LA INTERCULTURALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA, HACÍA UNA FUNDAMENTACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA

JHON JAIRO GUERRERO CUERVO **COD. 041282211**
JUAN SEBASTIÁN UJUETA MARTÍNEZ **COD. 041091474**
VÍCTOR JAVIER NEIRA RAMOS **COD. 041091516**

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO PÚBLICO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2014

LA INTERCULTURALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA, HACÍA UNA FUNDAMENTACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA

JHON JAIRO GUERRERO CUERVO **COD. 041282211**
JUAN SEBASTIÁN UJUETA MARTÍNEZ **COD. 041091474**
VÍCTOR JAVIER NEIRA RAMOS **COD. 041091516**

Monografía para obtener el título de abogados

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO PÚBLICO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
BOGOTÁ D.C.
2014

DEDICATORIA

A nuestras familias,
por su incondicional apoyo, y
la constante compañía a lo largo de nuestras vidas.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por la oportunidad de estar vivos y brindarnos tantas bendiciones, a la tierra de la cual somos parte y al amor universal que habita en cada uno de nosotros.

A la Universidad Libre, por habernos permitido adelantar nuestra formación profesional y personal, y permitir que dentro desde sus aulas se gestara este sentimiento de fraternidad entre colegas, que se materializa en el presente proyecto de investigación.

Reconocimiento grupal a Yamile Rojas por sus asesorías e indicaciones, a los maestros Víctor Ávila, Wilson Peña, Andrés Arévalo, al antropólogo Daniel Montañez y a todas las personas que contribuyeron y colaboraron con el desarrollo de esta investigación.

Nota de aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá D.C. Septiembre de 2014

AUTORIDADES INSTITUCIONALES UNIVERSIDAD LIBRE

Rector Nacional
Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Presidente Nacional
Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila

Presidente Seccional
Dr. Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas

Rector Seccional
Dr. Raúl Enrique Caro Porra

Decano
Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora

Secretario Académico
Dr. Álvaro Aljure Moreno

Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
Dr. José Helvert Ramón Nocua

Asesor Metodológico
Dr.

LA INTERCULTURALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA, HACÍA UNA FUNDAMENTACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN..... 8
1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA SOCIO JURÍDICO..... 13
1.1 Definición de la situación problémica..... 13
1.1.1. Problema de investigación:..... 13
1.1.2. Hipótesis..... 13
1.1.3. Objetivo..... 14
1.1.3.1. Objetivo General:..... 14
1.1.3.2. Objetivos Específicos:..... 14
1.2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA..... 14
1.3 DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA..... 16
1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA..... 16
1.3.1.1 La Conquista y la Colonia. - Primera Etapa..... 17
1.3.1.2 De la Independencia a la Constituyente - Segunda Etapa..... 20
1.4 CONTEXTO LEGAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA..... 27
1.5 CONTEXTO JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA..... 32
1.5.1 Camino Jurisprudencial..... 32
1.5.2 Límites a la Jurisdicción Especial Indígena..... 33
1.5.3 Elementos de la Jurisdicción Especial Indígena..... 34
1.5.4 Elementos y Alcance del Fuero Indígena..... 35
1.6 ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA..... 45
1.7 ESTADO DE ADECUACIÓN INSTITUCIONAL DE JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA..... 62
1.7.1 Participación y Reconocimiento..... 63
1.7.1.1 Dilaciones institucionales que afectan la participación y reconocimiento de la JEI 63
1.7.1.2 Número de cabildos en Colombia..... 67
1.7.1.3 Jurisdicción Propia..... 69
1.7.2 Protección y Garantías..... 71
1.7.2.1 Modulo Intercultural..... 73
1.7.3 Formación..... 77
1.7.3.1 Barreras culturales en la formación de funcionarios públicos y operadores jurídicos en JEI...... 77
1.7.3.2 Pluralismo Jurídico y Nivel de Coordinación..... 78
1.7.3.3 Módulo Intercultural Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla..... 80
1.7.3.4 Interculturalidad..... 82

2. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO, HACÍA LA CONFIGURACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.....90
2.1. ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL TRANSITO DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....91
2.1.1. Estado de derecho.....91
2.1.2. El Estado Constitucional.....92
2.1.3. Estado Social de Derecho.....95
2.1.4. El Estado Social de Derecho en Colombia.....96
2.2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....98
2.3. DEL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL.....100
2.4. DEL DERECHO MAYOR.....106
2.5. SOBRE LA INTERCULTURALIDAD.....108
2.6. DEL PLURALISMO JURÍDICO.....112
2.7. PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA.....116
3. DIÁLOGO INTERCULTURAL.....121
3.1. ESTRATEGIA METODOLÓGICA.....122
3.2. LA HERMENÉUTICA DIATÓPICA, UN CAMINO HACÍA EL DIÁLOGO PLURAL E INTERCULTURAL.....123
3.3. DIÁLOGO INTERCULTURAL ENTRE OPERADORES DE JUSTICIA.124
3.3.1 Preguntas Específicas.....124
3.3.2 Preguntas Generales.....128
3.3.3 Diálogo con la Autoridad Indígena.....133
3.4. VALORACIÓN.....135
BIBLIOGRAFÍA.....140

INTRODUCCIÓN

La creación y el reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial indígena en Colombia, constituye una reivindicación de parte del Estado, por el continuo proceso de invisibilización y negación de los derechos de los pueblos indígenas a través de la historia.

Históricamente los pueblos indígenas estuvieron condenados al sometimiento y a prácticas coloniales que impidieron el crecimiento y la evolución de su cultura, ello no significó otra cosa que la perdida de la libertad para autodeterminarse. El desembarco de occidente en las Américas, generó un choque cultural que confrontó el normal desarrollo de los pueblos indios con el imperioso deseo de expansión y colonización de los conquistadores.

Negar las diferentes formas de vida de los pueblos, se refleja en la historia a través del despojo de sus territorios, el desconocimiento de su ancestralidad, la imposición de otras formas de vida y la incomprensión de las formas propias de cultura.

A raíz de la imposición de occidente en tierras americanas se desarrollaron diversas figuras institucionales que se extendieron durante siglos, y que fueron propiciando situaciones adversas para los pueblos indígenas, los cuales debieron asumir la resistencia civil como instrumento para reducir el alcance de políticas esclavitas imperantes, desarrolladas bajo sistemas económicos liberales y de corte expansionista.

La existencia de la Jurisdicción Especial, no sólo se debe a una muestra histórica de reflexión y voluntad política de parte del Estado, sino que se origina también gracias a las innumerables demandas, luchas y manifestaciones sociales orientadas a obtener el reconocimiento constitucional y social, de tipo incluyente y valorativo de la significancia de su cultura y cosmovisión, ello desemboca en principio, en el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos a través de convenios.

El convenio 169 de 1989 y 107 de 1957 de la OIT son la base de la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, originando un marco normativo para que el Estado cumpla con los deberes y obligaciones que de estos se desprenden y garantice el desarrollo de las formas de vida de estos pueblos.

Desde la ratificación de los convenios por parte de los Estados, estos asumieron una posición de garantes de los derechos de los pueblos indígenas y sus integrantes, a través de políticas sociales concordantes con las recomendaciones de la OIT, para ello se debió definir o prever los mecanismos jurídicos y políticos que asegurasen el reconocimiento

de su existencia y por ende su participación en el devenir de la administración y la institucionalidad del país.

El papel que juega el Estado es fundamental, ya que dependerá de su disposición que los intereses de los pueblos indígenas se ubiquen en un lugar de semejante jerarquía articulando las formas de derecho de los pueblos indígenas al sistema constitucional colombiano, sin embargo es mucho lo que queda por adelantar, las transformaciones de los Estados y el incremento de derechos reconocidos, exigen que el derecho cada vez se más dinámico y permita crear los instrumentos suficientes y necesarios para que sean reconocidos legalmente los pueblos y sus derechos.

Sin embargo el reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena no basta, se requiere profundizar en las transformaciones que deben sufrir las instituciones, la estructura organizacional del Estado y la dinamización de sus sistemas de derecho, para poder concretar las políticas que en realidad permitan proteger el desarrollo de los pueblos indígenas. Si bien durante las últimas décadas y a partir de la reforma constitucional de 1991 se ha hablado sobre la importancia y la inclusión de estos pueblos en el desarrollo y el crecimiento de los Estados, en relación a esto último, poco se ha materializado, lo que invita a estudiar cuáles son las barreras que impiden el continuo desarrollo de políticas o escenarios que permitan incluir de manera eficaz y verdadera a los pueblos en la vida política y social del país.

Es cierto que los Estados han tenido que asumir transformaciones y ello implica que sus sistemas jurídicos también se transformen, todo esto en el marco de los sistemas económicos de cada país y la orientación de su estructura político – filosófica, dichas transformaciones requirieron una evolución y un continuo progreso constitucional, que incluyera características propias e inherentes a la población, en el caso latinoamericano y colombiano, la inclusión de la diversidad étnica y cultural.

Lo que persiste es la lucha social y jurídica por parte de los pueblos no solo para que se concreten políticas a su favor, sino para que se encuentre un espacio en el que pueda desarrollarse un dialogo intercultural que ubique dentro de las confrontaciones entre la jurisdicción especial indígena y los representantes del Estado y la jurisdicción ordinaria, los sistemas de derecho alternativos y puedan ser valorados, de manera que en el debate no se pase por alto el reconocimiento de la existencia de otras formas de autodeterminarse y administrar la justicia, aun viniendo de poblaciones especiales para las que aun no legisla el Estado.

Las reflexiones y aportes que contiene este documento son producto de un proyecto de investigación desarrollado para comprender de mejor manera la situación del estado de adecuación institucional en Colombia que debería garantizar el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena y las implicaciones que de allí se derivan.

En ese sentido, se definieron una serie de actividades que permitieron consolidar el planteamiento central a investigar, de allí se desprendió la necesidad de ubicar fuentes primarias y secundarias, clasificar la información, delimitar algunas variables y concretar las rutas metodológicas que contribuyeran al desarrollo de la investigación.

Se hizo un barrido general de los antecedentes de los pueblos indígenas a través de diferentes etapas, consultando diferentes autores, informes oficiales de organismos nacionales e internacionales, seguido de estudiar la situación de los pueblos indígenas a nivel mundial, regional y nacional.

Una vez hecho esto, se adelantó la delimitación de población, tiempo, espacio y variables en tensión para el diagnóstico de la situación socio jurídica a partir de la cual iba girar el curso de la investigación. Reconociendo la necesidad de abordar primariamente el contexto general de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, se evidenció un escenario socio jurídico problémico que enmarcado en que *la permanente ineficacia en el desarrollo de la adecuación institucional para garantizar el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia a partir de la Constitución de 1991, limita la operancia del pluralismo como principio fundante del Estado Social de Derecho.*

En el marco de la situación problémica fue posible ubicar la tensión socio jurídica de dos variables: por un lado, una persistencia histórica de la invisibilización de las culturas propias de los pueblos indígenas, en tanto, no vale solo reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de forma normativa, emplear recursos y tener voluntad política; y por otra parte la negativa del reconocimiento del otro, en tanto, el ejercicio de la función del operador jurídico no deviene en la consolidación del proceso de interculturalización del Estado y sus formas de derecho. Ello permitió plantear como pregunta central de la investigación: *¿Cuáles son las claves que viabilizarían el diálogo entre los diversos sistemas jurídicos existentes en el Estado colombiano?*

Para responder este interrogante fue necesario desarrollar un planteamiento hipotético a partir del cual se analizaron las situaciones que se desarrollan alrededor del dialogo intercultural que se requiere para precisar un entendimiento entre los sistemas jurídicos en Colombia. Es claro que este es uno de los países con mayor diversidad en la región y reconoce en su orden normativo el pluralismo y la protección de la diversidad étnica y cultural, sin embargo debe procurar por un dialogo que permita definir el pluralismo jurídico como principios fundante del Estado Social de Derecho.

A lo largo del documento se podrá ver la manera en la que se desarrollan los objetiv
os de la presente investigación, siempre dirigiendo su desarrollo hacia el diagnostico de la situación actual del la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, a partir de la contextualización de los elementos que configuran el escenario de interculturalización del Estado y cómo se presenta y se desarrolla el pluralismo jurídico en Colombia, no

obstante, desarrollar la investigación en ese sentido también permitió que se identificaran las barreras que imposibilitan el diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria.

