que se han presentado entre el fuero y la jurisdicción indígenas y el sistema jurídico estatal. Por esta razón, en el presente acápite, se procurará sistematizar la evolución jurisprudencial sobre esta materia con el fin de conocer el grado de reconocimiento que el fuero y la jurisdicción indígenas han tenido en Colombia y determinar los factores que han comprometido la vigencia plena de los mismos.

---

logrando legitimidad, reconocimiento y apoyo en el contexto nacional e internacional entre grupos ecologistas. Este enfoque contrasta con quienes sostienen que el reconocimiento constitucional de dicho derecho, no tiene como significado el de ser condición *sine qua non* de la reproducción de las culturas indígenas, sino la de ser funcional a la necesidad de salvaguarda ecológica, en el contexto de una crisis planetaria de carácter ambiental. Cf., en este último sentido, VILLA R., William, "El Estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación", p. 139.

54 Véase, más adelante, III. En idéntico sentido, BONILLA MALDONADO, DANIEL, *La Constitución multicultural*, pp. 39-40, donde concluye que: “Las minorías no pueden definir los límites, características y futuro de sus sistemas de gobierno si no están en condiciones de definir cómo utilizar los recursos naturales en sus territorios y de determinar el grado de contacto que desean tener con la mayoría cultural. El autogobierno y la soberanía sobre un territorio definido están estrechamente vinculados. El primero no existe sin la segunda. No hay autodeterminación política sin un territorio sobre el cual pueda ejercerse”.

## 1. Elementos y requisitos para el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción indígena

a) La naturaleza que se le atribuya al fuero indígena define, en gran parte, los elementos que lo integran y los requisitos para su reconocimiento. En este asunto, la Corte Constitucional no ha tenido una posición unívoca y ha oscilado entre las tesis del fuero como *derecho colectivo*, cuyo titular es la respectiva comunidad indígena, y la de *derecho personal*, cuyo titular es el indígena miembro de ésta, aunque no han faltado decisiones que procuran hacer una integración de ambas tesis.

El enfoque que privilegia la concepción del fuero como derecho colectivo conforme al cual se faculta a la comunidad indígena a juzgar las conductas de sus miembros a través de sus autoridades y de conformidad con sus normas, prácticas y costumbres tradicionales, ha enfatizado el carácter potestativo de su ejercicio y la condición renunciante de tal derecho<sup>55</sup>. En cambio, el enfoque que lo asume como derecho personal del indígena lo interpreta como concreción material de la garantía del juez natural, uno de los componentes del debido proceso, y, consecuente con la tradición liberal en la materia, tiende a afirmar su carácter de derecho no renunciante ni sustituible por el titular y de observancia obligada por autoridades indígenas y nacionales investidas del poder jurisdiccional<sup>56</sup>.

La regulación específica que hace nuestra Constitución de la jurisdicción especial indígena (art. 246) también ha informado la jurisprudencia de la corporación analizada, en especial en la definición del problema relativo al “ámbito territorial” que ha de comprender dicha jurisdicción.

A continuación se procede a hacer una lectura transversal de las tesis y argumentos contenidos en las decisiones de la Corte Constitucional en relación con los requisitos exigidos para el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción especial indígenas.

b) La sentencia T-496 de 1996, adscrita al enfoque del fuero indígena como derecho personal, afirma que este lo componen dos elementos: uno de carácter “personal”, el derecho del indígena a ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter “geográfico”, que consiste en que cada comunidad puede juzgar con sus propias normas las conductas de sus miembros siempre y cuando ocurran dentro de su territorio. Es importante aclarar que no se exige que ambos requisitos concurren para reconocer el fuero; basta, en algunos casos, el “personal” para ello.

Por el esfuerzo que en la sentencia se hace por sistematizar diversos problemas que se pueden presentar en relación con el fuero indígena, prescribiendo las líneas generales para su solución, se resumen las tesis expuestas en ella. En efecto, si la acción típica es cometida por un miembro de un “pueblo indígena” dentro de su

---

55 Cf. Sentencia T-552 de 2003, explícita en tal sentido.

56 Cf. Sentencias T-496 de 1996 y T-728 de 2002.

territorio, atendiendo a las consideraciones territoriales y personales ya expresadas, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional. Sin embargo, si el indígena, de manera individual, afecta a una persona que no es integrante de su comunidad, por fuera del ámbito geográfico del resguardo, la solución válida no siempre la dará la “regla general de territorialidad”, sino que el juez estará obligado a tener presente las siguientes consideraciones: cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso, pero, adicionalmente el juez tiene “[...] 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”. Si su contacto con la sociedad mayoritaria es precario, accidental, y su particular cosmovisión le inhibía la posibilidad de conocer la reprochabilidad de su conducta en el otro ordenamiento, se le deberá devolver a su entorno cultural, “[...] en aras de preservar su especial conciencia étnica”; por el contrario, si, atendidos sus contactos con la “comunidad mayoritaria”, cabe afirmar que conocía el “carácter perjudicial” del hecho, sancionado además por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, deberá ser sancionado conforme a los contenidos del sistema jurídico nacional.

Si la conducta es sancionada en ambos ordenamientos, es inferible que “la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial”, pero, incluso en estos supuestos, el juez no podrá circunscribirse al aspecto territorial para definir la competencia, sino que le es obligatorio entrar a valorar plurales circunstancias para determinar la conveniencia o no de que el indígena sea juzgado y sancionado por su propia comunidad o por el sistema jurídico nacional. Y las materias que, en concreto, deben ser consultadas por el juez para tomar la decisión son las siguientes: las culturas involucradas, la conciencia étnica del sujeto, su grado de integración frente a la cultura mayoritaria, el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece y la afectación del individuo frente a la sanción. En conclusión: “La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”.

Se anota, en la misma sentencia, que la solución aquí propuesta tiene como ventajas que se aparta del concepto de inimputabilidad para efectos de definir el juzgamiento de los indígenas<sup>57</sup> por reputarlo incompatible con la filosofía de la Carta

---

57 Lo cual era propio del Decreto 100 de 1980, anterior Código Penal (artículos 31 y 96), que para dar solución al conflicto que representaba la violación de la ley penal por parte de los indígenas, procedía a diferenciarlos de la siguiente manera: de una parte, los que habían sido “aculturizados”, esto es, introyectado los valores que subyacen a las normas penales, a los cuales declaraba responsables penalmente como imputables, y les imponía las penas allí previstas; de otra, los que todavía permanecían anclados a los referentes valorativos de su propia cultura y ello les inhibía conocer la ilicitud de su conducta o determinarse de conformidad a las exigencias del derecho positivo, declaraba inimputables por “inmadurez psicológica” y los sancionaba con la “medida de seguridad” de reintegro a “su medio ambiente natural”.

Política del 1991, que reconoce el carácter multiétnico y multicultural de nuestra sociedad, lo que determina que la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, más que dar pábulo a la minimización y/o discriminación, deben conducir al reconocimiento de que estos contribuyen “[...] al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías”<sup>58</sup>. La otra ventaja es que no equipara al indígena con los demás miembros de la sociedad, lo cual se corresponde con una nación “[...] que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural”, y en la que por lo tanto, “[...] ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse”.

Los fallos posteriores que recogen los argumentos de esta sentencia y en los cuales, incluso, se afirma que hay certeza del carácter indígena del sujeto procesado y, por tanto, que se cumple con el elemento “personal” del fuero, terminan negando su reconocimiento al privilegiar otros factores: uno de ellos es el territorial, con argumentos como que la conducta delictiva investigada ocurrió por fuera del territorio del resguardo o que el victimario o la víctima, no obstante ser indígenas, no residían en éste<sup>59</sup>; otro es que la víctima es ajena a la comunidad y en consecuencia, es necesario salvaguardar sus derechos, los cuales se reputan prevalentes sobre los derechos al fuero y a la autonomía de los pueblos indígenas<sup>60</sup>. Sin embargo, el más frecuente es el grado de aculturación que ha sufrido el indígena y/o la comunidad a la que pertenece, de lo cual infieren que la racionalidad y cosmovisión propias y/o de su comunidad, no son obstáculo para comprender la ilicitud de la conducta y los valores que la informan<sup>61</sup>.

---

58 Cf. T- 496 de 1996. En la sentencia C-370 de 2002, con motivo del estudio de la ley 599 de 2000 -Código Penal actualmente vigente-, la Corte considera que el concepto de inimputabilidad por “diversidad sociocultural” puede ser dotado de un significado no peyorativo o discriminante: “la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (C.P. artículo 8)”.

59 Cf. Sentencias T-667 de 1998 y T-728 de 2002.

60 Cf. Sentencia T-552 de 2003, según la cual, “Cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias para establecer si además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si, por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desenvuelto por fuera de ese ámbito y frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanciones de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional”.

61 Cf. Sentencia T-728 de 2002, en la cual se asevera que “[...] la prueba es concreta en señalarla como persona que si bien es indígena y aún reside en un resguardo, su racionalidad y cosmovisión

c) El enfoque que asume el fuero especial como un derecho colectivo de la comunidad indígena ha sido más proclive a la ampliación de los requisitos para su reconocimiento. La sentencia T-1238 de 2004, inscrita en este enfoque, al analizar si es parte del debido proceso que el juez del sistema jurídico estatal adelante de manera oficiosa las diligencias probatorias necesarias para establecer si hay o no lugar a aplicar el fuero, concluyó negando dicha obligación, para lo cual adujo que la jurisdicción especial es una potestad de las comunidades indígenas, que pueden o no ejercerla y, por lo tanto, si no lo hacen, el juez de la República —quien ejerce jurisdicción en todo el territorio nacional por mandato legal— legítima y válidamente, puede adelantar el proceso penal. Consecuente con lo expuesto, la manifestación de voluntad de una autoridad tradicional competente se erige en un factor adicional al personal y al territorial para que el caso sea asumido por la jurisdicción indígena y, en ausencia de ésta, el juez ordinario no pierde la competencia para conocer del asunto. Por lo tanto, en los eventos en los que cualquier sujeto procesal considere que el procesado está amparado por el fuero especial indígena, debe elevar una solicitud a la autoridad indígena que considere competente, para que ésta le presente la solicitud al juez que conoce del proceso<sup>62</sup>.

d) A partir de la Constitución de 1991, se ha operado un proceso dinámico de las comunidades indígenas encaminado a la recuperación de su identidad y a la reafirmación de su autonomía, que ha estado rodeado de avatares y dificultades de diversa índole que imposibilitan la asunción plena del poder jurisdiccional por parte de sus autoridades. Ello explica que los ordenamientos jurídicos tradicionales carezcan, en algunos casos, de antecedentes sustantivos y procesales claros para juzgar algunas conductas y que la vulnerabilidad de los pueblos indígenas, ante determinados actores, los haya obligado a remitir el juzgamiento a la jurisdicción del Estado; además, la carencia de medios coercitivos y organizativos los ha determinado a optar por no ejercer el poder jurisdiccional. Ante esta situación, la Corte ha vinculado otros requisitos para el reconocimiento del fuero, como los siguientes: que existan precedentes de carácter sustantivo y procedimental dentro del sistema jurídico tradicional para ejercer el control social de la conducta, que la autoridad indígena que exterioriza la voluntad de asumir el juzgamiento se encuentre en capacidad de ejercer la jurisdicción de acuerdo al procedimiento previsto por sus usos y costumbres, y que se encuentre en condiciones de hacer efectiva la sanción impuesta a los infractores<sup>63</sup>.

---

es indicativa que su vida se desarrolla en un porcentaje en nuestro medio, lo cual incluso la ha llevado a no hablar ya la lengua nativa, aunque dice entenderla”. Por lo tanto, considera la Sala que no es dable reconocerle a O.P.S. el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, “[...] pues al ser capaz de entender los valores de la conducta recriminada, no resulta inconveniente juzgarla de acuerdo con el sistema jurídico nacional”.

62 Cf. Sentencia T-1238 de 2004.

63 Cf. Sentencias T-552 de 2003 y T-1238 de 2004.

e) Correlativo con el problema antes planteado se encuentra el de la legitimidad y la validez de la renuncia a la jurisdicción por parte de las comunidades y autoridades indígenas investidas del poder jurisdiccional, con obvias repercusiones sobre el fuero y su naturaleza. En sus primeras decisiones sobre el asunto, la Corte aceptó como plenamente válida la renuncia que hicieran las autoridades indígenas investidas de poder jurisdiccional para que la investigación y el juzgamiento los asumiera la jurisdicción nacional, no obstante tenerse la certeza sobre la competencia de la jurisdicción indígena y de que operaba el fuero especial indígena<sup>64</sup>.

En fallos posteriores, se advirtieron las dificultades que el carácter potestativo de la jurisdicción indígena tenía para los principios del juez natural y la legalidad del proceso, y se procedió a establecer como regla que si la autoridad indígena asumía el conocimiento de un asunto, era perentorio que lo siguiera haciendo respecto de los demás, perdiendo con ello la jurisdicción su carácter potestativo. Y, consecuente con esta regla, los integrantes de la comunidad adquirirían su derecho al fuero de manera plena.

“[...] el ejercicio de la jurisdicción es una opción que la Constitución ha abierto para estas comunidades, pero que no siempre están en condiciones de asumir. Para que en cada caso proceda la jurisdicción indígena se requiere que exista una autoridad indígena con competencia territorial y personal, y que tal autoridad esté dispuesta a asumir el juzgamiento [...]

Las autoridades indígenas pueden, así, reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, porque cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización. Así, por ejemplo, una vez asumida esa función jurisdiccional, no pueden las autoridades tradicionales ejercerla de manera selectiva en unos casos si y en otros no, y surge de manera plena el fuero para lo integrantes de la comunidad conforme al cual tienen el derecho a ser juzgados por su propias autoridades, las cuales, a su vez, tienen el deber de hacerlo [...]”<sup>65</sup>.

---

64 Cf. Sentencia T-349 de 1996. Este antecedente le sirvió de referente al gobierno para tratar de legitimar iniciativas legislativas que harían de la jurisdicción especial indígena un derecho renunciante. Tal es el caso del Proyecto de Ley Estatutaria elaborado por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Justicia. Cf. JIMENO SANTOYO, GLADYS, *Hacia tal reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Concepto de la dirección general de asuntos indígenas 1995 - 1998*, pp. 197- 203.

65 Cf. Sentencia T-552 de 2003. La tesis del carácter potestativo del fuero es reiterada en la

f) La Corte también ha previsto que el indígena, de manera individual, puede tener interés en escoger a su arbitrio la jurisdicción que considere le es más conveniente. Esta posibilidad es rechazada en principio, pero se acepta que la jurisdicción nacional por solicitud del indígena sea la que lo juzgue cuando se acredite, por ejemplo, que la jurisdicción indígena "no está en condiciones de garantizar el debido proceso"<sup>66</sup>. No sobra anotar que el fallo no formula la hipótesis de una jurisdicción nacional incapaz de garantizar el debido proceso, muy posiblemente porque la considera un imposible fáctico y jurídico.

## 2. Observaciones críticas a las tesis de la Corte Constitucional

Frente a las tendencias generales de las tesis suscritas por la Corte Constitucional colombiana en relación con el fuero y la jurisdicción especial indígenas, es posible hacer las siguientes consideraciones:

a) La Constitución Política hace explícito reconocimiento de la existencia de una pluralidad de grupos étnicos y culturales con autonomía en sus sistemas de valores, lo cual legitima la vigencia de diferentes órdenes normativos y, por consiguiente, distintas formas de control social. Asimismo, una comprensión cabal del principio de igualdad, cuyo contenido se corresponda plenamente con el paradigma de Estado Constitucional de Derecho, permite concluir que los pueblos indígenas, por su vulnerabilidad con motivo de las diversas violencias de las que históricamente han sido víctimas, merecen una especial protección, la cual debe abarcar a sus autoridades, territorios, lenguas, modelos de desarrollo y sus concretas expresiones culturales, entre las cuales se encuentran sus específicas formas de resolver sus conflictos y de control social.

b) El fuero y la jurisdicción especial indígenas (Constitución Política, artículo 246), son concreción material de diversos principios constitucionales: el pluralismo (C.P., artículos 1 y 2), el carácter democrático del sistema político (C.P., Preámbulo y artículo 1), el respeto a la diversidad étnica y cultural, la protección de la riqueza cultural (C.P., artículo 7) y la igual dignidad de todas las culturas que conviven en nuestro territorio

---

sentencia T-1238 de 2004, en los siguientes términos "En una hipótesis tal, es posible que las autoridades tradicionales no tengan la capacidad para asumir el conocimiento de esas ofensas, que no existan precedentes en la comunidad sobre el particular y que no estén en condiciones de hacer efectiva una sanción a los infractores. Así, por ejemplo, no cabría imponerle a un Consejo de Ancianos que ejerce un precario control social, contra su voluntad, el conocimiento de unos delitos cometidos por individuos de alta peligrosidad, pertenecientes a su comunidad y dentro de su comprensión territorial, si previamente esa autoridad no ha exteriorizado su decisión de asumir el conocimiento de tales delitos [...], la decisión de ejercer la jurisdicción obedece a una opción de la comunidad, expresada a través de sus autoridades cuando quiera que se estime que están dados los presupuestos para ello".

66 Cf. Sentencia T-552 de 2003.

(C.P., artículos 13 y 70). El conjunto de los mismos obligan al Estado a cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo<sup>67</sup>.

Un enfoque hermenéutico consecuente con estos principios, legitima una interpretación de la Constitución en términos de la competencia exclusiva de la jurisdicción especial indígena en todos los casos en que se ventilen conflictos que tengan como protagonista a un miembro de una comunidad indígena organizada, como se tratará de demostrar.

A la luz de los principios de igualdad y dignidad de todas las culturas, del respeto a la diversidad étnica y cultural y del pluralismo jurídico, no hay razón que justifique que cuando una persona no indígena realiza un delito en el territorio indígena con perjuicio de esta comunidad o de integrantes de la misma, se afirme, sin la menor duda, que la competencia es exclusiva de la jurisdicción del Estado y que a igual conclusión no se llegue respecto de la competencia exclusiva de la jurisdicción indígena para juzgar las conductas de los miembros de dicha comunidad, incluso cuando éstas se realizan por fuera del resguardo y/o en contra de intereses de comunidades diversas o cuando afectan a una persona no indígena.

Asimismo, cuando la conducta realizada por una persona no indígena vulnera de manera grave los derechos de una comunidad indígena y/o de integrantes de ella, y la legislación penal del Estado no la tiene tipificada como delito, no es posible derivar de esta circunstancia, ni un mandato de criminalización, ni la competencia de la comunidad indígena para juzgarla. Y si de respetar la igualdad de los pueblos se trata, del hecho de que la conducta de un indígena afecte los derechos de otras comunidades y/o integrantes de éstas, y esté tipificada como delito en el ordenamiento estatal, no así en el de su comunidad, no es posible derivar ni la obligación de la comunidad indígena de prescribirle penas, ni el que pierda la competencia para juzgarla. En uno y otro caso, para ser respetuosos de la igualdad y de los principios enunciados, lo pertinente es la construcción un diálogo intercultural que, a partir de la comprensión de las cosmovisiones del otro, genere procesos encausados a un mutuo respeto como condición de paz y unidad nacional<sup>68</sup>.

---

67 Cf. Sentencias T-380 de 1993, T-001 de 1994 y T-523 de 1997.

68 A esta propuesta parece adscribirse la Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2002, cuando expresa: "35. En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (C.P. artículo 70) [...]". Y uno de dichos instrumentos, según la misma sentencia, puede ser el proceso penal, con lo cual éste perdería "[...] su connotación puramente punitiva y tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural".

En este mismo orden de ideas, si es cierta la vocación de respetar el pluralismo y la autodeterminación de los pueblos, en los eventos en los que la comunidad indígena avanza hacia la recuperación de su identidad y la reafirmación de su autonomía, y, por ello, la jurisdicción especial se encuentra en proceso de construcción, no es razonable, ni legítimo aducir esta circunstancia para asignarle el tratamiento del conflicto al sistema jurídico estatal y despojar, con ello, a la comunidad de la oportunidad de elaborar instituciones, normas y procedimientos que, de conformidad con su cultura y tradiciones, traten como protagonistas de los problemas que tienen a los integrantes de ésta.

Iguales consideraciones cabe hacer en los eventos en los que la comunidad indígena o sus autoridades sean vulnerables a la violencia que pueden ejercer algunos de sus miembros, o cuando, por la carencia de medios coercitivos y organizativos, estén obligadas a optar por no ejercer el poder jurisdiccional. Ante estas circunstancias, lo pertinente sería colaborar con la comunidad y con sus autoridades prestándoles la ayuda necesaria para colocarlos en condiciones de dar solución a sus propios conflictos. Y a esta conclusión es válido llegar no solo porque de esta forma se cumple la axiología constitucional contenida en los principios atrás enunciados, sino también porque el Estado está obligado a prestar dicha colaboración con la jurisdicción de las comunidades indígenas, dado que éstas son parte de la rama judicial del poder público, tal como explícitamente lo prescribe la Constitución y lo ratifica la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>69</sup>.

Además, afirmar que, por razones de impunidad, mayor salvaguarda a los derechos de las víctimas, o mejores garantías para los procesados, es válido y legítimo que la jurisdicción especial indígena renuncie o sea desplazada por la jurisdicción penal del Estado del conocimiento de conflictos cuya competencia constitucionalmente les ha sido reconocida, tiene como objeción política que los mismos males que se le imputan a aquélla, los tiene ésta. Si algo caracteriza el sistema penal que administra el Estado colombiano son los índices de impunidad en general y en particular respecto de las formas de violencia más graves (genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado, tortura, etc.), su colonización por la corrupción, su cooptación o amedrantamiento

---

69 En la sentencia T-239 de 2002, se hace explícito reconocimiento de la obligación de todas las autoridades del Estado de colaborar con la jurisdicción indígena: “[...] es un hecho comprobado que la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y, como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etc. para completar su realización. Por ello, es obligación del Estado, a través de las autoridades del ejecutivo (Ministerio del Interior y de Justicia, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pueda avanzar en su consolidación”. Esta tesis es reiterada en la sentencia T- 1026 de 2008.

por poderes subterráneos y tenebrosos<sup>70</sup>, el quebrantamiento de todos los principios constitucionales de naturaleza sustantiva y procesal que normativamente se imponen como límites al ejercicio del *ius puniendi*<sup>71</sup>, y el desconocimiento de los derechos que el Estado Constitucional de Derecho ha construido a favor de las víctimas.

c) La tesis según la cual “ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse” -pacífica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que traduce correctamente el significado y la relevancia de los principios del respeto a la diversidad étnica y cultural, la igual dignidad de todas las culturas, el derecho de las comunidades indígenas a su autonomía, y consecuentemente, a su propia jurisdicción-, termina siendo negada cuando, a renglón seguido, se asevera que existe una relación directamente proporcional entre el grado de “aculturización” de una comunidad indígena y/o de un integrante de ella y la competencia del sistema punitivo estatal para conocer del conflicto surgido con motivo de la conducta imputable a un indígena. Las razones que sustentan esta afirmación, son varias:

En primer lugar, el concepto de “aculturización” no tiene ni valor jurídico o político, ni es merecedor de respeto alguno, si con su significado lo que se pretende es encubrir eufemísticamente las diversas violencias y discriminaciones que se ejercen y se han ejercido en contra de las comunidades indígenas por parte de los poderes económicos y políticos que representan la “visión mayoritaria”, como el despojo de las tierras tradicionalmente habitadas por la comunidad, la criminalización de sus resistencias, el asesinato y desaparición de sus líderes, el avasallamiento por el hambre y la minimización de dichas culturas. Sobre estas realidades, constitutivas de un etnocidio, es imposible política y éticamente construir la legitimidad de la jurisdicción propia de la “visión mayoritaria” para juzgar a los sobrevivientes de tal barbarie.

---

70 Cf. Mauricio García Villegas (Director), *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, en donde se aborda la administración justicia desde un enfoque sociopolítico y, se asume como tesis, el carácter fragmentado o en disputa de la soberanía estatal en mucha parte del territorio nacional, concluyendo, entre otras cosas, que: “No es suficiente tener un juzgado municipal para que exista justicia en un municipio. Los jueces que están en zonas de conflicto armado -aproximadamente la tercera parte de los jueces municipales del país- operan con toda la apariencia de normalidad. Sin embargo, cuando se mira en detalle lo que hacen, se constata que allí lo que existe es, o bien una justicia oficial que compite con una justicia ilegal, o bien una justicia inocua, que no tiene mayor trabajo porque no hay conflictos, y no los hay porque la población vive fajo la férula de un ejército de ocupación” (Ibid., p. 15).

71 Cf. LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN, “Todavía quedan jueces en Colombia (Comentario a la sentencia del 4 de febrero del 2000, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, M.P. Fernando Tocora)”, pp. 184-186. Respecto a la proclividad del sistema penal colombiano, a desconocer sus propias bases de legitimación, Cf. MARTÍNEZ S., Mauricio, *La Crisis de la Justicia Penal en Colombia*; OROZCO ABAD, Iván y GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel, *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*; PÉREZ TORO, William Fredy, VANEGAS YEPES, Alba Lucía y ALVAREZ MARTÍNEZ, Carlos Mario, *Estado de derecho y sistema penal*.

Además, si, no obstante la “aculturización” de una comunidad, subsisten en ella elementos que permitan afirmar su carácter indígena, y su lucha por conservar su identidad cultural apuntalando sus propios formas de control social, usurparle su derecho a juzgar las conductas de quienes la integran constituye, en nuestro sentir, un nuevo etnocidio, pues, con ello, se obstaculiza la posibilidad de reconstruir su propia identidad, entre cuyos elementos el control social autónomo reviste mayúscula importancia.

En segundo lugar, si por “aculturización” se entiende la recepción que hace una cultura minoritaria como la indígena de elementos de una mayoritaria<sup>72</sup>, producto de la interacción permanente que existe entre ellas al compartir un territorio, un Estado y hasta una historia común, ello por sí mismo no autoriza a afirmar que la primera ha perdido los rasgos característicos de su identidad cultural, porque ésta es dinámica y se construye en diálogo permanente con otras culturas<sup>73</sup>. Además, si nuestra Constitución Política concibe la pluralidad de culturas como una de nuestras grandes riquezas, y prescribe que en forma igualitaria todas tienen el derecho a la autonomía y reclama la necesidad de un diálogo horizontal e igualitario entre ellas, no porque una de las culturas prohija elementos de otra, aquella puede ser despojada de sus derechos, entre los cuales cabe contar el derecho a su propia jurisdicción.

De otro lado, no es un despropósito afirmar que nuestra cultura, aunque mayoritaria, es igualmente “aculturizada”, tanto por los contactos que ha tenido y tiene

---

72 V.gr., el conocimiento del idioma español, la asimilación de nuestras técnicas de producción o costumbres alimentarias, el reputar como disvaliosas conductas que nuestros códigos definen como ilícitas, el imponer las mismas penas del sistema jurídico estatal, como lo es la prisión, etcétera.