Para el desarrollo conceptual de los objetivos a través de los capítulos se recurrió a fuentes primarias y secundarias, sobre las que se aplicaron técnicas de recolección de la información como la entrevista, videoconferencias, también se obtuvo diferentes insumos como investigaciones realizadas sobre las jurisdicciones, documentos oficiales del Gobierno, gacetas constitucionales, la relatoría de la Corte Constitucional, entrevistas con funcionarios del Consejo Superior de la Judicatura, jueces de la jurisdicción ordinaria, sociólogos, abogados, un antropólogo e indígenas.

Esta es una investigación de orden socio jurídico, que pretende diagnosticar la relación entre el sistema judicial ordinario y la Jurisdicción Especial Indígena, y cómo se deriva de este análisis principios que pueden considerarse como fundantes del Estado Social de Derecho. Se toma como referente el dialogo intercultural y el pluralismo jurídico para garantizar un espacio en el que puedan encontrarse y confrontar en igualdad de condiciones la situación y las características de sus jurisdicciones, para determinar cómo podrían concertar sus sistemas jurídicos y contribuir a la adecuación institucional para tal efecto.

Con esta investigación esperamos contribuir al debate sobre la coordinación entre las jurisdicciones y cómo se ha adelantado la adecuación institucional a fin de garantizar el derecho al ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, y cómo el pluralismo jurídico toma relevancia en el desarrollo de esta adecuación.

No cabe duda que abordar una investigación con un contenido como el que se desarrolla a lo largo de este documento en el marco de las investigaciones socio jurídicas contribuye al crecimiento de teorías contemporáneas del derecho a partir del pluralismo jurídico, permitiendo que los profesionales en la ciencia del derecho estén en capacidad de comprender nuevas aristas y alternativas de la profesión y que de la misma manera utilicen los mecanismos jurídicos ya establecidos para proteger los derechos que se le deben garantizar a las sociedades diversas y pluriculturales como la colombiana .

La carrera de derecho no solo se debe ocupar por trasmitir y ayudar a reinterpretar los manuales de derecho en las aulas, sino que debe ampliar sus enfoques jurídicos hacia nuevas tendencias y formas de organización de Estado, y partir de este tipo de investigaciones permitan proveer al país profesionales integrales, que no solo tengan conocimiento de la ley, sino de cómo su aplicación pueden permitir potenciar el sistema de derecho nacional y de paso proteger y garantizar el goce de derechos reconocidos constitucionalmente a todos los nacionales.

1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA SOCIO JURÍDICO

1.1 Definición de la situación problémica

Dada la importancia, y de acuerdo a la contextualización general realizada en el capítulo anterior, la presente investigación ubicó como situación problémica: *la permanente ineficacia en el desarrollo de la adecuación institucional para garantizar el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia, a partir de la Constitución de 1991 limita la operancia del pluralismo como principio fundante del Estado Social de Derecho.*

1.1.1. Problema de investigación:

En el marco de la situación problémica fue posible ubicar la tensión socio jurídica de dos variables: por un lado, una persistencia histórica de la invisibilización de las culturas propias de los pueblos indígenas, en tanto, no vale solo reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de forma normativa, emplear recursos y tener voluntad política; y por otra parte la negativa del reconocimiento del otro, en tanto, el ejercicio de la función del operador jurídico no deviene en la consolidación del proceso de interculturalización del Estado y sus formas de derecho.

A partir de estos dos elementos, es válido plantear la siguiente pregunta problémica socio jurídica: *¿Cuáles son las claves que viabilizarían el diálogo entre los diversos sistemas jurídicos existentes en el Estado colombiano?*

1.1.2. Hipótesis

Para abordar la pregunta problema, se introdujo una variable alternativa de análisis buscando dar respuesta desde un enfoque pluralista con el fin de dinamizar la tensión socio jurídica existente, en virtud de esta necesidad se estructuró el siguiente planteamiento hipotético: *¿La complementariedad entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, basadas en el reconocimiento y reciprocidad por medio de un dialogo intercultural posibilita la existencia de un pluralismo jurídico en el Estado Colombiano?*

1.1.3. Objetivo

1.1.3.1. Objetivo General:

Establecer la viabilidad de un diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria para posibilitar el desarrollo del pluralismo jurídico en Colombia.

1.1.3.2. Objetivos Específicos:

- Establecer el estado de la condición actual de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia.

- Contextualizar los elementos que configuran el escenario de interculturalización del Estado y el desarrollo del pluralismo jurídico.

- Identificar las barreras que imposibilitan el diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria.

1.2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Para el desarrollo de los objetivos se fijaron actividades y tareas que permitieran recoger insumos para responder a la pregunta central de la investigación.

La primera actividad consistió en realizar un rastreo bibliográfico general sobre el tema de Jurisdicción Especial Indígena con el fin de clasificar la información que sirviera de base para el desarrollo de los objetivos. En primer lugar, se delimitaron aquellos documentos que fijaban el marco histórico y conceptual de la JEI, cuya tarea resultó en la elaboración de un acápite que diera cuenta del desarrollo internacional, regional y local de las jurisdicciones especiales como derecho fundamental de los pueblos indígenas, sus elementos y particularidades así como sus fuentes de derecho, para lo cual se tuvo como base los contenidos de las gacetas constitucionales, los desarrollos normativos y jurisprudenciales vigentes; las investigaciones, artículos y estudios desarrollados al respecto, a la vez, de propuestas como la de Lorenzo Muelas y Francisco Rojas, como fuentes secundarias de información. Una vez, hecho el recuento normativo y jurisprudencial se elaboró un análisis de la pertinencia socio-jurídica en términos normativos y legales, y la estructuración del desarrollo de la adecuación institucional de la rama judicial para evidenciar los avances generales que se han hecho para garantizar el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena.

Además, se hizo un levantamiento del estado del arte sobre las conclusiones que arrojaron algunas investigaciones para diagnosticar las circunstancias en qué se encuentra el derecho a la Jurisdicción Especial Indígena. Permitiendo con ello identificar las tensiones más recurrentes entre el Estado y los pueblos indígenas.

A partir de lo anterior, se encaminó la preparación de un segundo capítulo que permitiera analizar a la luz de las transformaciones del Estado, la interculturalidad, el principio de la diversidad étnica y cultural y el derecho mayor, la posibilidad de desarrollar el concepto de pluralismo jurídico en Colombia.

Por último, se acudió a fuentes primarias para establecer la posibilidad de realizar un diálogo intercultural entre operadores jurídicos del sistema ordinario, autoridades tradicionales y dialogantes entre los dos sistemas. Para ello se recurrió a la metodología de la hermenéutica diatópica argumentada desde la perspectiva crítica del derecho que aporta el maestro Boaventura de Sousa Santos, apoyada en los principios de complementariedad y reciprocidad de los pueblos indígenas como claves de acercamiento y reconocimiento del otro.

Para la consecución de las tareas y actividades se recurrió a fuentes primarias, secundarias y terciarias, sobre las que se aplicaron técnicas de recolección de la información como la observación indirecta sobre documentos oficiales de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; a la vez que se realizaron entrevistas estructuradas y diálogos con una abogada, una magistrada indígena, una jueza, y una autoridad indígena tradicional.

Teniendo en cuenta que el tema de los pueblos indígenas es constantemente contextualizado en el campo de la antropología jurídica, esta investigación dio un giro metodológico encaminado hacía una perspectiva socio-jurídica, pues busca armonizar la relación entre el sistema jurídico ordinario y la jurisdicción especial indígena, es decir, entre el sistema estatal y la realidad de las necesidades poblacionales con enfoque diferencial.

Se toma como referente paradigmático del derecho, al pluralismo jurídico, pues versa sobre la necesidad de concreción de uno de los pilares del Estado Social del Derecho, en la búsqueda de la convivencia y el respeto por la diferencia y la diversidad, en aras de constituir una propuesta de país orientada a la integralidad de las formas de comprensión de la vida para la resolución de conflictos de orden nacional, regional y/o local.

1.3 DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Este capítulo permite identificar las condiciones adversas sobre las que se desarrolló la Jurisdicción Especial Indígena y cómo a través de la historia y la transformación del Estado, las luchas sociales jugaron un papel fundamental en el reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel Global, regional y nacional, respecto de éste último se analiza la manera como desemboca en el desarrollo e inclusión de la Jurisdicción Especial Indígena en la Constitución Política de Colombia, y de qué manera se desarrolla dentro de la estructura general Estado. Los instrumentos e instituciones jurídicas que se tendieron en favor de los pueblos indígenas o que por lo menos figuran como garantes de los derechos de éstos también debieron ser analizados en una recopilación de la normatividad y la jurisprudencia desarrollada en torno al tema.

1.3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA.

Mucho se habla del reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena a partir de la constitución política de 1991, de la diversidad étnica y cultural que posee el país y del respeto a la institucionalidad indígena, a sus costumbres y sus formas de vincularse y participar en el acontecer de la Nación. Sin embargo es importante que quien se tome el tiempo de estudiar la presente investigación, pueda encontrar los antecedentes a partir de los cuales, se arroja como resultado dicho reconocimiento, como una forma de acreditar la lucha que durante siglos han abanderado los pueblos indígenas.

Sírvase aclarar que la investigación menciona periodos diferentes, de gran extensión y con lapsos considerables entre unos y otros, pero poseen un valor importante y fundamental dentro del reconocimiento de la jurisdicción ya que mostrará cuales han sido los hechos más característicos y de mayor relevancia durante siglos de lucha de las comunidades indígenas para que se reconozcan como sujetos de derecho y entes activos dentro de la realidad jurídica de nuestro país.

Para la correcta identificación de los antecedentes y que correspondan a un orden cronológico, el grupo investigador ha considerado que se deben diferenciar estos antecedentes en etapas disímiles, así las cosas, la primera etapa corresponderá a los acontecimientos más relevantes de la época de la Conquista y la Colonia, seguidos por una segunda etapa que incluye los hechos más relevantes y que guardan una relación estrecha con el reconocimiento de la jurisdicción indígena desde la independencia hasta la constituyente de 1991.Y a partir de ahí poner en contexto de lo que se avanzado respecto de la coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el sistema Nacional Judicial.

1.3.1.1 La Conquista y la Colonia. - Primera Etapa

Para entrar en materia en lo que tiene que ver con la historia de Jurisdicción indígena en Colombia, inevitablemente se debe ubicar históricamente en la época de la conquista y la colonia, con todo lo que ello implica, como diría Mora[1], la necesidad de la iglesia para expandir su poder evangelizador, la representación de la corona en las colonias extralimitándose en el encargo de la administración, y justificación de los españoles sobre su autoridad en las nuevas tierras ante Europa y ante Dios, tuvieron una relación estrecha con la dominación abusiva y devastadora de las comunidades indígenas que habitaban desde antes de las llegada de los colonizadores de la nuevas tierras.

Es importante mencionar que de acuerdo con los autores consultados para la realización de esta investigación, se evidencia que los habitantes de las nuevas tierras como se le conoció inicialmente al territorio americano, antes de la llegada de los conquistadores y colonizadores contaban con sus costumbres y medios de supervivencia para regular sus conflictos, de manera que esto les permitía de acuerdo a su cosmovisión juzgar o no a los integrantes de sus pueblos. Sistemas propios que desde luego se vieron relegados y sustituidos por la imposición violenta del régimen de los españoles, por los abusos y constantes violaciones de las autoridades civiles de la época.

Precisamente el tema de la costumbre jugará un papel fundamental no solo en el desarrollo y la aprehensión del derecho indiano por parte de los indígenas, sino también en el progreso y consolidación de las estructuras del derecho indígena, que repercutirá en el posterior reconocimiento de la jurisdicción, como se verá más adelante dentro de la presente investigación.

Hay que advertir que en los antecedentes sobre el desarrollo de la jurisdicción, recopilados de la conquista y la colonia, Ponce y Rueda[2] evidencian que en 1542 a partir de la expedición por parte de la Corona de lo que se llamo leyes nuevas se pretendía que para resolver los conflictos entre indígenas se aplicarían sus usos y costumbres, siempre que no fueran injustos, pero en últimas correspondía a la iglesia determinar si estos eran injustos o no. Eso sin duda significa también que a pesar de que esta disposición reconoció las costumbres como elemento para la resolución de conflictos no valoraba la tradición indígena, atentando una vez más con la autonomía que demandaban los indígenas.

---

[1]MORA, Diana Fernanda. Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena. Trabajo de grado para optar al titulo de abogada. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas, 2003. P 13.

[2] PONCE BRAVO, German Ernesto y RUEDA CARVAJAL, Carlos Eduardo. ¿Es posible la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena en Colombia? Aportes para un diálogo intercultural e interjurisdiccional. Trabajo de grado para magister en derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de jurisprudencia, 2010. 187 p.