73 En este sentido, Cf. SÁNCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, *La Jurisdicción Especial Indígena*, pp. 53 y 56, quienes afirman: “Los indígenas han sido erróneamente pensados como seres cuya identidad ontológica está definida por su nacimiento o por portar determinadas características. No son pensados, ni tratados como seres en devenir, cuya identidad no consiste en el mantenimiento de algo inmanente y estático, sino que se determinan como todos los humanos en sociedad, en invención permanente de su identidad en relación con su mundo y el de los demás. Los sujetos como los grupos sociales, van incorporando conocimiento, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo, que son producto de relaciones sociales cambiantes. Este orden se define por los referentes de la cultura que se ha modificado históricamente y sirve de guía para los comportamientos que otorgan significaciones compartidas [...]”.

“La interiorización de elementos socioculturales y de cultura material pertenecientes a otras sociedades y culturas, que supuestamente acaban con la identidad, en muchos casos es condición necesaria para poder existir. La singularidad propia de estas comunidades en las cuales se reproducen y se manifiestan formas diferentes de vida social, son los *sentimientos y vivencias colectivas* que siempre son cambiantes y siempre se recrean con el tiempo, sin recurrir a estructuras petrificadas o camisas de fuerza que no se modifican temporal ni definitivamente. Esta es una de las visiones que actúa como presupuesto del reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural que debe ser modificada”.

con otras culturas existentes dentro del país, como con culturas extranjeras. Entre ellos se encuentran los nexos con las culturas indígenas y nadie, hasta el presente, se ha atrevido a afirmar que, por ello, la jurisdicción indígena adquiere el derecho o la competencia para avocar el conocimiento de las conductas realizadas por personas de nuestro margen cultural, ni siquiera en los eventos graves y recurrentes en que las víctimas son las propias comunidades indígenas.

En conclusión, si queremos ser consecuentes con el derecho a la igualdad de todas las culturas, erigido como principio por la Constitución Política, la jurisdicción especial indígena -expresión del derecho colectivo a la autonomía cultural y étnica- debe ser respetada y privilegiada cuando de un indígena se trate.

d) La “aculturización” del indígena con motivo del desplazamiento que realiza a un lugar por fuera del territorio de su comunidad, bien sea de manera temporal o por un tiempo más o menos prolongado, no es una circunstancia que tenga la entidad de argumento legítimo para determinar la vigencia o no del fuero indígena en un caso concreto. Y ello porque, con sus ausencias temporales, su identidad no se afecta y, antes por el contrario, se puede ver enriquecida<sup>74</sup>.

Igualmente, a lo largo de nuestra historia, son plurales las formas de violencia que han afectado la permanencia de los indígenas en sus territorios<sup>75</sup>: la expansión del latifundio y de los narcopropietarios; la explotación minera y petrolera; el deterioro de sus ecosistemas por la explotación ilegal del bosque, las aguas, la flora, la fauna, con el correlativo deterioro de las condiciones para la satisfacción de sus necesidades alimentarias y de vivienda; los megaproyectos que comprometen tierras habitadas por los indígenas; y el desplazamiento forzado con motivo del conflicto armado. Desde luego, ninguna de estas formas de violencia constituye un argumento legítimo para sustentar la tesis de que las comunidades indígenas o sus integrantes pierden el derecho a la jurisdicción especial o al fuero, porque por ellas se vieron obligados a abandonar su territorio para garantizar su existencia.

Agréguese a lo anterior que si a favor de los indígenas “es necesario que se imponga siempre un trato preferencial”, como una manera de compensar social y políticamente “el abandono, la humillación y discriminación” a los que han sido

---

74 Por ejemplo, cuando su desplazamiento se da para realizar alguna de las siguientes actividades: asistir a un evento nacional o internacional; visitar a familiares o amigos; cumplir con actividades políticas y administrativas, como es el caso de los indígenas elegidos para las corporaciones públicas o para regir los destinos de entes territoriales como municipios y gobernaciones; estudios de cualquier grado; marchar hacia una ciudad o municipio, con el fin de protestar, denunciar la violación de sus derechos o presionar la consulta previa respecto de políticas públicas que pueden afectar sus intereses.

75 Para un análisis a fondo sobre este asunto, Cf. VILLA, William y HOUGHTON, JUAN, *Violencia Política contra los pueblos indígenas en Colombia 1974-2004*; HOUGHTON, Juan, “Estado del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en Colombia”, pp. 171-234.

expuestos<sup>76</sup>, consecuentemente con ello, debe privilegiarse la vigencia de la jurisdicción y del fuero indígenas, porque es indudable que el sistema de justicia penal en manos del Estado ha sido otra de las formas de “humillación”, “discriminación” y aniquilamiento cultural, político y social de dichas comunidades. De ello da fe la historia de la inquisición en Colombia, la criminalización de la lucha indígena por recuperar los resguardos, y la represión a la organización y movilización indígenas en contra de diversas políticas estatales. Por esta razón, si el sistema de justicia penal Estatal hace parte del proceso de “aculturización” sufrido por los indígenas, para compensar la desigualdad material que les representa a tales culturas y etnias, se hace necesario entronizar un trato privilegiado, preferencial para ellas, que no puede ser otro que respetar las formas autónomas que culturalmente han construido para la solución de los conflictos intraétnicos.

e) En la actualidad, las comunidades y las organizaciones indígenas son actores políticos que confrontan la legitimidad de diversas políticas públicas del programa de gobierno del presidente Alvaro Uribe Vélez<sup>77</sup>, lo que han hecho a través de mingas, marchas, toma de instalaciones públicas, denuncias ante organismos y ONG internacionales protectoras de los derechos humanos, demandas judiciales, etcétera. Todas estas expresiones de resistencia y de lucha, las cuales han contado, muchas veces, con la participación de toda la comunidad y con el liderazgo y el aval de sus autoridades, por razones obvias no serán reprochadas y muchos menos castigadas por la jurisdicción indígena. Ante esta situación, el Estado pretende sojuzgarlas con la criminalización, a través de capturas masivas y selectivas y mediante la judicialización amparada en delatores e informantes profesionales o reclutados dentro de la misma comunidad<sup>78</sup>.

---

76 Cf. Sentencia T-567 de 1992.

77 Véase, más arriba, acápite II.

78 El Presidente Álvaro Uribe Vélez, en el consejo comunitario realizado en la ciudad de Popayán (Cauca) el día 15 de marzo del 2008, de manera explícita calificó de delincuentes a las comunidades indígenas del Cauca y ordenó poner precio por sus cabezas, en los siguientes términos: “.. ¿Hemos pagado alguna recompensa por información sobre invasores? [...] ¡Ofrezcámoslas! eso ha sido muy útil en el país. Dicen: «no, es que están allá, están tan consolidadas, que no los rompen». Los rompen. Los delincuentes terminan rotos. A uno le dicen «no, esa gente es muy unida, se unen para invadir y nadie va a delatar al otro». Mentiras. Los delincuentes terminan acusándose los unos a los otros (...)”; y concluyó: “los delincuentes terminan traicionándose, y la recompensa ayuda a que se traicionen. Hay que romperlos con la recompensa, Mi General [...] las autoridades militares y de Policía quedan esta noche autorizados para ofrecer recompensas por estos casos y facilitar la judicialización”. En esta misma oportunidad, el jefe del Estado, al conocer el carácter excarcelable del delito de invasión de tierras, procedió a instruir al entonces ministro del Interior y de Justicia, Carlos Holguín Sardi, para que iniciara un proceso de concertación con el Congreso, con miras a la “necesaria” reforma penal en esta materia. Cf. *Semanario Virtual Caja de Herramientas*, N° 141,

Este conflicto evidencia el interés que tienen algunas autoridades estatales de restringir el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción indígenas, con la correlativa ampliación de la competencia de la jurisdicción penal del Estado, lo que se reputa necesario para vencer la resistencia de pueblos “apabullados, pero no derrotados”, feliz expresión de ARCHILA<sup>79</sup>, con la cual quiere relieves su valentía ante la arbitrariedad y la infamia.

#### **IV. Los límites materiales de la jurisdicción penal indígena**

En este acápite se estudian los fallos de la Corte Constitucional que se refieren a los conflictos que se presentan entre los “Derechos humanos” y los contenidos y prácticas propias de la jurisdicción penal que ejercen las comunidades indígenas. Para una descripción integral del tema y su presentación en términos pedagógicos, resulta necesario abordar los siguientes asuntos: 1. Las normas jurídicas que regulan el conflicto en el caso colombiano, las cuales no difieren de manera sustancial de otros sistemas jurídicos latinoamericanos; 2. Los referentes teóricos que han informado las decisiones de la Corte Constitucional; 3. Los conflictos concretos entre los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas con los “derechos humanos”, y la solución específica dada al caso por la citada corporación; 4. Y finalmente, el análisis de los límites impuestos a la jurisdicción especial indígena en los fallos descritos de carácter crítico, desde un enfoque socio-político.

##### **1. Normas jurídicas que regulan el conflicto**

En la historia constitucional colombiana, la jurisdicción especial indígena es reconocida por primera vez en la Constitución Política de 1991 como concreción de los acuerdos de la Asamblea Nacional Constituyente reunida ese mismo año, la que tuvo una minoritaria representación indígena. El artículo 246 de esta constitución, prescribe que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando ellos “[...] no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República”. A su vez, el artículo 93 incorpora al ordenamiento interno, con máxima jerarquía normativa, los derechos humanos contenidos en tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Uno de dichos convenios, justamente, es el 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), aprobado por el Congreso mediante la ley 21 de 1991, que prescribe, en su artículo 8, que los pueblos tienen derecho a conservar sus costumbres, su derecho consuetudinario e instituciones propias, “[...] siempre que

---

Bogotá, D.C., 19 de diciembre de 2008; Revista *Cambio*, N° 799, “Bomba de tiempo”, Bogotá, 23 al 29 de octubre de 2008.

79 ARCHILA, MAURICIO, “Apabullados, pero no derrotados. Movimientos sociales en Colombia al inicio del siglo XXI”, pp. 39-40.

éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Además, en su artículo 9, postula que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos recurren para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, “[...] en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”<sup>80</sup>.

## 2. Referentes teóricos que han guiado la solución

Conforme a las normas antes citadas, no existe duda de que los “Derechos Humanos”, nacional e internacionalmente reconocidos, constituyen, en el sistema jurídico colombiano, un límite a la jurisdicción especial indígena<sup>81</sup>. Sin embargo, la certeza de esta regla jurídica no es suficiente, por cuanto resta por definir otros asuntos de mayúscula complejidad y relevancia como lo son: la determinación de los derechos humanos que son inderogables e indisponibles para todo pueblo; si el contenido de éstos es uniforme en todas las culturas o, si por el contrario, varía conforme a las especificidades de cada una de ellas; y, finalmente, dado que se pretende regular identidades culturales y sociales cuya existencia es muy anterior a nuestro Estado, es perentorio definir los criterios que deben guiar el juicio de ponderación para resolver con justicia y equidad el conflicto entre los derechos humanos de naturaleza colectiva, como lo son la autodeterminación, la autonomía cultural y la igualdad, y los otros derechos humanos igualmente positivizados en la Constitución Política y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Para la solución de estos problemas, la Corte Constitucional ha sostenido la tesis de que la Constitución Política “[...] no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional”, muestra de lo cual es que prescribe como “regla general” el respeto a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural (C.P., art. 7), pero, simultáneamente, establece sus límites al obligar que su ejercicio sea de

---

80 En idéntico sentido, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, que en su artículo 34, prescribe: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

81 En este sentido, Cf. sentencia T-254 de 1994, donde se afirma: “La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”

conformidad con los preceptos constitucionales o legales (C.P., arts. 246 y 330).<sup>82</sup> Sin embargo, como la autonomía y la diversidad étnica y cultural tienen el carácter de principios constitucionales, para que su limitación esté constitucionalmente justificada, deben cumplirse dos condiciones<sup>83</sup>: la primera es que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía o, lo que es lo mismo, que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la autonomía y la diversidad étnica y cultural; la segunda es que del catálogo de restricciones posibles, se elija aquella que sea menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. De no cumplirse estas condiciones, puntualiza la Corte, el pluralismo que inspira la Carta Política, devendría ineficaz<sup>84</sup>.

Con fundamento en estos argumentos, la Corte infiere que el proceso hermenéutico llevado a cabo para resolver el conflicto debe estar guiado por dos reglas interdependientes entre sí: la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” y, correlativo a ella, la “minimización de las restricciones a dicha autonomía a las indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía”<sup>85</sup>. Adicionalmente, dado el carácter abstracto e indeterminado propio de las normas constitucionales, la interpretación prevalente es aquella que “[...] mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros” (interpretación “pro indígena”)<sup>86</sup>.

La Corte también asume como hecho incontrovertible que, en muchos casos, se presenta una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, lo que se explica por la divergencia de raíces que tienen estos con las normas consuetudinarias de las comunidades indígenas<sup>87</sup>. Lo anterior hace necesario encontrar unos “mínimos

---

82 Cf. Sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

83 Cf. Sentencias C-139 de 1996 y T-349 de 1996.

84 Cf. Sentencia C-139 de 1996.

85 Cf. Sentencias T- 349 de 1996, T- 523 de 1997 y C-127 de 2003.

86 Cf. Sentencias SU-510 de 1998 y C- 127 de 2003.

87 Cf. Sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996, T-496 de 1996 y SU-510 de 1998. La sentencia T-254 de 1994, presenta la tesis en los siguientes términos: “Mientras que éstos [los derechos humanos] filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente 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”. En la sentencia SU-510 de 1998, el argumento es del siguiente tenor: “48. La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de

universales éticos” que permitan “[...] trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones”. Esos “mínimos éticos” cree encontrarlos en las Cartas Internacionales de Derechos Humanos que han surgido como respuesta a estas necesidades y que constituyen “[...] la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores”<sup>88</sup>.

Si respecto de los referentes teóricos antes descritos es posible aseverar que hay cierto consenso en las sentencias de la citada corporación, no acontece lo mismo con los derechos humanos seleccionados como límite a la jurisdicción especial indígena. En efecto, la sentencia T-254 de 1994, que inaugura la discusión, ubica tal límite en la totalidad de los derechos humanos que están consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, pues estos configuran según la Sala un “[...] código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”.

En cambio, la sentencia T-349 de 1996, luego de un estudio de la misma normatividad, concluye que el núcleo de derechos que limita la jurisdicción indígena está integrado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, aduciendo dos razones para ello: la primera, que “[...] únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural”; la segunda, que este grupo “[...] se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado”. A ellos se suman, por expresa exigencia del artículo 246 de la Carta Política, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas.

A su turno, la sentencia SU-510 de 1998, que trata de unificar los criterios respecto de los asuntos sobre los cuales hay divergencias en las diversas salas de tutela, reitera este último fundamento y adiciona que la dignidad humana, esto es, la no afectación del “[...] núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”, también constituye un límite a la autonomía de las autoridades indígenas.

En decisiones posteriores, que supuestamente prohijan la tesis restrictiva, vinculó otros derechos como límite, por ejemplo, la proporcionalidad de la pena y el carácter redimible de la misma, los derechos de la víctima y la culpabilidad por el acto<sup>89</sup>.

---

cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones”.

88 Sentencia T-254 de 1994.

89 Cf. sentencia T-811 de 2004.

### **3. Conflictos concretos entre los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas con los derechos humanos**

Es pertinente ocuparse ahora, por su valor ilustrativo, de algunos de los más importantes conflictos que ha debido encarar la Corte Constitucional colombiana, sobre los límites sustanciales que nuestro ordenamiento jurídico le impone a la jurisdicción especial indígena.

#### **a) La legalidad del proceso y el derecho a la defensa**

En la sentencia T-349 de 1996, se suscribe la tesis de que la legalidad del proceso es un límite jurídico material de la jurisdicción indígena cuyo fundamento es el artículo 246 de la Carta Política, el cual prescribe que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone su existencia antes del proceso y de la decisión a fondo sobre la conducta objeto del juzgamiento<sup>90</sup>. Se argumenta, además, que, en razón del carácter prevalentemente no escrito de los sistemas jurídicos indígenas, el principio del “debido proceso” debe interpretarse en términos “de lo que es necesario para asegurar *la previsibilidad* de las actuaciones de las autoridades”, porque de no procederse de esta forma, se terminaría vulnerando el derecho a la autonomía cultural<sup>91</sup>. Dicha “previsibilidad”, en los términos de esta sentencia, significa que la actuación debe ser conforme a las tradiciones de la comunidad, a la forma como ella ha juzgado sus conflictos en el pasado, lo cual no comporta “volver completamente estáticas las normas tradicionales”, porque perentoriamente debe reconocerse el carácter dinámico que tiene toda cultura, incluso aquellas en las que el peso de la tradición es muy fuerte.

---

90 En el mismo sentido la sentencia T-254 de 1994, en la cual se afirma que el derecho fundamental al debido proceso, constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas (CP art. 246). El debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta, y la Corte considera que su contenido no puede ser otro que la plena vigencia y el respeto de las garantías y derechos que permiten afirmar que es “debido”, esto es, legítimo: los principios de legalidad, de imparcialidad, del 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 de cualquiera de estas garantías constitucionales para el juzgamiento y la sanción, constituye una vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Véase, asimismo, la sentencia T-048 de 2002.

91 Cf. Sentencia T-349 de 1996: “[...] la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse [...]. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta”.

Este asunto fue nuevamente tratado en la sentencia T-523 de 1997, en la que se valoró la legalidad del proceso que se había adelantado en contra de miembros de la comunidad, a quienes se les imputaba el haber instigado a un grupo insurgente a través de una falsa información (vínculos con el paramilitarismo), para sacrificar la vida del alcalde municipal, miembro igualmente de la comunidad. La autoridad indígena competente (Gobernador del cabildo) ordenó que la investigación se adelantara con la colaboración de otros cabildos de la misma región, en atención a que el caso era grave por tener como autores materiales a integrantes de un grupo insurgente. La Corte constató que el procedimiento había sido instaurado por convenio entre los diversos cabildos, precisamente para enfrentar “[...] los casos en los que estuvieran involucrados grupos armados”, razón por la cual concluyó que tal circunstancia hacía previsible el procedimiento adelantado y, por ende, su legalidad. Además, así el procedimiento no fuera, en estricto sentido, el seguido por los antepasados, por haber sido instaurado en fecha reciente (1984), ello tampoco era óbice para negar su legalidad, porque “[...] el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico”, esto es, transformarse atendiendo a los nuevos conflictos que le corresponde asumir y conforme a la interacción que la comunidad construya con otras realidades culturales<sup>92</sup>.

La sentencia T-349 de 1996 también redefine el derecho a la defensa para comprender en él instituciones propias de la jurisdicción especial indígena. En la tradición liberal, este derecho se ha entendido integrado tanto por la defensa material como por la defensa técnica, las cuales deben concurrir en todos los momentos trascendentales del proceso. Sin embargo, en el caso de la jurisdicción indígena, se le reconoce validez a la asunción de la defensa por los parientes del procesado, así estos carezcan de formación profesional<sup>93</sup>. En posteriores decisiones, la Corte ha ratificado que, en los juicios que se adelantan en la jurisdicción indígena, no se impone que la defensa sea asumida por un abogado<sup>94</sup>, sino que, válidamente, puede ser ejercida, por ejemplo, por un miembro de la comunidad que conozca su lengua y sus costumbres, sin perjuicio de que el acusado pueda adelantarla por sí mismo en forma directa<sup>95</sup>.

### **b) Principios de proporcionalidad y redención de la pena**

A estos efectos, la sentencia T-048 de 2002, al valorar la pena de expulsión definitiva de la comunidad impuesta al procesado por el cabildo indígena, la reputó como violatoria del principio constitucional de proporcionalidad y afirmó el carácter redimible que debe ostentar toda pena.

92 Cf. sentencia T-523 de 1997. Esta tesis es reiterada en la sentencia T- 549 de 2007.

93 Cf. Sentencia T-349 de 1996.

94 Cf. Sentencias T-253 de 1997, T-601 de 2001 y T-549 de 2007.

95 Cf. Sentencia T-523 de 1997.

“De tal manera que resulta excesivo y desproporcionado conminar al integrante de un grupo social étnico, como el actor, con fuerte conciencia colectiva, a vivir indefinidamente alejado del grupo, como quiera que tal decisión desconoce el profundo significado de la relación comunitaria, que debe animar a las comunidades indígenas en especial con aquellos que como el actor, se han empeñado en demostrarla.

“De otro lado, el artículo 28 de la Constitución Política prohíbe las penas irredimibles y el artículo 34 *idem* la cadena perpetua, de tal manera que aunque la expulsión del territorio –sanción usual en las comunidades indígenas- no resulta *per se* inconstitucional –dada su diferencia con la pena de destierro-, las comunidades que la imponen están obligadas a adoptar los mecanismos que permitan su redención, de manera que el alejamiento cumpla la función de reconciliar al infractor consigo mismo y con la comunidad a la que defraudó, y no se presente como una simple y odiosa retaliación –artículos 28, 29 y 34 C. P.-”<sup>96</sup>.

### **c) Principio de culpabilidad por el acto**

En la sentencia T-811 de 2004, se valora la prueba relativa a un homicidio cometido en contra de un miembro de la comunidad indígena y se concluye que el indígena condenado no fue “[...] el causante de la muerte que se le imputa”, o lo que es lo mismo, “[...] dicho resultado no hizo parte de la exteriorización de su conducta, de lo efectivamente realizado por él”, así se hubiere producido en el contexto de una riña en la que éste tuvo papel protagónico. Sobre estos supuestos, la Corte decidió que, en el caso concreto, se violó el principio de culpabilidad, porque al procesado se le impuso una pena por un acto que no cometió, consecuencia de aplicar un derecho penal de autor y no de acto<sup>97</sup>. En virtud de lo anterior, el fallo le ordena a las autoridades del Resguardo dejar sin efectos la pena impuesta al indígena condenado, y las exhorta a darle el mismo tratamiento que le impusieron a otros partícipes de la riña, no así del homicidio.

### **d) Prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes**

Sobre esta materia, en la sentencia T-523 de 1997 se encara la problemática atinente a la pena del “fuate” muy común entre las comunidades indígenas de nuestro

---

96 Corte Constitucional, sentencia T-048 de 2002.

97 Cf. Sentencia T-811 de 2004. Es importante anotar que la Corte en este fallo identifica el principio de culpabilidad con la proscripción de la responsabilidad objetiva y lo entiende contenido en el reconocimiento constitucional de la dignidad humana.

país y descrita como una flagelación con “perrero de arriar ganado” que, en el caso concreto, se ejecutó en la parte inferior de las piernas. Para la Corte, este tipo de sanciones contrasta con la visión hegemónica de la sociedad mayoritaria, que rechaza las penas corporales “[...] porque atentan contra la dignidad del hombre”, pero, en el caso de las comunidades indígenas que la tienen incorporada a su ordenamiento, las reputa válidas y legítimas, porque su finalidad “[...] no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo”; en otras palabras, es “una figura simbólica [...], un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía”. Y agrega que no puede equipararse a la tortura, pues el sufrimiento y el daño corporal que podría causar es mínimo, amén de que tampoco podría considerarse como pena degradante porque su finalidad no es humillar al individuo, someterlo al “escarmiento” público, “[...] sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”<sup>98</sup>. El fallo resalta como significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

En la sentencia T-349 de 1996, se asume igualmente que la pena del cepto tiene como contenido una aflicción corporal, pero no subsumible dentro de la pena o trato cruel e inhumano, porque la forma y la duración con la que se aplica no produce ningún daño en la integridad del condenado, fuera de que hace parte de la tradición de la comunidad y ésta la considera valiosa “[...] por su alto grado intimidatorio y su corta duración”. En conclusión: “[...] ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad”.

### **e) Derechos de la víctima**

En la sentencia T-552 de 2003, se vincula como tesis que la jurisdicción indígena tiene que dar cuenta de los intereses o derechos de la víctima, los cuales comprenden, además de los patrimoniales, el de “[...] saber la verdad y a que se haga justicia”, conceptos que significan que debe “[...] constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad”<sup>99</sup>. Para la Corte tienen tal importancia los derechos de la víctima, que cuando el afectado es una persona ajena a la cultura (conflicto intercultural), así las conductas investigadas se hubieren producido en el

98 El fin “reintegrador” a la comunidad de los castigos corporales antes descritos, también se afirma respecto de otros grupos indígenas en otros países latinoamericanos. Véase: PEÑA JUMPA, Antonio, “Las sanciones en el derecho y justicia penales de los Aymaras del sur andino”, pp. 65-68; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica”, pp. 139-140.

99 Sobre los derechos de la víctima, en el sistema penal en conjunto, Cf. Sentencias SU-1184 de 2001 y C-899 de 2003.

ámbito territorial comprendido por la jurisdicción indígena, exige valorar, además, si cabe ubicarlas en el “ámbito cultural” propio de la comunidad que reclama la jurisdicción y, en su defecto, “[...] podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a la sanción de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional”<sup>100</sup>.

#### **f) Legalidad de la ejecución de la privación de la libertad en cárceles y centros penitenciarios del Estado**

En la sentencia T-239 de 2002, se aborda el problema relativo a si es legítimo y válido que la detención preventiva y las penas privativas de libertad impuestas por la jurisdicción indígena, sean ejecutadas por autoridades de la jurisdicción ordinaria y cumplidas en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del sistema penal estatal. En el caso específico, la comunidad había producido un documento escrito en el cual se preveía que la detención preventiva y las penas privativas de la libertad podrían cumplirse en las cárceles de los municipios en los cuales estaba ubicado el resguardo, mientras la comunidad lograba construir sus propios centros de reclusión, y advertía que el encarcelamiento era el “último remedio” dentro del catálogo de penas previstas en dicho estatuto (multas, calabozo, trabajo comunitario)<sup>101</sup>. Sobre estos presupuestos se asume que el principio de legalidad de la pena se cumple satisfactoriamente y, además, dado que “[...] la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo”, porque en muchos casos “[...]no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etcétera”, se obliga a todas las autoridades del ejecutivo, carcelarias y a la misma jurisdicción ordinaria a prestar una colaboración permanente para “[...] convertir en realidad tal autonomía”, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pudiese avanzar en su consolidación<sup>102</sup>.

#### **g) El bien jurídico**

El bien jurídico, elevado por el paradigma del Estado Constitucional y la cultura penalística ilustrada, a la condición de principio, esto es, límite al ejercicio del *ius puniendi*, obliga a circunscribir lo que es objeto de tutela penal a las relaciones sociales

---

100 En el caso tratado en la sentencia T-552 de 2003, el conflicto investigado fue catalogado como puramente interno de la comunidad, “[...] porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial” y, conforme a la “doctrina constitucional consolidada”, se concluyó que la jurisdicción indígena era la competente para conocerlo.