> Más adelante en 1549 mediante la cédula real del 17 de Julio, se fundó la Real Audiencia de Santafé Al igual que las demás audiencias era un tribunal con funciones tanto políticas, como administrativas y judiciales, el cual fue creado con el fin de organizar y proteger a los indígenas, tratando de limitar el poder otorgado a los conquistadores. Ejerció también poderes jurisdiccionales, que consistía en ser el tribunal de sus respectivos distritos y conocía en primera instancia de todos los casos civiles y criminales. Esta misma estaba compuesta por un Presidente, Oidores, un Alguacil Mayor, Escribanos, Receptores, Procuradores y Fiscales.
>
> Estos últimos, tenían como función, el especial encargo de la protección de indios, constituyéndose, cuando lo juzgara necesario en un defensor de oficio, en cualquier contienda con los españoles, con el fin de implantar un régimen justo. Es de gran importancia aclarar, que si bien la función de la Real Audiencia era protectora, en múltiples ocasiones, ejecutó el encargo contrario, tachando varias veces, la acción de los misioneros indigenistas como una intromisión de la iglesia[3].

Como se puede ver con la creación de una institución como esta, se procuró de alguna manera la protección de los indígenas, sin embargo aún durante este año no se reconocían los sistemas propios de los indígenas para administrar justicia, y lo que hizo fue contribuir a los motivos de la causa indigenista para demandar de parte de la corona el derecho de la autodeterminación de los indígenas y así poder juzgarse ellos mismos, también para detener los desmanes y atropellos de los cuales eran constante objeto.

Aunque se debe destacar que en 1551 se presentó el primer gran antecedente en la historia que contribuiría con el surgimiento de lo que hoy en día conocemos como la jurisdicción especial indígena; resulta que tal cómo lo mencionó Aristizábal en razón de las constantes denuncias hechas por algunos religiosos sobre los abusos cometidos por los encomenderos(*) contra los indios, Carlos V promulgó algunas normas a favor de los indígenas, en particular y con mayor relevancia para la presente investigación, "se le permitió a los caciques que impusieran castigos a sus súbditos indígenas, aunque hizo una salvedad en la competencia sobre los delitos que merecieran pena de muerte, mutilación o algún otro castigo atroz."[4]

Como se puede ver, este constituyó el primer antecedente de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) pero no deja de despertar suspicacias en lo que tiene que ver con las

[3]MORA. Op. cit., p. 24.

(*) Los encomenderos nacen como un partido conformado por los conquistadores y poseen intereses económicos sobre las tierras americanas.

[4]ARISTIZÁBAL ARBELÁEZ, Luis Hernando. Anotaciones sobre derecho indiano. 1ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 1993. P 91

(**) La cédulas reales eran el instrumento por medio del cual se emitían las leyes, su procedimiento consistía en que la autoridad que la recibiera, la tomaba en su manos, la besaba y la ponía sobre su cabeza como señal de que sería acatada.

facultades que aún reposarían sobre el reinado, para juzgar los delitos que contemplaran la pena de muerte. De alguna manera no convenía a la corona depositar todas las facultades sobre los caciques para juzgar los delitos cometidos por sus *súbditos*. Generaría un inmediato desconocimiento de la autoridad civil, y rompería con el sistema jurídico implantado por la corona.

En el mismo año en el que Carlos V expidió las normas a favor de los indígenas, también expidió una cedula real (**) donde argumentaba que ningún cacique o español tendrían relación ni parte, en las minas que los indios descubrieran o se beneficiaran. Estipulaciones como esta no se cumplían en razón del desbordante deseo de poder no solo político, sino también económico que algunos de ellos deseaban tener, para hacer de alguna manera contrapeso a la corona.

En 1593 se puede ver cómo la evolución de las *leyes de las indias* seguía invocando una protección para los indios, pero continuaba haciéndolo dentro de su propio sistema dominante, El Rey Felipe II ordenó que quién delinquiera contra un indio sería penado con mayor severidad que si hubiera actuado contra otro español. A pesar de la evidente protección, se desconoce y proscribe para ese momento, el principio de autodeterminación que con mayor fuerza demandaban los indígenas.

Hacia 1560 los indígenas empezaron a disfrutar de tierras colectivas denominadas resguardos territoriales, mediante un titulo cuya administración se dejaba en manos del cabildo. Ese resguardo era "una porción de tierra adjudicada colectivamente a una parcialidad, a través de su cacique, para que la explotara económicamente y habitara en ella, siendo la corona la titular del derecho de dominio sobre ella"[5] pero como dirían Ponce y Rueda[6]dicho reconocimiento no tendría otro objeto que proteger la fuerza de trabajo indígena y reunirlos en una misma zona para contribuir con la colonización y evangelización. Sin embargo el Consejo Regional Indígena del Cauca, rescata que "ese régimen de resguardos recogió la forma de tenencia de la tierra que tenían otros indígenas antes de la conquista en América, consistente, en la propiedad colectiva del territorio y el uso individual de parte de la tierra"[7]

[5] FLOREZ, Alfredo Enrique, las instituciones laborales de la colonia en el nuevo reino de granada, Universidad Javeriana, 1990. Citado por ARISTIZÁBAL ARBELÁEZ, Luis Hernando. Anotaciones sobre derecho indiano. 1ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 1993. P 147

[6] GÓMEZ, Herinaldy. Modulo intercultural. Pueblo arahuaco. Universidad del Rosario, Bogotá. Citado por PONCE BRAVO, German Ernesto y RUEDA CARVAJAL, Carlos Eduardo. ¿Es posible la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena en Colombia? Aportes para un diálogo intercultural e interjurisdiccional. Trabajo de grado para magister en derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de jurisprudencia, 2010. P - 28

[7]Consejo Regional Indígena del Cauca. Cartilla de legislación indígena: comunidad bienes. Cauca: segunda edición, 1986. P 10.

En 1680 y como señala Mora[8], se promulgó una recopilación de los Reinos de las Indias, esta era una ley oficial que regulaba las relaciones con las poblaciones de ultramar, de esta manera la protección a los indígenas se vio afectada, ya que se aseguró que esas tierras, que los indígenas poseían, eran de mucho valor como para estar en sus manos, razón por la cual Carlos III redujo gran parte de los resguardos.

1.3.1.2 **De la Independencia a la Constituyente - Segunda Etapa**

En lo que refiere a los antecedentes del periodo que va desde la independencia a la constituyente, son muy vitales en el sentido que aportan una idea de cómo durante los siglos la lucha indigenista desembocó en una fuerza social que cada vez y con mayor fuerza reclamó el reconocimiento de sus derechos, a la tierra, a la auto determinación, a su jurisdicción en uso de sus costumbres.

> En 1821, con la independencia de la Nueva Granada, las elites dirigentes intentaron crear un modelo de Estado que respondiera a la ideas de la Revolución Francesa y del liberalismo clásico. En consecuencia implantaron el monismo jurídico: Un Estado soberano no podía permitir que en su territorio coexistieran diferentes sistemas jurídicos, era necesario la centralización jurídica. Por lo tanto se negó, al menos en el plano formal, la existencia de sistemas de resolución de conflictos distintos a los ofrecidos por el Estado. Los indígenas, en la medida que eran considerados ciudadanos en igualdad de condiciones a los demás miembros de la sociedad, quedaron sometidos a las leyes y a los jueces de la república. Desde ese momento quedó eliminada la posibilidad de reconocer la existencia y mucho menos la legitimidad de las jurisdicciones indígenas dentro del Estado de derecho liberal. Sin embargo, esta posición inicial se fue modificando con el tiempo. De la igualación inmediata por medio de la Ley se pasó a reconocer la existencia de la diferencia.[9]

Sin embargo es necesario destacar que las políticas se tornaron en contra de los indígenas y en lugar de reconocerles su jurisdicción, en la independencia se mantuvieron disposiciones en contra de los indígenas y se avizoraba un interés por abolir las costumbres propias de las instituciones indígenas, demostrando la intención de reducirlos a la vida civil y formarlos en un pensamiento y una filosofía de vida más occidental.

"La disolución de la Gran Colombia, fijaría nuevos límites, con lo cual se dio la segregación de las comunidades limítrofes, aumentando las desgracias de estos pueblos.

[8]MORA. Op. cit., p. 26.

[9]SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En: El caleidoscopio de las justicias en Colombia. 19ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001. P 64.

Estas leyes buscarían la integración de las tribus al orden del Estado y su conversión a la vida civil: así mismo, continuaría la acción evangelizadora de las misiones"[10]

Es evidente que el objetivo sería reducir a las comunidades indígenas, la idea de civilizarlas cada vez atentaba más contra la tradición y la cosmovisión sobre la cual se desarrollaba su vida. Es una etapa histórica donde se pretende consolidar la posición de que los indígenas por el hecho de ser "salvajes" son una raza mentalmente atrasada, y que la manera de contribuir con la evolución para salir de su atraso será a través de las misiones y de su incorporación a la vida civil, para que sean regidos por las normas de conducta propias de un occidental.

Haber sido salvaje o pertenecer a un entorno salvaje no significa otra cosa que ser un obstáculo en el desarrollo de la República, toda vez que las tradiciones milenarias, el respeto por la naturaleza, el cuidado por la tierra, el sistema de control social indígena, el equilibrio entre el entorno y la vida no aportan de ninguna manera al crecimiento de la república fundada dentro de los pilares de la tradición occidental. Ello sin contar la preeminencia de las misiones y la extensión del poder eclesiástico en la época, porque desde luego la visión occidental de la religión, de Dios y de lo que significa el pecado será fundamental para construir los argumentos de por qué no se puede adoptar un sistema jurídico paralelo al existente y que las conductas realizadas no serán más que una expresión de pecado ante los ojos de Dios y una contravención a la moral cristiana.

Posteriormente se promulgó la Ley 89 de 1890 que determinará la manera como deben ser gobernados los "salvajes" que fueran reduciéndose ala vida civilizada. Y a través de la cual se pretendió regular las relaciones y conductas dentro de los resguardos, se facultó a los gobernadores de los cabildos para conocer de las faltas menores, sin embargo el conocimiento sobre los delitos cometidos por sus miembros continuarían siendo objeto de estudio por parte de las autoridades judiciales nacionales. Se debe recalcar que a pesar de la época en la que fue expedida dicha ley, hoy se mantiene vigente a pesar de la declaración de exequibilidad de algunos de sus artículos.

Nuevamente a pesar de expedición de esta ley que se refiere en concreto al tema de los indígenas, al no delegar directamente el conocimiento de los delitos sobre el gobernador del cabildo, sigue postergando el reconocimiento de otras maneras de administrar justicia de forma paralela a las del Estado. Además se sigue demostrando la fuerte influencia de la autoridad eclesiástica, que facultada por la ley contribuiría a determinar la manera como estas sociedades debían ser gobernadas.

En este punto hay que resaltar tres cosas: la primera es que se ha expedido una ley especial en la cual se busca reconocer en cierta medida las costumbres y los usos de las diferentes comunidades; pese a esto se ha implantado un organismo como el cabildo para regular las relaciones que sucedan dentro del resguardo, sin advertir,

[10]MORA. Op. cit., p. 27-28

que muchas comunidades no tienen una forma centralizada de gobierno, y que posiblemente estaría en contradicción con las autoridades tradicionales de las mismas comunidades.

Lo segundo, es que sin tener en cuenta lo anterior, el cabildo, a pesar de sustentar las facultades que le sean otorgadas por las mismas costumbres y usos de las parcialidades, tiene los limites de los derechos del ciudadano, pues estos deben ser respetados a toda consta, inclusive, de la misma cultura predicada por las parcialidades.

Y por último, si bien se ha otorgado a los cabildos un grado de autonomía, para poder conocer asuntos que surjan en el seno de la comunidad, se imponen sus penas, que no van en consonancia con las mismas tradiciones indígenas; y así mismo se deja un gran espacio para la intromisión del sistema jurídico nacional, pues dicha autonomía es limitada, a los asuntos que involucre a los miembros de una misma parcialidad.[11]

Seguidamente en el año de 1892 se promulgó la Ley 72 a partir de la cual se podría delegar facultades en los misioneros para ejercer autoridad de tipo civil, penal o judicial sobre los indígenas. Como sostiene Sánchez[12] los grupos de indígenas que habitaban esos resguardos quedaron sometidos al poder de las autoridades eclesiásticas, sus jueces y legisladores ahora serian los misioneros y por otra parte quienes estuvieran por fuera de esos resguardos estarían sometidos bajo la jurisdicción nacional.

Es importante hacer una salvedad en lo que refiere a conductas penales en las que se realizó una excepción en el caso de los indígenas, ya que se les otorgó la condición de inimputables, ya que la comisión de sus conductas se desprendía de motivaciones diferentes a la lógica concebida por los jueces y que pertenecían a su condición de diferente y poseían una cosmovisión completamente distinta.