101 Sentencia T-239 de 2002.

102 Véase en el mismo sentido, sentencia T-1026 de 2008.

fundamentales, esto es, a las condiciones básicas de existencia de la vida en sociedad, con lo cual se garantiza el espacio más amplio de la libertad y el respeto a la pluralidad de las diversas opciones de vida. El control social formalizado de un sistema penal cuyos contenidos respeten la dimensión de garantía del bien jurídico deberá abstenerse, por razones obvias, de criminalizar el ejercicio de las libertades fundamentales (expresión, asociación, pensamiento, libre desarrollo de la personalidad, religiosa, de cultos, etc.) y las conductas que no afectan los derechos fundamentales, y hará una proscripción radical de su intervención en el ámbito de las conductas que solo afectan la moral, por muy mayoritaria que sea<sup>103</sup>.

Dicho principio, como lo reconoce la misma Corte Constitucional<sup>104</sup>, está explícitamente contenido en la Constitución de 1991. No obstante, en el estudio de constitucionalidad del artículo 5º de la ley 89 de 1890<sup>105</sup>, realizado en la sentencia C-139 de 1996, luego de advertir que la norma comporta trasgresión tanto del principio del bien jurídico como del principio de legalidad, al facultar a las jurisdicciones especiales que ejercen las comunidades indígenas a definir como hechos punibles las meras "faltas morales", declara legítima y válida tal disposición argumentando que el esquema jurídico de separación tajante entre la moral y el derecho, predominante en la sociedad colombiana, no tiene igual vigencia entre los destinatarios de la norma, esto es, los integrantes de los pueblos indígenas. Conforme con ello, opta por respetar la particular cosmovisión de sus conflictos y controles sociales<sup>106</sup>.

En cambio, en la sentencia SU-510 de 1998, la Corte asume que el principio del bien jurídico es un límite material de la jurisdicción indígena, al declarar como ilegítimo y arbitrario el que se sancione a un miembro de la comunidad por el simple

103 Hoy es preciso afirmar que el bien jurídico poco sirve para la construcción de diques y límites del *ius puniendi*, pues el carácter normativo y artificial que ostenta el concepto, producto de procesos consensuales precarios o de relaciones de dominación, lo han hecho ampliamente susceptible de manipulaciones y perversiones.

104 Cf. sentencias C-198 de 1997, C-237 de 1997, C-746 de 1998, C-317 de 2002 y C-984 de 2004.

105 Cuyo tenor es el siguiente: "art. 5. Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto".

106 Sentencia C-139 de 1996: "La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida ésta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría 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 éstas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, como se afirmó anteriormente, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por el legislador (artículo 246 Const. Pol.) y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto".

hecho de abandonar la cosmovisión indígena y adoptar un nuevo credo religioso, lo que fundamenta aduciendo que, “[...] la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial -el mínimo de los mínimos- de la libertad de cultos”<sup>107</sup>.

Sin embargo, resulta muy importante que, en el mismo fallo, se declaren constitucionalmente válidos los siguientes hechos: i) que la comunidad indígena le imponga sanciones a quienes, con motivo de las nuevas creencias, incumplen las normas tradicionales, omiten sus deberes colectivos o irrespetan a la autoridad, porque son prescripciones que obligan igualmente a los restantes integrantes de ella<sup>108</sup>; ii) que las autoridades indígenas impidan la práctica del culto evangélico dentro del territorio del resguardo mediante formas como el cierre del templo y la prohibición del culto colectivo en lugares públicos, o que prohíban el ingreso al resguardo de personas extrañas a la comunidad, por ejemplo, los predicadores de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC); iii) que se construyan, en el resguardo, instalaciones para realizar el culto evangélico. Las razones expuestas para sustentar estas decisiones fueron las siguientes: que los dogmas y prácticas del grupo evangélico amenazaban la existencia misma de la cultura indígena; y que los resguardos y territorios eran propiedad colectiva, con carácter de “derecho fundamental”, por constituir el principal medio de subsistencia y formar parte de la “cosmovisión y religiosidad” indígenas, razón por la cual la comunidad tiene la facultad tanto de decidir autónomamente quién puede o no entrar y permanecer en su territorio, como de prohibir la construcción en él de instalaciones por parte de personas extrañas a su cultura<sup>109</sup>.

---

107 No sobra aclarar que esta tesis se construye sobre elementos hipotéticos, diversos de los fácticos analizados.

108 Cf. Sentencia SU- 510 de 1998, en la cual se dice: “La interdicción de perseguir al disidente por el mero hecho de serlo, no implica que éste adquiera un título válido para dejar de cumplir las reglas de la vida comunitaria que todos deben acatar en razón de su condición de miembros de la comunidad [...]. Es posible que el nuevo sentimiento religioso exponga al disidente a inobservar reglas de la vida social que se inspiran en los valores espirituales vernáculos. La autoridad encargada de sancionar las violaciones a las pautas que ordenan la vida social, mientras se limite con objetividad a aplicar lo que en la comunidad es el derecho válido, no incurre ciertamente en arbitrariedad”.

109 Sentencia SU-510 de 1998, que sobre el particular, expresa: “El ingreso de otros dioses, definitivamente notifica a los arhuacos el inicio de la profanación de sus símbolos sagrados. La identidad cultural no puede dejar de manifestarse en una lucha por la defensa de su territorio abierto únicamente a su culto. La pretensión de exclusividad -opuesta a las prácticas religiosas extrañas en su territorio-, por las razones expuestas encuentra asidero en el derecho de la comunidad y de sus miembros a preservar su propia religión. Si le fuera dado a los jueces de tutela, haciendo caso omiso de la legítima pretensión de defender la propia identidad cultural, garantizar a terceros las acciones de proselitismo en territorio arhuaco, se habría patentado la forma más eficaz y rápida para poner término a esta cultura milenaria”.

En la sentencia T-1022 de 2001, se reiteran las conclusiones anteriores, al analizar un conflicto de idéntica naturaleza, entre otra comunidad indígena y los miembros de ella que profesan el culto evangélico y los predicadores de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC). Finalmente, la tesis es retomada en la sentencia T- 349 de 2008.

#### **4. Análisis de los límites materiales impuestos por la Corte Constitucional a la jurisdicción indígena**

Un estudio a fondo de las sentencias aquí descritas exige dar cuenta de problemas relacionados con el origen, la naturaleza, la universalidad, la historicidad y la politización de los derechos humanos, y, además, de la repercusión que, en su contenido, vigencia, validez y legitimidad tiene el enfoque multicultural, una tarea perentoriamente interdisciplinaria que rebasa los objetivos de este ensayo y obviamente, nuestras posibilidades. Por estos motivos, se considera suficiente circunscribir el análisis a registrar las tendencias más significativas de los fallos y a valorar las tesis expuestas en ellos desde un enfoque socio político<sup>110</sup>.

a) En cuanto a tendencias, debemos registrar que la Corte Constitucional no ha logrado hacer claridad sobre cuáles son los Derechos Humanos específicos que sirven de límite a la jurisdicción penal indígena. Inicialmente, sostuvo una concepción que los abarcaba todos; luego, se limitó a señalar unos pocos (la vida; la proscripción de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas); y terminó vinculando un concepto omnicompreensivo, como lo es la dignidad humana. En decisiones posteriores, las cuales supuestamente prohijan la tesis restrictiva, vinculó otros derechos como límite —por ejemplo, la proporcionalidad de la pena y el carácter redimible de la misma, los derechos de la víctima y la culpabilidad por el acto—.

La dificultad que representa la vinculación de estos últimos derechos como límites materiales a la jurisdicción indígena es que su contenido y su significado se definen a partir de baremos propios de nuestro margen cultural, en los cuales no existe un consenso sobre estos. La *culpabilidad por el acto*, por ejemplo, ni en la doctrina nacional ni en la extranjera, ni en las legislaciones penales, tiene un significado unívoco<sup>111</sup>. En unos casos, partiendo de una concepción antropológica que afirma el “libre albedrío”, termina equiparada a un juicio de reproche que valora la capacidad

110 En otra ocasión, tuvimos la oportunidad de realizar una valoración crítica de la mayoría de los fallos aquí descritos desde un enfoque jurídico-constitucional. Cf. LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN y VARGAS RESTREPO, ALICIA EUGENIA. “El Indígena ante el derecho penal”, pp. 117-135. Véase también el estudio antropológico y jurídico realizado por: SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, 2ª ed..

111 Por todos, Cf. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL “Culpabilidad y vulnerabilidad social”.

individual de comprender el significado antijurídico del acto y de adecuar la conducta a las exigencias del derecho; en otros, que entienden la necesidad de inscribir la conducta en un contexto sociopolítico, la culpabilidad es un juicio de exigibilidad en el cual se valora de manera especial el grado de compromiso que el sistema tiene con el reconocimiento y el auténtico respeto de los derechos fundamentales de la persona<sup>112</sup>. En estas condiciones, ¿cuál concepto de culpabilidad ha de imponérselos a las comunidades indígenas como límite al ejercicio de su poder jurisdiccional?

En cuanto a los *derechos de la víctima*, no se puede desconocer que, con frecuencia, han sido perversamente instrumentalizados para legitimar una maximización de los sistemas punitivos y para aniquilar, suspender o limitar los derechos del procesado, del imputado y del condenado<sup>113</sup>. Y esto es precisamente lo que acontece en el fallo descrito<sup>114</sup>, en el que, con el pretexto de la salvaguarda de los derechos de la víctima, se le exige a la jurisdicción indígena, so pena de ser despojada de su poder, no dejar “impune” la conducta del indígena, lo que implica criminalizarla, particularmente cuando el afectado no es integrante de la comunidad. De esta forma, la Corte, a la

---

112 Cf. en tal sentido, BARATTA, ALESSANDRO, “Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), pp. 322-323). Este autor, por la tradición que existe de equipar la culpabilidad a una específica “actitud interior del sujeto”, lo que omite tomar en cuenta la dimensión sociopolítica de la conducta, considera pertinente llamarlo “principio de exigencia social del comportamiento conforme a la ley”, del cual expresa: “En una construcción dogmática basada en el contexto situacional de la acción, más que un “elemento interior”, tan difícilmente operable, como lo demuestra la experiencia teórico-práctica, tendrían que definirse las siguientes series de requisitos normativos: 1. Causas de no exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y criterios de verificación en relación al contexto situacional de la acción y a los roles sociales o institucionales cubiertos por el sujeto en la situación problemática. 2. Criterios de evaluación del espacio de alternativas comportamentales a disposición del sujeto en la situación problemática en que se ha llevado a cabo la acción”.

113 Sobre esta estrategia política criminal, véase: GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, pp. 46-47, respecto de lo cual dice: “El nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deben poder expresar su ira y debe haber respuestas a sus temores. La retórica del debate penal frecuentemente invoca la figura de la víctima [...] como alguien que tiene derechos, que debe poder expresar su sufrimiento y cuya seguridad en el futuro debe ser garantizada. Toda atención inapropiada de los derechos o del bienestar del delincuente se considera como algo que va en contra de la justa media de respeto por las víctimas. Se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar «de parte» de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes”. Del mismo, *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, pp. 217-218. En sentido igualmente crítico: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. “La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, pp. 255; GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, pp. 277-279.

114 Cf., más atrás, IV.3.e.

vez que privilegia un enfoque cuestionable del rol de la víctima en el proceso penal<sup>115</sup>, incurre en una intromisión ilegítima en la autodeterminación del pueblo indígena, cuyo sentido no es otro que el garantizarle la autonomía para construir sus formas concretas de resolver o tratar los conflictos que tienen como protagonistas a sus integrantes, las cuales, muchas veces, sin ser punitivas, tienen la condición de ser idóneas y eficaces para reconstruir el tejido y restaurar la paz dentro de dicha comunidad.

Y cuando la Corte menciona que la pena debe ser proporcional, redimible y no perpetua, y que éstas características son un límite de los sistemas punitivos instaurados por las comunidades indígenas, perentorio es representarse el problema de la legitimidad de tal exigencia por varias razones: la primera, porque en nuestro margen cultural, en el que prevalece la pena privativa de la libertad, el carácter incommensurable de ésta y el hecho de que afecta muchos más derechos que la estricta libertad ambulatoria, hace honestamente imposible compararla con cualquier injusto o grado de "culpabilidad"; la segunda, porque esta misma corporación, llegó a expresar que la pena de prisión de 60 años impuesta a imputables, cuando tal condición exige en Colombia una mayoría de edad de 18 años, no solo no es perpetua, sino que también, puede tener una finalidad resocializadora<sup>116</sup>.

b) Razones de carácter político, de innegable valor, prescriben como imperativo nunca renunciar a la idea de la necesidad de construir límites al ejercicio del poder, especialmente si éste interviene sobre esferas fundamentales de la vida de las personas como es lo propio del sistema penal. Por esta razón, se puede estar de acuerdo en vincular la vida, la dignidad humana, la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas, como

---

115 Cf. BARATTA, ALESSANDRO, "Principios de derecho penal mínimo", pp. 316-317, quien, luego de reliviar las distorsiones del sistema penal desde el punto de vista de los intereses de la víctima, concluye que la salvaguarda de estos podría lograrse de una manera más eficaz e integral con una estrategia de "privatización de los conflictos", esto es, con la descriminalización, la cual debe abarcar "[...] buena parte de los conflictos sobre los cuales incide la ley penal". Y agrega que, desde de la perspectiva de un derecho penal mínimo, del principio de "primado de la víctima" tendría que derivarse un programa encausado a "Sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho restitutivo, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes de los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas".

116 Cf. Sentencia C-565 de 1993, la cual valoró la exequibilidad del artículo 28 de la ley 40 de 1993, que prescribía 60 años como término máximo de duración para la pena de prisión. El argumento para afirmar que esta norma no quebrantaba la prohibición constitucional de penas perpetuas e irredimibles fue el siguiente: "La norma analizada no contiene el señalamiento de una pena perpetua. Lo perpetuo es lo intemporal, esto es, lo que no tiene límites ni medidas en el tiempo, lo infinito, de tal suerte que tiene un comienzo pero no un fin. La norma en comento tiene un límite temporal preciso y determinado; por lo tanto, no puede decirse que ella es perpetua".