Posteriormente se fueron promulgando leyes y situaciones determinantes para las comunidades indígenas, entre ellas se pueden destacar que, casi 50 años después, en 1940 los terrenos que conformaban los resguardos fueron declarados bienes baldíos y a quienes los habitaban se les reconocía algo por el cultivo, en 1858 a través de la ley 81 se creó el Instituto Indigenista Colombiano, quien se encargaría de analizar a las comunidades indígenas en lo que tiene que ver con su desarrollo; en 1960 por medio de decreto se creó la División de Asuntos Indígenas, que se encargaba de la protección y educación de los indígenas; en 1971 se creó el Consejo Nacional de Política Indigenista.[13]

[11]MORA. Op. cit., p. 31
[12]SÁNCHEZ. Op. cit., p 65
[13]MORA. Op. cit.,

Lo anterior se produce de acuerdo a las exigencias de las organizaciones indígenas que se venían constituyendo, el trasegar de su cultura por la historia, les dio las herramientas propicias a las comunidades indígenas para empezar a demandar por el reconocimiento de su autonomía y su existencia como sujeto de derechos; el Estado se dio cuenta que debía empezar a reconocer la diferencia y las otras formas de coexistir con habitantes del mismo territorio nacional, materializando esto en el reconocimiento del un territorio multiétnico y pluricultural.

Se debe destacar como lo hace Sánchez[14]en materia penal que, en 1970 la Corte Suprema de Justicia señaló que los indígenas carecían de normas represivas, y por la misma razón de jueces competentes. En 1980 se expidió un nuevo código penal, en el que cuando se tratara de inimputable por inmadurez psicológica, la mediada será retornarlo a su entorno, así pues parece que podría interpretarse que para la Ley en e el determinado caso que ella lo indica los indígenas poseían un retraso mental cultural.

A partir de los años 80 el país empieza a vivir un cambio, se concientiza de que debe empezar a desarrollarse e industrializarse, reconoce que las estructuras sociales que se mantuvieron durante siglos han empezado a cambiar y que el bipartidismo al que fue sometido el país, lejos de traer beneficios, atrasó y postergó el crecimiento y desarrollo del país, presentando las instituciones del Estado. Como instituciones en evidente retroceso. A esto se debe sumar la manifestaciones de violencia y las secuelas de esta, el desconocimiento de las condiciones materiales de vida de muchos de los asociados del Estado, el desconocimiento de las libertades fundamentales, violaciones de DDHH, el descontento de los grupos étnicos por la exclusión y falta de atención por parte del Estado.

Dentro de este panorama 1982 se crea la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, "como resultado del acuerdo de los pueblos indígenas de Colombia para hacerle frente a la defensa y protección de sus derechos especiales, colectivos y culturales, desde la unidad de acción organizativa y programática. Por primera vez en la historia nacional, dos mil quinientos delegados de los diferentes pueblos indígenas del país, se reunían para conversar sobre su pasado, presente y futuro; además para proponerle al Estado colombiano estrategias para la protección de la integralidad de sus identidades étnicas"[15]

A partir de la creación de la ONIC el Estado colombiano comprendió que debía contribuir a las estrategias de protección planteadas por la organización y generar puentes de comunicación a partir de los cuales se generara una interrelación que garantizará los derechos demandados durante siglos por estos pueblos.

[14]SÁNCHEZ. Op. cit., p 67

[15] [citado en 19 de abril de 2014] disponible en internet: http://cms.onic.org.co/sobre-nosotros/historia-de-la-onic/

Sin duda alguna el compromiso de reconocer a las comunidades indígenas, su cultura, sus costumbres, sus sistemas judiciales y sus formas de auto determinarse ya no eran un asunto solo de interés nacional que debía comprometer todos los esfuerzos del país, sino que había trascendido a lo internacional, en razón de ello se promulgaron, algunas disposiciones que reconocen y protegen los derechos de las comunidades indígenas en América Latina. Estas disposiciones son el convenio 169 de la OIT de junio de 1989 aprobado en la conferencia número 76 de la Organización Internacional del Trabajo realizada en Ginebra, el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano realizada en 1972.

El año de 1991, fue un año que marcó la historia de los pueblos indígenas, después de la constante lucha de siglos por el reconocimiento de sus costumbres y usos; la lucha por el reconocimiento de su autonomía; el 5 de junio de ese año, en sesión plenaria los constituyentes, Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, presentaron una propuesta, para "crearse una jurisdicción indígena, articulado el sistema judicial del estado, la ley orgánica de carácter especial regulará la forma como se dará esta articulación, así como el funcionamiento, competencia y fines de la jurisdicción, se crea en la presente constitución en los territorios indígenas se garantiza la vigencia de las normas de procedimiento de justicia propia que no atente contra los derechos humanos"[16]

Lo siguiente es un fragmento de exposición de motivos que realiza el constituyente como fundamento de su propuesta:

> Para nosotros que realmente nuestra inspiración, nuestro pensamiento desde hace muchos años hemos querido no seguir siendo juzgados a las comunidades y pueblo indígenas con una ley extranjera, una ley importada y eso es lo que nos ha causado gravemente daño a través de la historia somos también descendientes de un pueblo milenario y que de lógica este pueblo tuvo una constitución y aún todavía existe, esos vestigios de la constitución sin duda alguna en muchas comunidades y pueblos indígenas, hasta hoy, resuelven sus problemas en sus comunidades, resuelven sus problemas de acuerdo a su criterio, de acuerdo a su forma, de acuerdo a su lenguaje, de acuerdo a su pensamiento, solamente esta vez necesitamos que haya un reconocimiento a esa justicia autóctona, esa justicia indígena que no es recogido del pensamiento, como aquí siempre yo escucho el pensamiento, como a mi cita los pensadores del mundo (…) pero sí queremos que reforcemos esa justicia debilitada realmente, porque son 150 años de la vida republicana, 500 de años de abandono eso ha podido quedar muy simple en su justicia interna, pero que hoy estamos en un momento

[16] Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Artículo 246 de la Constitución de 1991: sesiones de las comisiones. Bogotá: Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la constitución. 1991. p 2.

> de aprestamiento, en un momento de aprendizaje, en un momento de fortificar a las autoridades indígenas…[17]

En la comisión cuarta, en sesión del 15 de Mayo, el constituyente Francisco Rojas describió cómo es la jurisdicción indígena y cómo opera. Dejando claro aspectos importantes de su sistema de administración y sanción, dentro de sus respectivos cabildos. A continuación se transcribe un fragmento de lo que fue su exposición de motivos sobre el artículo 246 de la constitución política de 1991, todo con la finalidad de aportar desde una valiosa fuente las características de esta jurisdicción:

> La verdad que el sistema de administración de justicia en las comunidades es colectiva, ¿cómo así colectivas? Existen consejos de ancianos que están compuestos de 10, 20, 30 ancianos, estudian digamos el caso, posteriormente someten a una asamblea general que es con participación de niños, ancianos, de jóvenes, de señoras, etc. Para que participen cómo infringió o cómo cometió o cómo se convirtió en un infractor, o cómo se convirtió en un elemento extraño de la comunidad. Todo un proceso de investigación se hace conjuntamente con todo el pueblo y es el pueblo el que tiene que imponer la sanción y hay unos sistemas en algunas regiones existen trabajos comunitarios, poner por ejemplo a limpiar la cosecha de un cacique, vamos todos para allá, pero él es el castigado, el que tiene que cargar la chicha, el que tiene que cocinar, o arreglar los documentos de 20, 50 hombres, o él es el que tiene que cortar la leña, o él es el que tiene que arreglar el camino etc. Mañana, lo utiliza otro cacique u otro anciano o lo que nosotros llamamos el trabajo cambiado, mano cambiado, el trabajo comunitario lo dirige el condenado, el sancionado. Hay otras regiones donde existe un sistema que de pronto ustedes los estudiosos lo conocen muy bien, la figura del cepo, cepo fue una forma de la exclavitud diría yo sí, ahora se utilizan dos palos, se le abren dos huecos, y se le pone candado por los lados y uno se sienta todo el día, o según las horas, y hay también guardias cívicas que no tienen armas, tienen un pedazo de palo o bastón de mando que nosotros llamamos, con figuras de personas o de animales o de culebras, pero es labrado en un material muy fino, ese es pues el ejercicio de la administración de justicia."[18]

Como resultado de los debates realizados en las sesiones se obtuvo la codificación del artículo 246 de la actual constitución política, pero se debe precisar que dentro de esos debates, se depuró en muchas ocasiones el texto con el fin de poder encontrar la redacción ideal, que verdaderamente reflejara una inclusión de los pueblos indígenas en la constitución y que no dejara al azar una posible errónea interpretación que proponga que reconocer esa jurisdicción podría significar una ruptura del sistema jurídico – político del Estado colombiano, sino que se demostrara a través de este artículo que la Jurisdicción Indígena hace parte del ordenamiento colombiano y allí se reconoce la

[17]Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Op. cit., p1
[18]Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Op. cit., p1

diversidad cultural, las costumbres, la autodeterminación de los pueblos indígenas, y ese reconocimiento se materializa particularmente, en la facultad que poseen las autoridades indígenas para administrar justicia. El resultado final de dichos debates fue el siguiente:

"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial en el sistema judicial nacional"[19].

De acuerdo con su deber de adelantar la integración entre los sistemas de justicia, el Consejo Superior de la Judicatura se encuentra trabajando en los mecanismos de coordinación entre ellos, tanto especial como ordinario. Este programa se conoce como Apoyo a la coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional.

Dentro de las políticas de dicho Programa se pueden mencionar las siguientes:

> • Coordinar y concertar con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas así como lo establece la Ley 21 de 1.991 dando sentido a la libre autodeterminación de cada pueblo, respetando el derecho que poseen a decidir sobre sus prioridades y las acciones que se deban realizar al interior de cada pueblo.
>
> • Garantizar el ejercicio autónomo de los procesos de formación e investigación que posee cada pueblo sobre su sistema judicial para lograr cumplir con lo estipulado en al Constitución Política respecto al ejercicio de funciones jurisdiccionales de las autoridades tradicionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república.
>
> • Impulsar procesos de publicidad, información y registro de las acciones y decisiones de las jurisdicciones indígenas existentes en Colombia respetando los derechos de autor de cada pueblo y su decisión autónoma en dar a conocerlos.
>
> • Conformar concertadamente y a través de consultas nacionales el sistema georreferenciado de las jurisdicciones indígenas que permitan la visibilidad de las autoridades tradicionales que ejercen justicia en el territorio nacional, así como la adecuada cobertura y eficiencia en la aplicación de justicia.
>
> • Consolidar los mecanismos de coordinación entre las jurisdicciones indígenas y el Sistema Judicial Nacional conociendo las necesidades

[19] Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Op. cit.,

que posee cada pueblo en el ejercicio de su jurisdicción indígena y estableciendo instrumentos que promuevan el respeto y ejercicio efectivo de la misma.[20]

1.4 CONTEXTO LEGAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

A partir de 1991 con la entrada en vigencia de la Constitución Política en Colombia, se establecieron ciertos derechos y pilares fundamentales para la conformación y reconocimiento de la JEI. Del mismo modo la legislación nacional fue creciendo progresivamente abarcando diferentes tópicos y reglamentando el ejercicio de la misma.

En el año 1991 entra en vigencia la ley 21, por la cual el Estado colombiano ratifica el Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, conteniendo esta, algunos de los rasgos de los principios que posteriormente fueron consagrados en la Carta, y de igual manera configurando el Bloque de Constitucionalidad que fue establecido en el artículo 93 de la misma.

Este convenio es de vital importancia para el desarrollo de la investigación jurídica que el grupo de investigación se propone en este capítulo, pues abarca asuntos trascendentales que se desarrollan en las diferentes leyes y decretos que hacen referencia a los Pueblos Indígenas como lo son salud, educación, formación, empleo, tierras. Con la ratificación de este convenio el estado colombiano se compromete a garantizar y proteger las costumbres y el derecho propio de los pueblos indígenas. Contiene implícitamente el principio de igualdad e identidad cultural, como también el ejercicio de la Jurisdicción Indígena en el juzgamiento de los delitos realizados por sus miembros.

En la Carta Política se encuentran algunos artículos referentes al tema, como lo son en primera medida el artículo 7, de gran importancia al reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural del a Nación siendo este uno de los valores esenciales y predominantes del respeto y la protección a los Pueblos Indígenas. En los artículos 8 y 10 se consagran las obligaciones del estado de proteger las riquezas culturales de la nación y de establecer el castellano como lengua oficial y los dialectos de los grupos étnicos en sus territorios.