“derechos–límite” al ejercicio del poder jurisdiccional por parte de las comunidades indígenas. Sin embargo, el significado de estos no puede ser el que, autárquicamente, les otorga nuestra cultura ni los poderes que dicen representarla.

Consciente de esta situación, la Corte Constitucional ha hecho loables esfuerzos por encontrar una solución y, en tal sentido, ha propuesto como tesis que los derechos humanos y sus garantías deben ser interpretados de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las comunidades en donde operan y tienen vigencia. De no procederse de esta forma, se aniquilarían la autonomía cultural, la igual dignidad de todas las culturas, el pluralismo cultural y jurídico, y la misma jurisdicción indígena.

Tal tesis es sugestiva a primera vista, pero tiene como inconveniente que la comprensión del significado y del contenido del derecho, en términos que se correspondan a la especificidad de la cultura indígena que se valora, la hacen funcionarios judiciales que pertenecen a otra, que aunque mayoritaria, tiene la mácula de que, históricamente, ha “ninguneado” o despreciado a las indígenas. Además, así en la tradición cultural de occidente exista un consenso sobre el carácter inalienable e indisponible de dichos derechos, no acontece lo mismo con su significado. Tal es el caso de la *dignidad humana*, cuya vaguedad y polisemia llega a tal punto en nuestro margen cultural que los tratados y convenios internacionales de Derechos Humanos, para encontrar consenso entre los diversos países que los suscriben, llegan al exabrupto de convalidar, de manera implícita, la tesis de que esta no se ve afectada con la pena de muerte y llegan también a la perversión política de erigir como derecho a la “seguridad nacional”, con estatus superior a los derechos humanos de las personas<sup>117</sup>, tesis que, en alguna oportunidad suscribió nuestra Corte, precisamente para ponerle límites a los derechos de las comunidades indígenas<sup>118</sup>.

---

117 Cf., BARATTA, ALESSANDRO, “Seguridad”, en: BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología y sistema penal*, pp. 199-220, quien diferencia dos enfoques teóricos que definen el concepto: el primero, como “derecho de a la seguridad” y, el segundo como “seguridad de los derechos”. Este último comporta una política integral de protección y satisfacción de los derechos fundamentales y humanos, por lo cual, “[...] no es sólo un modelo posible (pero improbable), alternativo a aquel existente (pero no necesario); es también un modelo legítimo, porque corresponde a la validez ideal de las normas contenidas en la Constitución del Estado social de derecho, al derecho internacional de derechos humanos y a la demanda social de implementación de estas normas”. *Del mismo*, “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social”, pp. 157-158.

118 Cf. Sentencia T-405 de 1993, en la cual se decidió que la instalación de un radar y la presencia de tropas militares en el territorio de una comunidad indígena, con la finalidad de “[...] controlar actividades delictuosas relacionadas con el narcotráfico”, no vulneraban el derecho de propiedad colectiva de la comunidad sobre su territorio, porque, sobre este derecho, prevalecían los derechos colectivos de la nación, representados por “[...] la preservación de la seguridad nacional, de la soberanía del Estado y de la conservación del orden público”.

Algo idéntico se puede afirmar del “derecho a la vida”, que, aunque sobre él exista consenso de que es una “barrera infranqueable” para el poder punitivo, tanto para el ejercido por el Estado como por una comunidad con reconocimiento político, la definición de su contenido, alcance y jerarquía respecto de otros derechos no deja de ser conflictiva. Para corroborar este aserto, basta ejemplificar, con todo el debate suscitado en nuestro país con la criminalización del aborto y con la legalización de la muerte asistida en algunos supuestos (eutanasia).

Respecto del aborto, la política criminal desarrollada por la ley siempre ha sido restrictiva y la Corte Constitucional la avaló por mucho tiempo<sup>119</sup>, para lo cual argumentó que por la importancia de la vida humana de la que es titular el “nasciturus”, el Estado estaba obligado a darle una tutela eficaz, la cual no la podía sino suministrar el sistema penal<sup>120</sup>; en otras palabras, la consagración constitucional del derecho a la vida comporta, para el legislador, un mandato de criminalización<sup>121</sup>. Sin embargo, en un fallo más reciente, la Corte se aparta de manera radical de esta tesis, y legaliza el aborto en algunas circunstancias<sup>122</sup>. Lo significativo, que es lo que interesa para este análisis,

119 Cf. Sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997 y C-213 de 1997.

120 En la sentencia C-133 de 1994, la Corte parte del supuesto ampliamente controvertido, incluso por la criminología liberal, de que el sistema penal es un instrumento eficaz para la prevención del aborto. Las razones de la idoneidad del sistema penal, en éste como en otros conflictos, es que: (i) El control penal interviene sobre los efectos y no sobre las causas de las conductas, esto es, sobre determinados comportamientos con los que se manifiestan los conflictos y no sobre los conflictos mismos; (ii) Dicho control interviene sobre personas y no sobre las situaciones o relaciones sociales en donde el conflicto se gesta; y (iii) Interviene de manera reactiva y no preventiva, esto es, cuando las consecuencias de las infracciones se han producido y no para evitarlas. Cf. BARATTA, ALESSANDRO, "Derechos humanos: entre la violencia estructural y la violencia penal".

121 El “bien jurídico”, categoría jurídica que, en sana interpretación significa un límite para el legislador cuando ejerce la potestad punitiva, en la argumentación de la Corte, termina convertido en legitimador de dicho poder y pierde, con ello, su carácter de principio o garantía. Incluso, así la relación social objeto de tutela sea un “bien jurídico”, porque es “merecedora” y está necesitada de la tutela penal, es perentorio verificar otros asuntos antes de optar por la criminalización del conflicto: (i) que las investigaciones sobre los efectos reales o potenciales de la intervención punitiva demuestren que son mayores los beneficios que esta puede tener para la indemnidad del bien jurídico que los costos individuales y sociales conexos directa e indirectamente a ella; (ii) que exista certidumbre científica de que, para la solución del conflicto, han fracasado tanto las políticas públicas que privilegian el papel social del Estado, como también los otros controles sociales de carácter formal y las experiencias comunitarias, barriales, etcétera, que han promovido y puesto en ejecución programas no punitivos.

122 Cf. Sentencia C-355 de 2006, en la que se declara la exequibilidad condicionada del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, contentiva del tipo penal de aborto. La condición se hace consistir en que la norma debe ser interpretada en el sentido de que no se incurre en el delito de aborto “[...] cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la

es que ambas tesis citan como fundamento los pactos y convenios internacionales relativos a los Derechos Humanos.

Conocido entonces el carácter contingente y variable de las tesis de la Corte, no es improbable que la situación actual sea revertida. En dicho supuesto, la pregunta obligada es: ¿Qué concepto de "vida humana", en materia de aborto, se le prescribe como obligatoria a las comunidades indígenas? E incluso, con la regulación actual, ¿si una comunidad indígena tiene como práctica legítima algunos supuestos de aborto no mencionados en la sentencia C-355 de 2006, está por esta razón en la obligación de criminalizarlos?

Y en cuanto a la "eutanasia", la Corte Constitucional justificó la conducta del médico que asiste la muerte de enfermos terminales con intensos sufrimientos y que han expresado su consentimiento, argumentando que en estos casos, el deber del Estado de tutelar la vida cede frente a los derechos de la persona a morir con dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la pluralidad de concepciones éticas imperantes en una sociedad, los cuales ilegitiman al Estado para imponer coactivamente una de ellas, así sea la mayoritaria<sup>123</sup>. Esta decisión, que contó con plurales salvamentos de voto, generó amplia controversia en el país y en el orbe por ser la primera vez que un Tribunal Constitucional suscribía una tesis de este tenor.

Estos ejemplos, que no son un paradigma de complejidad, demuestran el carácter controversial del significado, la naturaleza, la jerarquía y el contenido de los Derechos Humanos y que, incluso entre personas y grupos sociales que se precian de estar adscritos a una misma cultura, resulta particularmente espinoso lograr un consenso sobre esta particular materia. Obviamente, las cosas se tornan más intensamente complejas, cuando se trata de culturas con tradiciones muy divergentes, como es el caso de la occidental y las indígenas.

c) La totalidad de los magistrados que han integrado la Corte Constitucional, desde su creación en 1991 hasta el día de hoy, pertenecen a una cultura, si bien mayoritaria, muy diferente a la que tienen la generalidad de los pueblos indígenas. Y aunque es loable su esfuerzo por documentarse de manera amplia sobre la especificidad de la cultura de las comunidades cuyos conflictos tratan de resolver, a través de prueba antropológica e, incluso, dando audiencia a los protagonistas<sup>124</sup>, ello

---

mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto".

123 Cf. Sentencia C-239 de 1997.

124 Cf. Sentencias SU-510 de 1998, en la cual se concluye que: "4º [...] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica

no resulta suficiente para garantizar el respeto a la autonomía cultural, porque en la valoración de la legitimidad de las instituciones de la jurisdicción penal indígena, es sumamente difícil desprenderse del significado que su particular cultura le da a los derechos y a las garantías consagradas en la Carta Política. Suscribe igualmente esta tesis, SÁNCHEZ, quien afirma:

“La Corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo. Nadie puede desprenderse de su cultura, pues ello es equivalente a arrancarse la piel (...). Además, no es un juez blanco -ni unipersonal ni colectivo- el llamado a definir las reglas de las relaciones interculturales. Estas si se pretenden respetuosas de la diversidad, deben ser elaboradas tras un proceso de diálogo y concertación entre los actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los Tribunales los espacios apropiados para su desarrollo”<sup>125</sup>.

Por esta razón se insiste, al igual que otros autores nacionales<sup>126</sup> y extranjeros<sup>127</sup>, que la definición de las reglas de juego sobre los límites y la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena no es asunto que deban decidir los Tribunales, sino

---

y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo 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 preferirse. 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 cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo 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 justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1°). En idéntico sentido, Cf. Sentencia C-127 de 2003.

125 Cf. SÁNCHEZ, BEATRIZ EUGENIA, “La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional”, pp. 352-353.

126 *Ibid.*, pp. 352-353; UPRIMNY, RODRIGO, “La universalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica”, pp. 105-110; BONILLA MALDONADO, Daniel. *La Constitución multicultural*, p. 43.

127 Cf. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, pp. 345-365; del mismo, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, pp. 193-211; del mismo, “Pluralismo Jurídico y Jurisdicción Especial Indígena”, pp. 201-211; YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. « El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú. Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución”, pp. 249-250; KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural*, pp.232-233; HURTADO POZO, JOSÉ, “Derecho penal, indígenas y ciudadanía”, p. 343; CABEDO MALLOL, Vicente, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, pp. 35-41; ANSALDI, WALDO, “La temporalidad mixta de América Latina, una expresión de multiculturalismo”, pp. 181-182.

que son del resorte de la política y, por lo tanto, deben ser producto de un diálogo intercultural, caracterizado por el mutuo respeto y la horizontalidad de todos los participantes, lo que comporta proscribir todo vestigio de imperialismo cultural y epistémico, esto es, asumir con convicción que, en él, todos los partícipes tienen algo para aportar y mucho que aprender y la certeza de la incompletud del núcleo central de valores que se suscriben en cada una de las culturas.

Esta tesis es compartida por autores pertenecientes a diversos campos disciplinares. Desde la teoría política, BAUMAN, quien mediante la metáfora de la “solidaridad de los exploradores”, ayuda a comprender mejor el significado de ella y su relevancia política, por lo cual merece citarse:

“[...] todos, aislada o colectivamente, estamos embarcados en la búsqueda de la mejor forma de humanidad, puesto que a fin de cuentas todos quisiéramos beneficiarnos de ella, cada uno de nosotros explora una vía diferente y trae de la expedición hallazgos que difieren en algo [...]. Cualquier hallazgo puede beneficiar a todos los exploradores, con independencia del camino que hayan elegido. Eso no significa que todos los hallazgos tengan idéntico valor, sino que su auténtico valor quizá sólo pueda establecerse mediante un prolongado diálogo en el que se permita que sean escuchadas todas las voces y puedan establecerse comparaciones *bona fide*, bien intencionadas. En otras palabras, el reconocimiento de la variedad cultural es el principio, no el fin, del asunto; no es más que un punto de partida para un *proceso político* largo y quizá tortuoso, pero a fin de cuentas beneficioso”<sup>128</sup>.

Y desde un enfoque intercultural, EBERHARD, la describe magistralmente en los términos siguientes:

“[...] los derechos humanos son sólo una de las ventanas a través de las cuales los seres humanos se asoman a un orden humano justo, y hoy día es primordial reconocer la pluralidad de ventanas existentes, enriquecer mutuamente sus perspectivas y pasar de una lógica de exclusión de los contrarios a una de la complementariedad de las diferencias. Este parece ser el único camino para resolver los dos principales desafíos a la teoría y la práctica contemporáneos de los derechos humanos: escapar del callejón sin salida constituido por la alternativa entre universalismo y relativismo, introduciendo un enfoque *pluralista* sobre el derecho y los derechos humanos, y superar la brecha entre las teorías y las prácticas, introduciendo un enfoque *pragmático* sobre el derecho y los derechos humanos que no se quede meramente en el campo del «derecho oficial, escrito, de estilo occidental», sino que reconozca y se apoye en las prácticas jurídicas reales de los pueblos del mundo, en los «derechos vivos»”<sup>129</sup>.

---

128 BAUMAN, ZYGMUNT, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, p. 160.

129 EBERHARD, CHRISTOPH, “Derechos humanos y diálogo intercultural”, pp. 256-257.

Y finalmente, desde la sociología jurídica crítica, obligado es citar a SANTOS, quien sobre el problema epistemológico aquí tratado, resume su propuesta así:

“Contra el universalismo, debemos proponer diálogos transculturales de problemas isomórficos. Contra el relativismo, debemos desarrollar criterios procedimentales transculturales para distinguir entre políticas progresistas y regresivas, entre apoderamiento y desapoderamiento, entre emancipación y regulación”<sup>130</sup>.

Definido el problema en el subsistema político y con las condiciones enunciadas por estos autores, la solución de los conflictos específicos que surjan entre los sistemas jurídicos indígenas y el estatal, debería ser competencia de tribunales de origen pluricultural.

d) Nuestra constitución prevé que “[...] la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (C.P., art. 246), pero, a pesar de haber transcurrido 18 años de vigencia de esta, el Congreso no ha expedido la ley estatutaria sobre el asunto, a pesar de que ha habido varias iniciativas en tal sentido. Y ello, por ahora, tal vez no sea de lamentarse por la crisis de legitimidad por la que atraviesa nuestra democracia representativa, por la colonización que de ella han hecho poderes armados ilegales, de lo cual da testimonio el fenómeno conocido como la “parapolítica”; a lo anterior se suma, la criminalización de la auténtica oposición y la precariedad de los espacios para el ejercicio de los derechos de asociación, movilización, expresión, libertad de opinión, etcétera, que son *conditio sine que non* de la democracia<sup>131</sup>.

De lo anterior se infiere que, la suerte de la vigencia real en términos jurídicos de la jurisdicción indígena, articulada a la coordinación con la jurisdicción del Estado, está determinada por los avatares de nuestra democracia.

e) Sobre la validación que ha hecho la Corte de los centros carcelarios estatales como lugares autorizados para ejecutar la privación de libertad de indígenas, ordenada por la jurisdicción penal indígena, son varias las observaciones que es preciso hacer.

La primera, el peso que los sistemas jurídicos indígenas le están concediendo a la prisión como pena para los integrantes de sus propias comunidades, está desplazando

130 Boaventura DE SOUSA SANTOS, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, p. 9.

131 En este sentido, Norberto BOBBIO expresa que: “[...] sin libertades civiles, como la libertad de prensa y de opinión, como la libertad de asociación y de reunión, la participación del pueblo en el poder político es un engaño; pero sin participación popular en el poder, las libertades civiles tienen pocas probabilidades de durar”; y más adelante concluye: “[...] la verdad es que las dos libertades no son en absoluto incompatibles, digan lo que digan los rígidos defensores de una y otra. No sólo no son incompatibles sino que se refuerzan una a la otra. Las dictaduras modernas se han encargado, por lo demás, egregiamente, de demostrarlo”. *Igualdad y Libertad*, pp. 17-19. Del mismo autor, *Liberalismo y democracia*, p. 47.

las sanciones tradicionales, cuya fortaleza se encuentra en su carácter no excluyente, no estigmatizante y realmente integradora a la comunidad. De esta forma, por plurales motivos, se están extraviando las certidumbres que otrora se tenían sobre lo inconveniente de la prisión, especialmente cuando se ejecuta en los centros carcelarios estatales, por excluir al indígena de su entorno cultural, social y familiar, favorecer su articulación a la subcultura de la cárcel y someterlo a la violencia allí existente.

Y resulta paradójico, que se acuda a la prisión -y las cárceles estatales-, cuando esta forma punitiva no ha sido capaz de legitimarse, ni ética ni políticamente, en los varios siglos que la modernidad viene construyendo discursos legitimadores para ella<sup>132</sup>. Y más aún, cuando la función inocuidadora está colonizando las prácticas y discursos institucionales, producto tanto de la crisis del paradigma “resocializador” como del colapso del “Estado bienestar” y los nuevos roles impuestos al Estado-nación por el modelo neoliberal<sup>133</sup>.

La segunda observación, relacionada con la anterior, es que la forma como el Estado ejecuta la pena de prisión, comporta tal aniquilamiento de derechos humanos, que la Corte Constitucional, ante la evidencia, no tuvo alternativa diversa a declararla un “estado de cosas inconstitucional”<sup>134</sup>. Y las investigaciones posteriores a este fallo<sup>135</sup>, realizadas en el terreno, sobre la forma como se ejecuta la privación de la

---

132 Cf., FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal mínimo”, p. 21, cuando expresa: “[...] el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo [...] la potestad de castigar y de juzgar es, seguramente [...] el más “terrible” y “odioso” de los poderes: el que se ejerce de manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de manera más conflictiva la relación entre Estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales”.

133 Cf. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, cap. VI. pp. 255-258; RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Forma- Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales), pp. 287-326; DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, pp. 56 y 73; PAVARINI, Massimo, “La penalística civile e la criminologia ovvero discutendo di diritto penale minimo”, p. 105; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, pp. 41-44; SCHEERER, Sebastián / BÖHM, María Laura / VIQUEZ, Carolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo”, pp. 929-930.

134 Cf. sentencia T-153 de 1998.

135 Cfr. ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. OFICINA EN COLOMBIA, Informe “Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos”, capítulo 2; DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC” (consulta de abril 8 de 2009).

libertad de los indígenas en los centros carcelarios estatales, permiten ratificar aquella declaración<sup>136</sup>.

Y finalmente, a tal situación contribuye tanto el carácter dinámico y dialógico propio de toda cultura, como la vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a formas de violencia respecto a las cuales no han logrado crear respuestas que se corresponden de mejor forma a sus valores y tradiciones, estando obligados entonces a hacer un esfuerzo imaginativo para hallarlas, porque ello les resulta fundamental para perdurar como grupo cultural autónomo.

## V. Conclusiones

El reconocimiento que hace la constitución colombiana de 1991 del fuero y de la jurisdicción especial indígenas, al igual que de otras de sus reivindicaciones como derechos humanos colectivos, no es producto de una concesión gratuita de los poderes hegemónicos adscritos a la cultura mayoritaria en nuestro país, con amplia representación en la Asamblea Nacional Constituyente. Sin lugar a dudas, en ello incidió y, de manera relevante, la resistencia secular librada por los pueblos indígenas, que aprovecharon lo propicio de la oportunidad política con el fin de vincular un instrumento adicional, como la constitucionalización de sus derechos, para favorecer su lucha en contra de la exclusión, la discriminación, el desprecio y la persecución que vienen confrontando desde siglos atrás.

Naturalmente, los pueblos indígenas tienen claro, por el saber histórico acumulado, que tal reconocimiento, así sea en un cuerpo normativo de mayúsculo peso como la Constitución, no resulta suficiente para garantizar la vigencia real y efectiva de sus derechos, por lo que han sumado a su lucha un trabajo organizativo y de movilización, signado por el conflicto con actores portadores de visiones e intereses divergentes, que se han resistido a comprender el carácter pluricultural y multiétnico de nuestra sociedad, o a perder sus privilegios.

---

136 En el informe de la Defensoría del Pueblo, "Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC", cabe destacar lo siguiente: reclaman su condición indígena 276 sindicados y 357 condenados, que en conjunto representan el 0.9% la población reclusa; sólo hay 27 indígenas procesados y condenados por la Jurisdicción Indígena, los restantes están por la justicia estatal; la mayoría de los indígenas internos están ubicados lejos de sus resguardos y comunidades; muchos han sido internados en prisiones de «alta seguridad», en las cuales con el pretexto de la seguridad, se ha terminado configurando un régimen que "raya en el autoritarismo, con las consecuencias sabidas en la afectación de los derechos humanos de los internos"; y, finalmente, "[...] el hacinamiento, la discriminación, el abandono, la indefensión, la precariedad económica y la falta de atención especializada que impiden a los indígenas sometidos a reclusión ejercer sus derechos fundamentales. Asimismo, es evidente el total desconocimiento por parte de las autoridades penitenciarias y carcelarias de las normas que regulan y protegen el derecho de las comunidades indígenas a conservar sus costumbres y tradiciones".

Sin embargo, ha sido la degradación del conflicto político armado el factor que más ha contribuido a la violación y al desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, victimizados en grado sumo por todos los actores armados, a través de diversas formas de violencia: el genocidio, la masacre, el asesinato selectivo de líderes y autoridades indígenas, el desplazamiento y confinamiento forzados, la desaparición forzada, y la criminalización estatal de sus luchas y protestas. Los intereses responsables y beneficiarios de tal etnocidio, son plurales: el poder político de origen clientelista, el narcotráfico, el latifundio, la agroindustria, las empresas exploradoras y explotadoras de los recursos renovables y no renovables —por ejemplo, el petróleo, el bosque, la biodiversidad, etcétera— existentes en territorios indígenas, grupos económicos vinculados a megaproyectos en zonas de resguardo —entre los cuales es obligado ubicar varias transnacionales—, entre otros.

Esta situación, por razones obvias, ha tenido una repercusión negativa sobre diversos derechos de los pueblos indígenas: la propiedad colectiva de los resguardos y sus territorios, el tejido social comunitario, la autonomía para decidir sus formas de gobierno y elegir sus autoridades, y la regulación eficaz de la vida colectiva por normas con origen en sus tradiciones o costumbres. Todos estos derechos son condiciones necesarias para la vigencia real, no meramente simbólica, del fuero y de la jurisdicción indígenas, porque no es posible el ejercicio de estos últimos de manera eficaz cuando, con motivo de las violencias aludidas, la soberanía de la comunidad se pone en vilo y entra a ser disputada con los poderes armados<sup>137</sup>, el dominio territorial colectivo desaparece, las autoridades son amenazadas o desplazadas, y los lazos comunitarios se rompen con motivo del terror o el desplazamiento.

No obstante, a pesar de estas circunstancias adversas, los pueblos indígenas continúan con sus resistencias, entre ellas, reclamando ante el poder jurisdiccional del Estado, cuya máxima autoridad es la Corte Constitucional, el respeto por su fuero y por su autonomía jurisdiccional. Y, aunque en esta corporación han encontrado eco a muchas de sus demandas, lo cual le ha merecido un reconocimiento indígena<sup>138</sup>, también es necesario señalar que falta mucho camino por recorrer, afirmación que

---

137 Cf. URIBE, María Teresa, "Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz", pp.11-37; de la misma, "Las soberanías en disputa: ¿conflicto de identidades o de derechos?", pp.23-45. La expresión es utilizada por la profesora URIBE, para relievár cómo el conflicto armado en Colombia, que se ha desarrollado en marcos temporales prolongados (estados de guerra), ha dado lugar, por lo menos en algunas regiones y territorios, a la conformación de *órdenes políticos alternativos de hecho* con pretensiones soberanas, que "reclamar para sí el monopolio de los impuestos, proveen orden y organización en sus ámbitos territoriales, configuran ejércitos capaces de defender fronteras y disputar nuevos espacios y construyen algún consenso así como formas embrionarias de representación". Obviamente todo ello incide en la capacidad del Estado para ejercer la soberanía" (ibid., pp. 35-37).

138 Cf. Periódico El Colombiano, Medellín, 21 de enero de 2005, "Corte recibió poderes mágicos de indígenas".

se hace teniendo en cuenta el tratamiento que la jurisprudencia constitucional le da a dos asuntos, abordados de manera específica en este ensayo: el primero, el conflicto de los derechos humanos como límites materiales a la jurisdicción indígena, que no ha encontrado una solución unívoca ni en cuanto a los derechos en concreto que tienen fuerza normativa para imponerse sobre los derechos indígenas, ni respecto a su naturaleza, significado y contenido; el segundo, las reglas que deben regular las relaciones entre la jurisdicción del Estado y la indígena, porque las desarrolladas hasta el presente en los fallos analizados, no satisfacen, de manera cabal, los principios de igual dignidad de todas las culturas, el respeto a la diversidad étnica y cultural y el pluralismo jurídico, al punto de poderse aseverar que en muchos casos ha primado y se ha impuesto nuestra cosmovisión sobre la indígena.

La tesis aquí sostenida es que la solución de estos problemas le concierne a la política, por varias razones: son asuntos cuya competencia le corresponde directamente a los pueblos involucrados en el conflicto, quienes, mediante un diálogo intercultural y horizontal, deben decidir democráticamente las condiciones de convivencia y de mutuo respeto. Y ésto solo será posible cuando cese la violencia contra las comunidades indígenas, lo cual supone encontrarle solución al conflicto armado interno, esto es, proscribir el trato de "enemigo" a las comunidades que en ejercicio de sus derechos democráticos reclaman respeto y reconocimiento y, privilegiar, con la insurgencia, la opción de la negociación política, que es precisamente la que reputan válida los pueblos indígenas. Otra de las razones es que, a la política, también le concierne la definición del modelo de desarrollo, que si quiere contribuir a la paz, debe ser incluyente, democrático e igualitario, de forma tal que prodigue respeto a los derechos específicos de los pueblos indígenas y confronte las diferencias socioeconómicas cada vez más protuberantes entre clases sociales y grupos humanos.

Finalmente, solo resta por confesar que este ensayo es un sincero y modesto homenaje a unos pueblos que merecen nuestro respeto y reconocimiento, porque no obstante acumular siglos de discriminación, explotación, persecución y represión, continúan con la cabeza en alto, y en las vanguardias, enfrentando entuertos, agravios e injusticias, y enseñando que el "fin de la historia" es cuento oropelesco y otra baratija, con el cual los poderes ahítos de impudicia, avaricia y voracidad, y que han atesorado los capitales, las tierras, las aguas, los recursos naturales, los medios masivos de desinformación, y hasta las personas, quieren convencernos de que el único camino a trasegar es el de la servidumbre, el conformismo, la apatía o la claudicación. En momentos como éste, apabullados por injusticias, y donde los malos presagios parecen aniquilar la esperanza, tal vez sea necesario tomar como bandera una de las proclamas que se airearon en la reciente "marcha de resistencia y dignidad por los pueblos", que compendia una sabiduría milenaria de resistencia: "Sabemos que ellos nos derrotan muchas veces, pero nosotras y nosotros solamente tendremos que ganarles una vez y será para siempre".