El artículo 13 establece conceptos como la dignidad humana, la libertad e igualdad de todas las personas y la obligación del estado de promover las condiciones para hacerlos efectivos. La libertad de conciencia y el respeto por las convicciones y creencias también están establecidos en la Carta en su artículo 18.

[20]ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía. La Jurisdicción Especial en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Nacional Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Guatemala, 2004.

No siendo una medida que propiamente reglamentara aspectos específicos de la JEI, sino que más bien lo incorporara dentro del tema general, fue por medio de la ley 99 de 1993 por la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y se reordenó la gestión y conservación de este y de los recursos naturales, que se establecieron algunas disposiciones que fomentan la difusión y el reconocimiento de las culturas indígenas, el abastecimiento de agua, y los concejos de estas entidades territoriales. Igualmente se determinó que "La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales"[21] esto complementando un poco lo establecido en el artículo 330 de la Constitución Política que establece disposiciones sobre los territorios, sus costumbres y funciones.

Del mismo modo en el año 1993 se establecieron por medio del Decreto 1809 las normas fiscales relativas a estos territorios. Se declaró que "todos los resguardos indígenas legalmente constituidos a la fecha de expedición del presente Decreto serán considerados como Municipios. De acuerdo con el artículo 357 de la Constitución nacional."[22] Y también hizo referencia a la certificación que expedirá el ministerio de gobierno para la determinar la ubicación y población de los resguardos indígenas legalmente constituidos.

Este decreto fue parcialmente modificado posteriormente por el Decreto 840 de 1995 en donde se dispuso que "El DANE deberá certificar cada año la población de los resguardos legalmente constituidos, a partir de 1997."[23]

El Decreto 1386 de 1994 "Sobre la autonomía de los resguardos para la destinación de los recursos de las transferencias."[24] Hace una regulación en materia de celebración de contratos, requisitos y forma de los mismos, la administración de recursos por parte de estos y la presentación de convenios, así como la participación de los ingresos corrientes a los que tienen derecho.

Posteriormente en al año 2000 con la ley 756 se establecieron criterios de distribución y se definieron las características del Fondo Nacional de Regalías. Además se encuentran las disposiciones que hacen referencia a las regalías adjudicadas a los resguardos indígenas, cuando se trate de preservación del medio ambiente, y del procedimiento para recibir y ejecutar los recursos, cuando el resguardo sea una entidad territorial y cuando no.

[21] Colombia, Congreso de la Republica, Ley 99 de Diciembre 22 de 1993. Artículo 76
[22] Republica de Colombia, Ministerio del Medio Ambiente, Decreto 1809 de septiembre 13 de 1993. Artículo1
[23] Compendio de normatividad de los resguardos indígenas en Colombia en relación con la información estadística. P 12
[24] Compendio de normatividad de los resguardos indígenas en Colombia en relación con la información estadística. P 12

En el artículo 286 de la Constitución Política están consagrados los territorios indígenas como entidades territoriales, del mismo modo en la ley 152 de 1994 por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, se determinaron los lineamientos necesarios para la elaboración, aplicación, ejecución y seguimiento de los planes realizados por estas entidades y los organismos públicos de todo orden, así como las autoridades e instancias territoriales, y nacionales de planeación.

Lamentablemente se observa hoy, que la valoración que hay por parte de las autoridades hacia las entidades territoriales Indígenas, no es la misma que hay hacia otro tipo de ellas como lo son los municipios, departamentos o distritos, puesto que en ocasiones aún constituidas como tal por parte de los Pueblos Indígenas, las regalías no son adjudicadas directamente a ellas sino que deben ser distribuidas por medio de los otros tipos de entidades.

En el año 2001 por medio de la ley 715 se dispuso una nueva regulación de como se debe realizar la participación, distribución y administración de los recursos para los resguardos indígenas, sea que pertenezcan a un municipio o estén constituidos como entidad territorial, caso en el cual sus autoridades recibirán y administraran directamente la transferencia.

El ejercicio de la JEI dentro de su territorio de acuerdo a sus normas y procedimientos está consagrado en la Carta política en el artículo 246, de igual manera ha sido abarcado en decretos y leyes. Por medio del Decreto 1088 de 10 de junio de 1993 se dispusieron las bases jurídicas para la conformación de las asociaciones y/o autoridades tradicionales indígenas, con criterios como la aplicabilidad, naturaleza jurídica, objeto, requisitos y autonomía de las mismas.

En desarrollo de la ley Estatutaria de Administración de Justicia en el año 1996, se consagró que la JEI hace parte de la jurisdicción constitucional que a su vez constituye la rama judicial del poder público, y determina específicamente en su artículo 12 que:

> Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas. Los tribunales y jueces militares conocen, con arreglo a las prescripciones de la ley y del Código Penal Militar, de los delitos sometidos a su competencia. [25]

[25] Colombia, Congreso de la Republica, Ley 270 de 1996 Artículo 12. Del Ejercicio de la función Jurisdiccional por la rama Judicial

De esta manera el grupo de investigación observa, que las decisiones emanadas de la JEI siempre están controladas por una autoridad que ejerce el control de constitucionalidad y legalidad, pero encuentra el grupo que dentro de las altas cortes no existe una corporación o división especializada de la justicia propia, que pueda acompañar los procesos de revisión en los casos pertinentes a esta y pueda dar un concepto mucho más cercano respetuoso y pertinente de acuerdo a su cosmovisión.

La creación del Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino que fue creada por la ley 160 de 1994 introdujo la regulación de las relaciones y necesidades de los Pueblos Indígenas en materia de tierras, predios, mejoras y reestructuración de los resguardos. Y "establece en el capítulo XIV lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional."[26]

Posteriormente se dio la creación de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones. En esta se abarcan temas como el saneamiento de resguardos, el acceso a la información y su actualización. Así como la regulación ambiental y la inversión y adquisición de predios son temas que tendrán que pasar por una conversación y concertación de Resguardos, consagrando que las licencias ambientales no se podrán entregar sin un estudio de impacto económico, social y cultural sobre los pueblos, de los cuales ellos mismos serán parte para realizar su análisis. Esta comisión fue creada por el Decreto 1397 de 1996**.**

La participación en Política de las Comunidades Indígenas, más específicamente para la aspiración a la Cámara de Representantes fue regulada con la aparición de la ley 649 de 2001 por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia. Y consagra.

> Artículo 2º**.** Candidatos de las comunidades indígenas. Los candidatos de las comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización refrendado por el Ministerio del Interior.[27]

En el año 1994 por medio de la ley 115 se expide la Ley General de Educación donde se señalan las normas generales para regular este servicio, en el ámbito de los Pueblos Indígenas contiene en su capítulo 3 la educación para grupos étnicos, y consagra que

[26] RODRIGUEZ, Gloria amparo. Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. Pág. 33

[27] Colombia, Congreso de la Republica Ley 649 de 2001 Artículo 2

"en funcionamiento las entidades territoriales indígenas se asimilarán a los municipios para efectos de la prestación del servicio público educativo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 60 de 1993 y de conformidad con lo que disponga la ley de ordenamiento territorial."[28]

La participación de los Pueblos Indígenas en los ámbitos de salud y seguridad social, fue abarcada por la ley 691 de 2001. En la ley se regulan puntos fundamentales como la vinculación, el régimen de beneficios, así como la operación financiamiento y control del sistema de seguridad social en salud aplicado a los pueblos. Del mismo modo la participación y el derecho de acceso a los servicios de salud.

La conformación de Entidades Promotoras de Salud, realizada por cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas fue regulada por el Decreto 330 de 2001 donde se abarcan temas como el objeto social, en donde tendrán que afiliar y carnetizar a los beneficiarios, cobertura para lo cual se autorizo por parte de la Superintendencia Nacional de Salud su funcionamiento en todo el país. También se regula el capital social con el objetivo de garantizar la prestación del POS con un mínimo de salarios por cantidad de afiliados.

Una obligación de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos y buscar la igualdad de oportunidades para su educación, es un principio que se encuentra establecido en el artículo 70 de la Constitución Política. De la misma manera el artículo 72 consagra la obligación del estado de proteger el Patrimonio arqueológico y de establecer los mecanismos para cumplir con esta obligación.

En el año 1997 por medio de la ley 397 se desarrollaron estos artículos y se dio la creación del Ministerio de Cultura, con el desarrollo de esta ley se protege y garantiza la a los grupos étnicos y comunidades indígenas su patrimonio cultural, y se determina que los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las comunidades indígenas hacen parte del patrimonio arqueológico del país. Asimismo el "Ministerio de Cultura apoyará y orientará a los cabildos indígenas en la realización de convenios con instituciones culturales sin ánimo de lucro que fomenten el arte y la cultura."[29]

1.5 CONTEXTO JURISPRUDENCIAL DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Es ineludible analizar la secuencia jurisprudencial emitida por la Corte Constitucional, conforme al tema que nos ocupa, la JEI en Colombia, lo cual se hará teniendo como referencia los métodos, de lo abstracto a lo concreto e histórico lógico. Con el fin de profundizar, en el tema de referencia, es necesario abordar el mismo, en primera medida

[28]Colombia, Congreso de la Republica, Ley 115 de Febrero 8 de 1994, Capítulo 3 Parágrafo

[29] Colombia, Congreso de la Republica, Ley 397 de Agosto 7 de 1997 Artículo 26.

haciendo un análisis de los fallos emitidos por la Corte Constitucional, en segundo lugar, es menester ubicarse en los elementos propios de la Jurisdicción Especial, definir los límites de la misma, los cuales se encuentran inmersos en el articulado Constitucional, pero que la Jurisprudencia ha ahondado sobre el mismo y de igual manera hacer referencia a los elementos del fuero indígena, sobre los cuales la Corte, también se ha ocupado.

1.5.1 Camino Jurisprudencial

En primera medida se analizaron las decisiones de la Corte Constitucional, la primer sentencia que trato el tema de la JEI, fue la Sentencia T 254 de 1994. Esta se refiere al castigo impuesto al comunero y a su familia *expulsión de la comunidad* por las autoridades indígenas del Tambo debido a la supuesta comisión del delito de hurto.

Al petente le concedió la tutela, fundamentada en la violación al debido proceso y a la integridad física de sus hijos, teniendo en cuenta que la decisión adoptada por el pueblo fue más allá de los límites establecidos por la Constitución y la ley; limites que protegen los Derechos Fundamentales del indígena: "La plena vigencia de los Derechos Fundamentales Constitucionales en los indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional 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.*"*[30]

En consecuencia la Corte ordena a las autoridades de El Tambo acoger de nuevo al petente y a su familia en la comunidad, bajo la responsabilidad de esta, mientras se procede nuevamente a tomar la decisión respecto del delito por el cual fue juzgado. Al mismo tiempo esta corporación advirtió a las autoridades que la decisión que tomen respecto de las imputaciones hechas al accionante de ninguna manera pueden involucrar a su familia, además la decisión que adopten con base a sus procedimientos debe estar sujeto a las leyes y a la Constitución.

> La atribución Constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocía a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que estos y aquellas no sean contrarios a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de ordenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de

[30] COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sala tercera de revisión. Sentencia T 254 de 1994. M.P. Cifuentes Muñoz Eduardo

> convivencia para los particulares. 3. las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.[31]

1.5.2 Límites a la Jurisdicción Especial Indígena.

A continuación, la Corte, en Sentencia T 349 de 1996 impuso límites a las facultades jurisdiccionales de los pueblos indígenas: "Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional. *"*[32]

Con base a lo anterior fue concedida la tutela al accionante por violación del principio de legalidad de la pena, toda vez que inicialmente fue condenado por el cabildo mayor único de Risaralda a ocho (8) años de cárcel y posteriormente en una reunión general de los integrantes del pueblo Émbera- Chamí donde además concurrieron los familiares de la víctima y los del acusado se tomo la decisión de aumentar la pena a veinte (20) años.

La Corte[33], entonces concluyo que este exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas hace procedente la tutela en el caso del actor, puesto que además de implicar una violación a su derecho al debido proceso (restringido en su contenido a la legalidad del delito y de la pena), se trata de un caso en el que el actor no dispone de otro medio de defensa judicial. En efecto, quien tomó la decisión definitiva fue el pueblo reunido en pleno, autoridad suprema y, por lo tanto, incuestionable en sus determinaciones.

Con el fin de proteger los derechos del accionante y la autonomía del pueblo Embera-Chami, para juzgar conforme a sus normas y procedimientos a sus comunales, la Corte dispuso preguntarle al pueblo en general, por ser esta la autoridad máxima, si estaría dispuesta a juzgar de nuevo al actor, con el fin de imponerle una de las sanciones tradicionales, o por el contrario prefieren que el caso objeto de estudio sea resuelto por la jurisdicción ordinaria.

---

[31] COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sala tercera de revisión. Sentencia T 254 de 1994. M.P. Cifuentes Muñoz Eduardo.

[32] COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sala cuarta de revisión. Sentencia T 349 de 1996. M.P. Gaviria Díaz Carlos.

[33] COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sala cuarta de revisión. Sentencia T 349 de 1996. M.P. Gaviria Díaz Carlos.

1.5.3 Elementos de la Jurisdicción Especial Indígena

En la sentencia C-139 de 1996, la Corte Constitucional se pronuncia a cerca de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1,5 y 40 de la ley 89 de 1890. En primera medida hace un análisis al artículo 246 constitucional, el cual establece los cuatro elementos fundamentales de la JEI a saber, "la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional."[34]

Respecto de los elementos de la jurisdicción dice la corte[35], los dos primeros a los cuales hace alusión corresponden al núcleo fundamental de autonomía, propio de los pueblos indígenas, la cual no se refiere solo al ámbito jurisdiccional, sino también al legislativo puesto que tienen la posibilidad de creación de normas y procedimientos. Respecto de los dos segundos señala que son estos los elementos encargados de articular los dos primeros con el ordenamiento nacional; sin embargo cabe aclarar que aun cuando la norma constitucional hace referencia a la competencia del órgano legislativo para articular la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, la primera no puede ser negada o desconocida, por la omisión del legislador para lograr su articulación, ya que la constitución tiene efectos normativos directos.

La Corte abordando la norma demandada, no consiente su contenido, pues expresa la incompatibilidad existente con la norma constitucional y con los principios por ella establecidos, tales como, *la autonomía, dignidad humana del indígena, diversidad étnica y cultural,* la Corte, "no encuentra una justificación razonable para las limitaciones a la diversidad étnica impuestas por el artículo 5 de la Ley 89 de 1890, en relación con la autoridad competente y el contenido de la sanción, motivo por el cual declarará la inconstitucionalidad de dicha disposición."[36]

Asimismo la Corte[37], asevera que la norma es inconstitucional, pues el tratamiento que adopta hacia las personas pertenecientes a un pueblo indígena, esto es, tratarlos de incapaces relativos, por el hecho de no hacer parte de la comunidad predominante en el país, colisiona con los principios establecidos por la norma superior y en especial con la filosofía pluralista, la cual reconoce y comprende otras formas de vida o culturas dentro del territorio nacional, *comunidades culturales diferentes;* concluye y decide entonces la Corte declarar inexequibles, los artículos 1,5 y 40 de la ley 89 de 1890.

[34] COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 139 de 1996
[35] Ibíd.
[36] Ibíd.
[37] Ibíd.

1.5.4 Elementos y Alcance del Fuero Indígena

Con relación al fuero indígena, su alcance, límites y elementos, la Corte Constitucional se pronuncio a través de la sentencia T- 496 de 1996. La corte, en su análisis señala que del reconocimiento Constitucional de las Jurisdicciones Especiales, emana el derecho de los miembros a gozar de un fuero, el cual trae consigo derechos como el de ser juzgado por las autoridades propias de su comunidad, que como lo ha expresado, esa misma corporación reiteradamente, pueden ser, no solo el Gobernador, sino también cuerpos colegiados como lo permiten varias comunidades, conforme a las normas y procedimientos que han adoptado, los cuales deben ser armónicos con la Constitución y las leyes de la República.

En el presente caso, el indígena Páez Libardo Guainas Finscue interpone acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila, por vulneración de sus derechos a la protección de la diversidad étnica y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho que tienen los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, consagrados en los artículos 7, 10, 13, 18, 19 y 246 de la Constitución Política: "Pretende el actor, por medio de este mecanismo judicial regresar a su pueblo, teniendo en cuenta, que en el momento se encontraba en la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, esto con el fin de poder ser juzgado por las normas tradicionales de la etnia Páez. El actor cometió el delito de homicidio, a su compañero de trabajo. Fue capturado y puesto a disposición de la Fiscalía quien dictó en su contra resolución de acusación."[38]

La Corte con el fin de abordar el caso sub examine, denoto dos problemas jurídicos, con el fin de dar solución al conflicto planteado por el actor, las preguntas planteadas por la corporación, tienen como objetivo determinar, en primer lugar, cual es la Jurisdicción competente para juzgar a un comunero que comete un delito fuera de su pueblo y por otro lado determinar si la Jurisdicción penal incurrió en vías de hecho al valorar pruebas aportadas al proceso. Las preguntas problema planteadas por la Corte, fueron las siguientes:

El primer problema jurídico "¿Cuál es la jurisdicción competente para juzgar a un indígena, que ha cometido un homicidio contra un miembro de otro pueblo indígena, por fuera del territorio de su comunidad?"[39]

El segundo problema jurídico se planteó si acaso "¿Incurrieron en vías de hecho los jueces penales al valorar las pruebas aportadas al proceso?"[40]

[38] COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 496 de 1996
[39] Ibíd.
[40] Ibíd.

La Corte constitucional[41], para resolver los dos problemas jurídicos propuestos, compara previamente dos elementos del fuero indígena, como son el personal y el territorial, con el fin de establecer el juez natural del acusado, respecto del primero, instituye que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, en cuanto al segundo, permite a cada comunidad juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio.

Teniendo en cuenta los elementos citados anteriormente y relacionando los mismos con los hechos, se podrían inferir que conforme al factor territorial, el acusado debería ser juzgado por las autoridades nacionales, toda vez que en el lugar que ocurrieron los hechos no opera la Jurisdicción de ninguno de los dos integrantes de la respectiva comunidad.

No hay que dejar entre renglones el elemento personal del actor, pues como ya ha expresado la Corte en anterior jurisprudencia, no solo el factor territorial es determinante para que las jurisdicciones especiales avoquen los temas en los cuales se encuentran involucrados sus integrantes. Siguiendo ese orden de ideas "el informe antropológico establece que se trata de un indígena de la etnia Páez, fiel a sus tradiciones y costumbres, que participa activamente de su comunidad y de su ancestro cultural"[42], sin embargo eso no excluye que el peticionario haya tenido contacto permanente con las normas propias de la cultura externa a su comunidad, es decir las predominantes, en otras palabras la que se encuentra tutelada por las normas nacionales de la República, teniendo como referencia que el proceso de aculturizacion que sufrió, pues salió de su comunidad voluntariamente y se acoplo a la cultura mayoritaria, no es dable reconocer el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto a culturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional.

Con base a lo anteriormente dicho por la Corte Constitucional, donde emitió concepto desfavorable, conforme a la solicitud hecha por el accionante, analizo los elementos del fuero indígena, confrontó las características de los mismos con los hechos en mención, abordó, de igual manera los elementos de la JEI y determinó cual sería la Jurisdicción competente para avocar conocimiento.

Siguiendo ese orden de ideas, es viable preguntar: ¿Cuál es el reconocimiento a la autonomía de la JEI por parte de la Jurisdicción Ordinaria?, toda vez que, como se vio en los hechos relatados por el accionante, en primera medida, fue la Jurisdicción Ordinaria quien avocó conocimiento respecto de su caso, sin remitir el mismo al Consejo Superior de la Judicatura, competente esta corporación para resolver dichos conflictos de Jurisdicción, aun cuando el acusado y ahora accionante lo manifestó ante la Jurisdicción penal; de otro lado es preciso indagar, si aun cuando el comunero, ha

[41] Ibíd.
[42] Ibíd.

estado en contacto permanente con la cultura predominante, este podría ser juzgado por las autoridades de su pueblo indígena, siempre y cuando, el grado de pertenencia y arraigo al pueblo sea el mismo de aquel que vive permanentemente en el mismo, además del reconocimiento y legitimidad que exteriorice, respecto de las normas, procedimientos y autoridades a las cuales se rige.

Lo anterior, con el fin de plantear otra mirada, a cerca de situaciones en las cuales se ven inmersos pueblos indígenas, esto, claro sin desconocer las decisiones de la Corte, pero abriendo el espectro para tomar en cuenta la realidad social de los comuneros y valorar su identidad, sin caer en violación a la legislación nacional, a la hora de determinar cuál de las dos Jurisdicciones debe ser la competente para avocar conocimiento respecto del caso en concreto.

Más adelante, en la Sentencia T- 728 de 2002, la Corte Constitucional vuelve a abordar el tema relacionado con el conflicto de competencias, entre la JEI y la Jurisdicción Nacional, conflicto que se funda en el debate de cuando procede el fuero indígena, conforme a sus elementos, el personal y territorial, los cuales deben estar presentes en la situación fáctica especifica.

En el presente caso, los hechos suscitados, tuvieron lugar en el Departamento del Tolima, donde el sindicado y ahora accionante, cometió el delito de homicidio, en la persona de un indígena perteneciente a su misma comunidad, la comunidad Chenche Amayarco; el acciónate fue condenado a 25 años de prisión por el Juzgado primero penal del circuito de Purificación, Tolima.

Con base a la decisión tomada por la Jurisdicción Nacional, el accionante, interpone acción de tutela, con el fin de que se protejan sus derechos al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, juez natural y autonomía e integridad cultural, los cuales estima, con la decisión tomada por la Jurisdicción Penal Ordinaria, fueron vulnerados.

El accionante, con el fin de que sus derechos fundamentales sean tutelados argumenta: "que él es un indígena de la Comunidad de Chenche Amayarco, donde siempre ha residido, que en el momento de ser aprehendido, trabajaba como Alguacil en su comunidad, que el hecho por el cual fue procesado ocurrió dentro de ese territorio, contra otro miembro de la comunidad. Considera que en su caso debió darse aplicación a los principios constitucionales sobre la JEI."[43]

Con el fin de dar solución a los hechos anteriormente mencionados y a los argumentos planteados por el accionante, la Corte en sus consideraciones se propone determinar la

[43] COLOMBIA.CORTE COTITUCIONAL. Sentencia T- 728 de 2002

oportunidad de intervención de la JEI por hechos punibles cometidos por miembros de comunidades indígenas y que han sido juzgados por la Jurisdicción Ordinaria.

La acción de tutela interpuesta entonces tiene como fin último anular las actuaciones procesales adelantadas por la Jurisdicción Ordinaria y remitir al accionante para que sea juzgado por las autoridades de la comunidad indígena a la cual pertenece, teniendo en cuenta los elementos del fuero indígena a los que esa corporación ha hecho referencia en varias oportunidades a través de la doctrina constitucional, tales como son los elementos *personal y territorial.*

Con base a lo anteriormente expuesto la Corte[44], en primer lugar analizo si los elementos personal y territorial se encontraban presentes en el caso en concreto y atendiendo a los principios constitucionales, sobre la JEI, sobre el fuero indígena y atendiendo al preámbulo constitucional que recubre dichos principios, determino que la Jurisdicción Penal estaba en la obligación de reconocer dicho fuero, o en su defecto haber remitido el expediente al Consejo superior de la Judicatura, con el fin de que se resolviera el conflicto de competencia con la JEI, conforme a los dispuesto por el artículo 246 Constitucional.

La Corte concluyo entonces que al accionante no se le garantizo el derecho al debido proceso y a ser investigado por su juez natural, conforme a las normas y procedimientos establecidos por la comunidad a la cual pertenece, por lo tanto se desconoció el artículo 246 Constitucional y se incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico.

Por último la Corte resuelve "Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural de Hermógenes Prada Alape y de su comunidad."[45]

Lo examinado por la Corte Constitucional en esta Sentencia y en las que la precedieron, respecto de los elementos de la JEI y a los elementos propios del fuero, se puede ver claramente que aunque dichos elementos son taxativos, no quiere decir esto, que puedan o deban ser aplicados por las autoridades jurisdiccionales siempre de la misma forma, puesto que se debe analizar cada caso en concreto; esto con el fin de garantizar la protección eficaz a los derechos de los pueblos indígenas.

Posteriormente la Sentencia T- 811 de 2004, plantea los elementos del fuero indígena, ya referenciados por jurisprudencia anterior, sin embargo, en esta ocasión, no alude solo a los dos elementos, "personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad y el territorial que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan

[44] Ibíd.
[45] Ibíd.

ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas"[46], en la presente sentencia se menciona adicionalmente el elemento objetivo, el cual hace referencia, dice la Corte, a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

Los hechos en los cuales se fundamenta la presente sentencia, se sustenta en los hechos que tuvieron lugar en la comunidad indígena de Quizgo Cauca, donde en medio de una riña, en la que se vieron involucrados tres integrantes de la misma comunidad, murió el comunero Gilberto Pechene; el accionante fundamenta la acción de tutela, en la violación al derecho fundamental al debido proceso y pide que se le otorgue la libertad inmediatamente, pues alega que su conducta no constituye delito, por no encontrarse taxativamente en la ley penal nacional.

La corte finalmente decidió amparar el derecho fundamental al debido proceso del accionante, con base a los elementos propios de la JEI sustentados en el artículo 246 Constitucional y a los elementos del fuero indígena y en segundo lugar ordena a la autoridad indígena, dejar sin efectos la pena impuesta al accionante y adelantar las actuaciones pertinentes y expeditas para que el mismo recupere su libertad inmediata.

En este caso en particular se evidencia, un abuso de la JEI, en lo que corresponde a los elementos propios de la jurisdicción, toda vez que el juzgamiento aunque se llevo a cabo con las normas y procedimientos establecidos por la comunidad a la cual pertenece el accionante, uno de los elementos establece que estas deben ineludiblemente estar sujetas a la Constitución y las leyes de la República, por lo tanto es improcedente, adelantar un proceso al interior de la comunidad indígena, si las normas por las cuales va a ser juzgado el comunero violan el Derecho Fundamental al debido proceso y el principio de que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley previamente establecida.

Más adelante la Corte Constitucional en Sentencia T- 009 de 2007, aborda de igual forma, el conflicto de jurisdicción, entre la Jurisdicción Nacional y la JEI; en esta oportunidad por un conflicto de carácter laboral surgido entre un comunero y el cabildo la Laguna Liberia. Al ser un conflicto que surge de una relación laboral y que el peticionario solicita el pago de prestaciones laborales definidas en la ley, este, consideró pertinente remitir el caso directamente a la Jurisdicción Ordinaria, sin embargo los dirigentes del pueblo indígena, consideraron se usurpo su jurisdicción, toda vez que, al momento en el que el pueblo, solicito se remitiera el proceso al pueblo indígena por ser ellos competentes, esto fundamentado en la autonomía que les otorga la Constitución, la jurisdicción nacional, debió, inmediatamente, correr traslado al Consejo Superior de la Judicatura, por ser los competentes para dirimir dichos conflictos de jurisdicción, específicamente la Sala Disciplinaria.

[46] COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 811 de 2004

Para dar solución al problema acá planteado, la Corte decide retomar decisiones previas adoptadas, por la misma corporación, donde se busca dar cumplimiento a la autonomía otorgada por la Constitución a las comunidades indígenas respecto de su autonomía jurisdiccional, fundamentando su decisión además en el principio de *a mayor autonomía, mayor conservación cultural,* siempre y cuando este no sobre pase los limites a la autonomía, tales como el derecho a la vida, al debido proceso y tortura. Por lo tanto la sala encuentra que se reúnen todos los requisitos establecidos, para que la comunidad indígena asuma la jurisdicción y así resolver el caso sub examine conforme a sus normas y procedimientos establecidos

"Así, tanto el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil Laboral incurrieron en una vulneración al debido proceso por defecto orgánico, al resolver el conflicto positivo entre jurisdicciones el primero, y confirmarlo el segundo y, por lo tanto, desconocer el fuero indígena que radicaba en las autoridades tradicionales indígenas del Resguardo la Laguna Siberia para resolver la controversia entre el Cabildo y el señor Vitelmo Velasco."[47]

En consecuencia de lo anterior, la Corte[48], luego de hacer un exhaustivo análisis jurisprudencial, a cerca de los principios que recubren la JEI, decidió conceder la tutela instaurada por el Gobernador del cabildo, dejar si efectos la decisión adoptada por Sala Civil Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán del diecisiete (17) de marzo del dos mil seis (2006) y del Juez Primero laboral del Circuito de Santander de Quilichao del dieciséis (16) de junio del dos mil cinco (2005), así mismo, ordeno que se remita el caso a las autoridades tradicionales, de la comunidad indígena, de la Laguna Liberia, para que asuma el caso y resuelvan el mismo, conforma a las normas y procedimientos propios de su comunidad.

Por último la Corte Constitucional, en Sentencia T- 001 de 2012, retoma conceptos abordados en Jurisprudencia anterior, como el Derecho a la diversidad étnica y cultural, al fuero indígena, sus limitaciones y a los criterios para determinar el mismo. Además de hacer referencia a temas que se han tratado previamente, la Corte, aborda temas tan sensibles e importantes como lo es renunciabilidad del fuero indígena, donde la Corte al respecto ha dicho:

> Con relación a la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial, se tiene que hablar de tres supuestos: por una parte (i) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (ii) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad; y (iii) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la comunidad establecen

[47]COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 009 DE 2007
[48] Ibíd.

> como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen.[49]

Respecto de lo anteriormente referenciado, la Corte[50] aun cuando no ha resuelto el tema puntualmente, si ha optado por referirse a los mismos de una forma muy cuidadosa; en primer lugar, hace alusión al caso de la *renuncia del fuero especial indígena por parte de la comunidad,* a lo cual la Corte, trae a colación un pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura, donde esta corporación de manera concluyente explica la imposibilidad de que este proceda, sin que vaya en contravía de la norma constitucional, puesto que si se concediera, atentaría con el derecho al juez natural, principios de igualdad, debido proceso y acceso a la justicia, adicionalmente se refiere a la posibilidad de que un comunero renuncie al fuero indígena y a sus prerrogativas, como la no obligatoriedad de la prestación del servicio militar, al respecto la Corte ha dicho que en este caso si es posible, siempre y cuando esta decisión sea tomada conforme al principio de autonomía, en comparación de la anterior, es posible la última, teniendo en cuenta que es una decisión personal, que lo puede afectar solo a él y no al pueblo indígena en general.

Por último respecto de la renuncia al fuero indígena, como sanción de autoridad indígena, la Corte puntualmente no ha asumido el tema, sin embargo en doctrina anterior si ha dicho que el hecho de expulsar a un comunero del pueblo, puede afectar derechos reconocidos por la Constitución de 1991, como la violación al principio de identidad cultural, por parte del pueblo hacia uno de sus integrantes.

A continuación, la Corte aborda un tema que en la anterior Jurisprudencia no se trató, sobre el principio del interés superior del niño indígena, al respecto, la Corte ha dicho lo siguiente: "En conclusión sobre el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica"[51].

Respecto a lo anteriormente dicho la Corte[52] en principio determina que la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas, deben ser resueltos por la JEI pues teniendo en cuenta las prerrogativas Constitucionales, contenidas en el Articulo 246, son las autoridades del pueblo las llamadas a resolver dicho conflicto, conforme a las normas y procedimientos, establecidas con base a sus costumbres, sin embargo, al igual que se ha dicho en doctrina anterior, cuando la Jurisdicción Especial, sobrepase los límites establecidos a su fuero, será entonces la Jurisdicción Nacional,

[49] COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL. Sala tercera de revisión. Sentencia T 001 de 2012. M.P. Henao Pérez Juan Carlos.
[50] Ibíd.
[51] Ibíd.
[52] Ibíd.

quien avoque conocimiento, además de un principio que recubre el caso traído a colación y es el *principio proinfans* que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás, puesto que ellos conservan derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad, adicionalmente es preciso hacer mención de las normas de carácter internacional a las cuales Colombia debe someterse y cumplir a cabalidad, tales como recomendaciones y observaciones sobre los pactos y tratados internacionales "basa en el consenso intercultural y la solución de las tensiones a partir de instancias de diálogo, comunicación y concertación."[53]

De la forma en que se plantea la prevalencia del principio del interés superior del niño indígena, revestida además por el *principio proinfans* se hace evidente una reglamentación de carácter mixto o sincrético "ya que se conjugan para la solución de los casos relacionados con niños indígenas, instancias gubernamentales y autoridades indígenas, proveyendo igualmente la participación a los menores de edad en las decisiones que les afectan"[54]

El caso referenciado en la presente Sentencia, se trata de una acción de tutela, instaurada por Yelitza Paola Quimbayo y en representación de su hija, comunera del pueblo indígena Yuri, "por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la familia, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a la justicia por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Guainía, y Eduar Estibenzon Medina, Capitán de la Comunidad de Yuri."[55]

> En el caso concreto se discute por parte de la tutelante el acuerdo de conciliación firmado por ella en la Defensoría de Familia del ICBF, Regional Guainía, el dos (2) de mayo de dos mil diez (2010) sobre la custodia de la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo. En dicho acuerdo se estableció que la custodia de la niña estaría en cabeza del padre y los abuelos paternos quienes tendrían la custodia de la menor veintitrés (23) días al mes, mientras que la madre tendría la custodia de la niña durante los siete (7) días restantes. Igualmente en dicho acuerdo se estipuló que la madre tendría que pagar los gastos de transporte cuando los abuelos permanecieran en la Comunidad de Yurí. La tutelante considera que dicho acuerdo viola sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44 de la C.P), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P) y el acceso a la administración de justicia (art. 229).[56]

Respecto de la conciliación, a la cual hace referencia la accionante, llevada a cabo en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), es preciso preguntarse si dicha conciliación atentó contra el fuero indígena y la JEI, ya que como se evidencia en la misma Sentencia, la defensora de familia decidió llevar a cabo la diligencia en la sede

[53] Ibíd.
[54] Ibíd.
[55] Ibíd.
[56] Ibíd.

del Instituto mencionado, requiriendo además al capitán del pueblo Yuri, sin embargo, aun cuando se haya requerido a la autoridad del pueblo indígena, denota una intromisión en los hechos que debieron conocer, en primera medida, las autoridades del pueblo, donde dicho conflicto se debe resolver conforme a las normas y procedimientos establecidos por la misma comunidad, por supuesto, de conformidad con la Constitución, las Normas Nacionales y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y protección de los Derechos de los niños, los cuales hacen parte integral del Ordenamiento Interno.

Además del *principio pro infans,* como limite adicional a la Jurisdicción Especial a; auxiliarmente la doctrina Jurisprudencial también se ha pronunciado al respecto y ha dicho la Corte[57] que la justicia propia es la llamada para resolver dichos conflictos que se susciten en relación con los Derechos de los niños y su especial protección, siempre y cuando la decisión adoptada fundamentada en las normas y procedimientos de cada pueblo, no atenten contra los derechos tales, como la vida, dignidad humana, tratos crueles e inhumanos, destierro, confiscación y además dichas decisiones deben estar fundamentadas en el *principio pro infans*.

El hecho de que la Jurisdicción Ordinaria haya avocado conocimiento, obviando las disposiciones Constitucionales y Jurisprudenciales, evidencia un desconocimiento de la JEI por parte de las autoridades tanto Jurisdiccionales como Administrativas, al no permitir que la autoridad del pueblo Yuri, desde el primer momento fuera quien ostentara el poder Jurisdiccional, asumiendo su imposibilidad para proteger los Derechos de los niños indígenas; la Sentencia traída a colación, es la más reciente respecto al tema, lo cual es preocupante, teniendo en cuenta que han transcurrido veinte años desde la expedición de la Norma Constitucional, la cual aduce las prerrogativas de las cuales goza la Justicia Propia y que además no pueden ser desconocidas por ninguna autoridad siempre y cuando no incurran en violación a los limites que la misma Constitución les impone.

En conclusión:

> En el caso concreto estima la Sala que se debe revocar las decisiones de instancia y tutelar a la demandante Yelitza Paola Quimbayo y a su hija Chirley Stefanía Parada Quimbayo por la violación de sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separada de ella (art. 44 de la C.P.), así como el derecho al acceso a la justicia (art. 229 de la C.P.), ya que se evidenció una serie de irregularidades y omisiones en el acta de conciliación de dos (2) de mayo de dos mil diez (2010). Estas irregularidades dieron lugar a que la madre no supiera a qué instancias acudir ante el incumplimiento de lo pactado y que hasta la fecha no se haya podido cumplir con el régimen de visitas dispuesto en el acuerdo y que por ende la madre no pudiera estar con su hija.

[57] Ibíd.

El marco jurisprudencial acá esbozado y que ha sido abordado desde los elementos de la JEI, elementos y alcance del Fuero Indígena y los limites a la primera, evidencia los diferentes hechos o situaciones por las cuales la Corte Constitucional ha tocado el tema de la JEI, abordándolo en primera medida desde la Constitución Política, donde se encuentran los principios fundantes de la protección a la misma, su regulación y así mismo limites, los cuales han sido debatidos a través de la doctrina constitucional y que se convierten en la balanza necesaria para definir y ponderar cuando ostenta el derecho de avocar conocimiento la Jurisdicción Especial y cuando no, sin embargo, los limites definidos por la jurisprudencia, deben ser analizados en conjunto con los elementos de la Jurisdicción Especial Indígena y con los elementos del fuero, tres factores que no pueden ser vistos disyuntivamente.

Si bien es cierto, la Corte Constitucional, le ha otorgado a la JEI una categoría mayor, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de su autonomía, basada ésta en principios Constitucionales, los cuales recubren sus elementos y los del Fuero propiamente dicho, es menester aclarar que aun cuando la doctrina Constitucional los ha exaltado, aun hoy día no se ha logrado unificar criterios respecto de casos específicos como algunos de los que acá se han revisado. Vale la pena poner en tela de juicio cual es el grado de autonomía real de los pueblos indígenas, y cual, como se manifestó anteriormente es la legitimidad de la que goza la misma por parte de la Jurisdicción Ordinaria e incluso del Gobierno Nacional, aunque el tema acá tratado no entremeta la Rama Ejecutiva del Poder Público; sin embargo traer a colación el Artículo 286 Constitucional: "Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley"[58].

Comparando el anterior artículo, el cual otorga la categoría de entidad territorial a los pueblos indígenas, con situaciones fácticas, que aun cuando no son propias del tema acá analizado, si son mencionadas por parte de la Corte en la Jurisprudencia acá analizada. Estudiando el Articulo 286, a primera vista denota que la propia Constitución le otorga la calidad de entidad territorial, al igual que lo hace con Municipios, Departamentos y Distritos, sin embargo, la realidad es otra, puesto que esa calidad otorgada por la Carta se pone en duda, al momento en que se fijan requisitos para reconocer dicha calidad, como encontrarse registrado el pueblo ante el Ministerio del Interior, cuando los recursos del orden Nacional y Departamental son administrados por los municipios en los cuales se encuentran geográficamente ubicados los pueblos indígenas, usurpando la autonomía que por antonomasia fuera concedida por la Constitución Política.

Contrastando el tema que ocupa este documento, el cual específicamente es la JEI, con la categoría de entidad territorial otorgada a los pueblos indígenas, no están del todo

[58] LEGIS EDITORES. Constitución Política de Colombia, Art 286, De la organización territorial, Bogotá, 2014, p. 109

aislados, puesto que los dos confieren autonomía y que por lo que se ha analizado acá, puede ser altamente cuestionable.

1.6 ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS SOBRE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA.

En 23 años de vigencia del artículo 246[59] de la Constitución Política se ha desarrollado un sin número de debates en relación a la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), a su integración con el Sistema Nacional Judicial, a la competencia de los jueces ordinarios e indígenas respecto de hechos y situaciones que involucran a integrantes de estos pueblos. Alrededor de los debates que se suscitan sobre el tema referido, se pueden destacar autores cuyas investigaciones y estudios evidencian la situación actual de la JEI, y en el sentido propositivo, las diversas alternativas del Estado para integrar los sistemas judiciales.

En un artículo publicado por Redalyc.org, Patricia Lopera y Esteban Hoyos[60]como resultado de una investigación realizada en 2007 analizan algunas situaciones de importancia, no solo referente al surgimiento de la jurisdicción en Colombia sino también sobre la multiculturalidad de la nación colombiana, y la creación del derecho indígena a partir de la aprehensión de herramientas del sistema jurídico estatal.

En la primera parte de su estudio plantean "la política del reconocimiento" cuyo valor fundamental es reconocer que en Colombia existe diversidad y que lo que debería pretenderse no es otra cosa que aceptar la diferencia y que para que esta sea aceptada no se requiere que las minorías se integren a las mayorías o cambien sus culturas por otras sobresalientes. Además Lopera y Hoyos sostienen que este reconocimiento a la otredad se reivindicó a través de la constitución de 1991 al reconocer y otorgar protección a la diversidad étnica y cultural del país. De esta manera se configura una política de inclusión de los pueblos indígenas y de paso de sus sistemas de control.

Los autores polemizan un poco alrededor del fortalecimiento de los sistemas de control de las comunidades a raíz de la perdida de la autenticidad de sus sistemas jurídicos, argumentan que la continua relación entre los sistemas de control indígena con el sistema jurídico estatal durante décadas deja como resultado una innegable ausencia de producción jurídica indígena por adaptarse a condiciones culturales y jurídicas predominantes.

---

[59]CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, ARTÍCULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

[60] LOPERA MESA, Gloria Patricia y HOYOS CEBALLOS, Esteban. Fronteras difusas. Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal. En: Co-herencia. Julio–diciembre, 2008. Vol. 5, núm. 9. p 143 – 168.

También hay que destacar un elemento de gran importancia dentro del presente estudio y es en lo que refiere a cómo conciben los integrantes de los pueblos indígenas la realidad del fenómeno jurídico, que lejos de tener las características del sistema judicial ordinario, comprende una visión mucho más amplia y bajo una particular cosmovisión que incluye elementos integrales del fenómeno jurídico indígena, como "los sueños, los mitos, los ritos, el arreglo directo, los consejos, las mediaciones chamánicas, entre otros", pero esta particular visión de los elementos que integran dicho fenómeno en los pueblos indígenas infortunadamente a los ojos de los demás asociados del Estado colombiano pierde reconocimiento y severidad, lo que conlleva a su invisibilidad.

Sin embargo Lopera y Hoyos desarrollan la investigación, que el grupo investigador ha referenciado, polemizando otras situaciones a través de preguntas como, "¿dónde termina el dominio del derecho estatal y comienza el de la normatividad indígena?" y es que no sólo es un buena pregunta, sino que es un valioso aporte para quienes nos adentramos en el tema de la Jurisdicción Indígena porque nos lleva a cuestionar, si los sistemas de control de los pueblos indígenas han evolucionado a través de sus propios elementos autóctonos, su autonomía y su condiciones materiales de vida o por el contrario consiguen sobrevivir y mantener vigente su sistema de control social por encontrarse en un continuo proceso de mutación con el sistema jurídico estatal.

Los autores a través de un estudio de casos, sugieren que la jurisprudencia permite hacer un diagnostico sobre las fronteras entre el derecho indígena y el estatal en tres situaciones, la primera se refiere a las relaciones jurídicas entre integrantes de pueblos indígenas cuya características no permiten identificar fácilmente si es un asunto que compete al derecho indígena o estatal. La segunda la utilización de herramientas de derecho estatal por parte de los miembros de estos pueblos para hacerlas valer o anteponerlas a las decisiones de sus autoridades y tercero la aprehensión de las herramientas de jurídicas del Estado para llenar vacíos de las jurisdicción indígena.
Para finalizar, enfatizan sobre dos asuntos, el primero la asimilación del derecho estatal, en lo que tiene que ver con tomar sus elementos para importarlos a su sistema judicial y jurídico, y por otra parte consideran que también está en juego la "reindigenización" de los pueblos y sus sistemas, al impedir que sus conflictos sean llevados fuera de su jurisdicción y que deban ser estudiados bajo los criterios culturales y tradicionales que caracterizan a la jurisdicción indígena y tanto la diferencia de la jurisdicción ordinaria. Son claros en manifestar que no hay una respuesta contundente a si es del todo favorable para "los procesos de construcción identitaria" tomar insumos del derecho estatal para dirimir sus conflictos o si la consecuencia de ello puede ser una continua dependencia a otras instituciones de "creación normativa" del Estado.

Mireya Maritza Peña[61] en el Boletín nº 38 de Antropología de la Universidad de Antioquia valora diversas situaciones de gran relevancia para el estudio del proceso de adaptación entre el sistema jurídico indígena y el sistema estatal, bajo unas situaciones particulares entre ellas, los conflictos normativos y el derecho indígena, los conflictos jurisdiccionales y autoridades indígenas y la evaluación de del proceso de consolidación de la JEI.

Peña sostiene que el debate no se refiere a un conflicto de competencia porque ya se sabe quién tiene conocimiento de los indígenas, sino que la discusión debe ir encaminada a si las normas y los procedimientos utilizados en el juzgamiento por autoridades indígenas cumplen o satisfacen los postulados establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, o si por el contrario exceden las facultades que les han sido otorgadas para juzgar y administrar justicia y en ese caso le correspondería al Estado intervenir de manera directa en la administración de justicia de los pueblos indígenas.

La autora propone que se debe entender el debate a partir de un conflicto entre sistemas jurídicos y no entre jurisdicciones, habida cuenta la jurisdicción ya ha sido reconocida, sin embargo, Peña polemiza sobre la desigualdad entre sistemas, porque aún con un grado de reconocimiento de la autonomía otorgada a los indígenas en la Constitución, sus sistemas judiciales están subordinados a la constitución y a las normas vigentes en el país.

Este estudio sobre el tema, destaca la importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con la JEI en tres niveles argumentativos, inicialmente se refiere a que al ejercicio de la jurisdicción indígena y que por vía jurisprudencial se determina que dicho ejercicio no está sujeto a una ley que lo habilite, máxime cuando la constitución ya ha reconocido y autorizado el ejercicio de esta jurisdicción. En segundo lugar se ocupa del derecho de los indígenas a que los juzgue una autoridad de su pueblo, así con el fin de materializar ese derecho fija el fuero de los indígenas y lo fija en dos criterios, el primero es un elemento personal y el segundo un elemento territorial, respecto del primero se puede decir que por su condición de indígena debe ser juzgado de acuerdo lo que disponga su pueblo y en relación al segundo se refiere a la facultad que tiene la jurisdicción para conocer de los hechos que tengan ocurrencia dentro de un pueblo indígena. Y el tercer nivel se centra en el alcance de la jurisdicción a partir de las reglas de interpretación que fija la Corte en la sentencia T – 349 de 1996, para contribuir a la solución de los conflictos dentro de la JEI. Itera la autora que estas reglas de interpretación poseen una relación estrecha con en el ejercicio valorativo que se realiza entre el principio de la diversidad étnica y cultural, y otros principios constitucionales.

[61]PEÑA GUZMAN, Mireya Maritza. Los desafíos del reconocimiento del derecho indígena: estudio del caso colombiano. En: Boletín de Antropología Universidad de Antioquia. Abril-julio, 2007. Vol. 21. Núm. 38,.p. 201 – 226

Finaliza su artículo, manifestando una vez más la profunda importancia y relevancia de la jurisprudencia dentro del desarrollo de la JEI, y del importante desarrollo del principio de la diversidad étnica y cultural a través de las decisiones, incluso se atreve a asegurar que el proceso de adecuación de la jurisdicción indígena arroja resultados favorables que se pueden expresan en la realidad de la autonomía jurídica de los pueblo indígenas.

Propone además que para lograr la coexistencia de sistemas y la correcta implementación del pluralismo jurídico es necesario que las sociedades indígenas y las no indígenas sean educadas sobre el contenido y alcance de los derechos que les han sido reconocidos, sobre la existencia de una pluralidad de cosmovisiones y a su vez sobre el ejercicio de producción jurídica en sociedades étnicamente diversas.

Dentro de la búsqueda de información e investigaciones sobre el tema de la jurisdicción especial indígena y que puedan contribuir a diagnosticar la situación actual se halló un artículo de Jorge Castro[62] a través del cual aporta a la comunidad académica datos valiosos y características sobre la jurisdicción, por ejemplo, menciona que la calificación de la legalidad o no de una conducta se determina dentro del marco de un derecho consuetudinario y converge con otros autores en temas como la articulación de una ley que regule la JEI, y que incluya el reconocimiento de su particular visión del mundo y la justicia.

Sin duda el autor dentro del texto pretende rescatar y darle importancia a la correcta interpretación de la cosmovisión de los pueblos indígenas a la luz del derecho positivo, y asegura también la importancia de la coordinación entre las jurisdicciones, porque si bien, se reconoce y protege el principio de la diversidad étnica y cultural y bajo el ropaje de dicho principio deberá respetarse los métodos y los procesos de administrar justicia de las autoridades de los pueblos indígenas, estos tampoco pueden exceder lo propuesto por la constitución y las leyes que tienen carácter vinculante para todos los nacionales, incluyendo los integrantes de dichos pueblos.

Ahora bien, Castro tampoco pierde la oportunidad de polemizar sobre el reconocimiento de la autonomía indígena, ya que manifiesta que de conformidad con la constitución el indígena está en capacidad de regularse conforme a sus "principios y creencias", pero denota cierta incoherencia y contradicción, porque también asegura que ese reconocimiento a autorregularse se encuentra sujeto a la normatividad dispuesta por la constitución lo que de alguna manera deja invisibiliza dicho reconocimiento y en consecuencia reduce las facultades para ejercicio de la autonomía.

Castro concluye su artículo con un análisis interesante sobre la pretensión de los miembros de los pueblos indígenas, y es que su