## Bibliografía Citada

- ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. OFICINA EN COLOMBIA, Informe *Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*, elaborado por Federico Marcos Martínez, Morris Tidball-Binsz y Raquel Z. Irigoyen Fajardo, Bogotá, 31 de octubre de 2001, en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/tematicos/informe%20carceles.htm> (Consulta de enero 8 de 2008).
- ANSALDI, WALDO, "La temporalidad mixta de América Latina, una expresión de multiculturalismo", en: SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (Editor), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 167-183.
- ARCHILA, MAURICIO, "Apabullados, pero no derrotados. Movimientos sociales en Colombia al inicio del siglo XXI", en: *Revista Foro*, N° 50, Bogotá, Foro Nacional por Colombia, junio de 2004, pp. 37-47.
- BARATTA, ALESSANDRO, "Principios de derecho penal mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", en: BARATTA, Alessandro, *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 299-333.
- \_\_\_\_\_, "Seguridad", en: BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 199-220.
- \_\_\_\_\_, "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social", en: BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 152- 167.
- \_\_\_\_\_, "Derechos humanos: entre la violencia estructural y la violencia penal", en: *Revista Nuevo Foro Penal*, N° 46, Bogotá, Temis, 1989.
- BAUMAN, ZYGMUNT, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, trad. de Jesús Alborés, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2003.
- BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago de Chile, FCE, 2000.
- BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y Libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón. Introducción de Gregorio Peces Barba. Pensamiento contemporáneo, N° 24, Barcelona, Paidós, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Liberalismo y democracia*, traducción de José F. Fernández Santillán, Santafé de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- BONILLA MALDONADO, DANIEL, *La Constitución multicultural*. Bogotá, Universidad de los Andes- Facultad de Derecho / Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar / Siglo del Hombre Editores, 2006.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, "Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica", en JOSÉ HURTADO POZO (Director). *Derecho penal y pluralidad*

- cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*. Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Frigurbo – Suiza, 2007, pp.101- 151.
- CABEDO MALLOL, VICENTE, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2004.
- CASTILLO, LUIS CARLOS / CAIRO CAROU, HERIBERTO, "Reinvención de la identidad étnica, nuevas territorialidades y redes globales: el Estado multiétnico y pluricultural en Colombia y Ecuador", en: *Sociedad y Economía*, N° 3, Cali, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas – Universidad del Valle, octubre de 2002.
- CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDÍGENA – CECOIN-, "Pueblos Indígenas. Resistencia en medio de la violencia" en AA.VV. *Deshacer el Embrujo. Alternativas a las políticas del Gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, noviembre de 2006.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual –2006- Capítulo IV, Colombia*, en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/cap4a.2006.sp.htm> (consulta de agosto 10 de 2007).
- COMISIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN - Grupo de Memoria Histórica, *La masacre de Bahía Portete: Mujeres Wayúu*, Bogotá, Taurus, 2010 .
- CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL CAUCA (CRIC), *Diez años de lucha: historia y documentos*, Bogotá, Cinep, 1981.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC*, Bogotá, s.f., en: [http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe\\_119.pdf](http://www.defensoria.org.co/pdf/informes/informe_119.pdf)? (consulta de abril 8 de 2009).
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (DANE), *Colombia: una nación multicultural. Su diversidad étnica*, Bogotá, D.C., Mayo de 2007.
- EBERHARD, CHRISTOPH, "Derechos humanos y diálogo intercultural", traducción del inglés de José Antonio Aspiazú, en: Manuel CALVO GARCÍA (Coordinador). *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati- Dykinson, Madrid, 2002, pp. 255-289.
- ESCOBAR, DIEGO, "Resistencia civil y democracia en Colombia en el umbral del siglo XXI", en: *Controversia*, N° 182, Bogotá, Cinep, junio de 2004, pp. 21-38.
- FERRAJOLI, Luigi, "El derecho penal mínimo", en: Revista *Poder y Control*, N° 0, Barcelona, PPU, 1986.
- GALEANO, EDUARDO, *Memoria del Fuego (III). El siglo del viento*, México, Siglo XXI, 1986.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (Director), *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund, 2008.

GARGARELLA, ROBERTO, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, D.C., Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2008.

GARLAND, DAVID, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona, Gedisa, 2005.

\_\_\_\_\_ *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, traducción y estudio preliminar de Manuel A. Iturralde, Bogotá, D.C., Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2007.

GOULD, J., *El mito de la "Nicaragua Mestiza" y la resistencia indígena. 1880-1980*, San José, Universidad de Costa Rica, 1998.

GROS, CHRISTIAN, *Colombia indígena: identidad cultural y cambio social*, Bogotá, CEREC, 1991.

HOUGHTON, JUAN, "Estado del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas en Colombia", en: CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDÍGENA (CECOIN), *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas 2007*, Bogotá, D.C., Centro de Cooperación al Indígena –CECOIN- y Organización Indígena de Antioquia –OIA-, 2007, capítulo 6, pp. 171-234.

HURTADO POZO, JOSÉ, "Derecho penal, indígenas y ciudadanía", en: Fernando VELÁSQUEZ V. (Coordinador), *Derecho penal liberal y dignidad humana*. Libro homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez, Bogotá, Temis, 2005, pp. 325-345.

JIMENO SANTOYO, GLADIS, *Hacia tal reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Concepto de la dirección general de asuntos indígenas 1995 - 1998*, Serie de la Nación diversa, N° 2, Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, Santafé de Bogotá, 1998.

KYMLICKA, Hill, *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, traducción de: Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 1996.

\_\_\_\_\_ *Estados, Naciones y Culturas*, traducción y adaptación de: Juan Jesús Mora, Córdoba, Almuzara, 2004.

LEÓN, JUANITA, "Seguridad democrática y los indígenas", en: Revista *Semana*, N° 1221, Bogotá, Septiembre de 2005.

LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN y VARGAS RESTREPO, ALICIA EUGENIA. "El Indígena ante el derecho penal", en: *Nuevo Foro Penal*, N° 63, Bogotá, Temis – Universidad de Antioquia, enero – abril de 2000, pp. 89- 135

LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN, "Todavía quedan jueces en Colombia (Comentario a la Sentencia del 4 de febrero del 2000, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, M.P. Fernando Tocora", en: *Nuevo Foro*

- Penal*, N° 64, Medellín, Universidad EAFIT, tercera época, año I, enero-abril 2003, pp. 173-187.
- MADARIAGA REALES, —, “La Reparación a las víctimas: Un Estado renuente e irresponsable”, en: *Caja de Herramientas*, Año 14, N° 105, Bogotá, Corporación Viva la Ciudadanía, abril de 2005.
- MAIZ, RAMÓN, “El indigenismo político en América Latina”, en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 123, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 129-174.
- MARTÍNEZ S., MAURICIO, *La Crisis de la Justicia Penal en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- MOLANO BRAVO, ALFREDO, “¿Guerra preventiva?”, *El Espectador*, Bogotá, septiembre 4 de 2005.
- ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA -ONIC-, “La ONIC frente al paramilitarismo en Colombia y el proceso de impunidad”, Bogotá, marzo de 2007, en: [www.onic.org.co/documentos](http://www.onic.org.co/documentos) (consulta de julio 30 de 2007).
- OROZCO ABAD, IVÁN y GÓMEZ ALBARELLO, JUAN GABRIEL, *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*, Santa Fe de Bogotá, Temis – IEPRI – Universidad Nacional de Colombia, 1999.
- PEÑA JUMPA, ANTONIO. “Las sanciones en el derecho y justicia penales de los Aymaras del sur andino”, en: José HURTADO POZO (Director). *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*. Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Frigurbo – Suiza, 2007, pp. 41- 71.
- PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY, VANEGAS YEPES, ALBA LUCÍA y ALVAREZ MARTÍNEZ, CARLOS MARIO, *Estado de derecho y sistema penal*, Medellín, Dík – Universidad de Antioquia – Instituto de Estudios Políticos, 1997.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- RIVERA BEIRAS, IÑAKI, “Forma- Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal («nuevas» racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”, en: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Barcelona, Anthropos, 2004, pp. 287-326.
- SAMPEDRO ARRUBLA, JULIO ANDRÉS, “Aproximación a la problemática indígena en Colombia”, en: Año Europeo contra el racismo, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 11, Extraordinario, San Sebastián, 1997.
- SÁNCHEZ, BEATRIZ EUGENIA, “La jurisprudencia indígena ante la Corte Constitucional”, en: *Observatorio de la Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Santa

Fe de Bogotá, Facultad de Derecho. Universidad de los Andes - Siglo del Hombre Editores, 1998.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER Y JARAMILLO SIERRA, ISABEL CRISTINA, *La Jurisdicción Especial Indígena*, Santa Fe de Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000.

SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UNIJUS, 2004.

SÁNCHEZ, ENRIQUE Y ARANGO, RAÚL, *Los pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 1989 (hay edición de Tercer Mundo Editores, 1997).

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1998.

\_\_\_\_\_ *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, traducción de: César Rodríguez, Santa Fe de Bogotá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de Colombia - ILSA, 1998.

\_\_\_\_\_ "Pluralismo jurídico y Jurisdicción Especial Indígena, en: AA.VV., *"Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas"*. La jurisdicción especial indígena. Ministerio de Justicia y del Derecho y Ministerio del Interior-Dirección General de Asuntos Indígenas, Santa Fe de Bogotá, 1997, pp. 201-211.

\_\_\_\_\_ "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en: *Análisis Político*, N° 31, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia – Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1997, pp. 3-15.

SCHREER, SEBASTIÁN / BÖHM, MARÍA LAURA / VIQUEZ, CAROLINA, "Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo", en: CANCIO MELIÁ, MANUEL Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS (Coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, 2006, pp. 917-938.

TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS, *Empresas transnacionales y derecho de los pueblos en Colombia, 2006 – 2008*, en: <http://www.colectivodeabogados.org/IMG/doc/DictamenSesiondeliberante.doc> (consulta de noviembre 20 de 2008).

UPRIMNY, RODRIGO, "La universalidad de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica", en: Revista *Pensamiento Jurídico*, N° 9, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, 1998.

URIBE DE HINCAPIÉ, MARÍA TERESA, "Las promesas incumplidas de la democracia participativa", en: AA.VV. *1991-2001 Diez años de la constitución colombiana. Seminario de Evaluación*, Universidad Nacional de Colombia - Rectoría General-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, ILSA, Bogotá, 2001.

- \_\_\_\_\_ “Las soberanías en disputa: ¿conflicto de identidades o de derechos?, en: *Estudios Políticos* N° 15, Medellín, Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio-diciembre de 1999, pp. 23-45.
- \_\_\_\_\_ “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”, en: *Estudios Políticos* N° 13, Medellín, Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia, julio-diciembre 1998, pp.11-37.
- VILLA R, WILLIAM, “El Estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación”, en: AA.VV. *1991-2001 Diez años de la constitución colombiana. Seminario de Evaluación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Rectoría General- Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, ILSA, 2001.
- VILLA, WILLIAM y HOUGHTON, JUAN, *Violencia Política contra los pueblos indígenas en Colombia 1974-2004*, Bogotá, D.C., Centro de Cooperación al Indígena (CECOIN) y Organización Indígena de Antioquia (OIA), 2005.
- VILLAMIZAR H., DARÍO, “Paramilitarismo y pueblos indígenas: Persecución y despojo”, en: ROMERO, Mauricio (Editor). *Parapolítica. La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Corporación Nuevo Arco Iris, Cerec, Bogotá, D.C., 2007, pp. 323-362.
- YRIGROYEN FAJARDO, RAQUEL. « El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en el Perú. Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitución”, en: Manuel CALVO GARCÍA (Coordinador). *Identidades culturales y Derechos Humanos*. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate- Dykinson, Madrid, 2002, pp. 229-254.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL “Culpabilidad y vulnerabilidad social” (*Lectio Doctoralis*, en ocasión del Doctoado Honoris Causa, Universidad de Macerata, 2003), en: Eugenio Raúl Zaffaroni. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires, IB de F., 2005, pp. 229- 251.
- ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO. “La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, en: RIVERA BEIRA, Iñaki (coordinador), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, capítulo VI, 2005, pp. 255-286.

### **Sentencias de la Corte Constitucional Referenciadas**

- C-565 de 1993, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara
- C- 133 de 1994, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell
- C-139 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz
- C-139 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz
- C-013 de 1997, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo

- C-213 de 1997, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- C-239 de 1997, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz
- C-370 de 2002, magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett
- C- 127 de 2003, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra
- C-355 de 2006, magistrados ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
- SU-039 de 1997, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell
- SU-510 de 1998, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- T-567 de 1992, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo
- T-380 de 1993, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- T-405 de 1993, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara
- T-001 de 1994, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo
- T-254 de 1994, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- T-349 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz
- T-496 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz
- T-523 de 1997, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz
- T-652 de 1998, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz
- T-667 de 1998, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell
- T-934 de 1999, magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- T- 606 de 2001, magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
- T-1022 de 2001, magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería
- T- 048 de 2002, magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis
- T- 239 de 2002, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- T-728 de 2002, magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño
- T-552 de 2003, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil
- T- 811 de 2004, magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño
- T-1238 de 2004, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil
- T- 549 de 2007, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería
- T- 349 de 2008, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
- T- 1026 de 2008, magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra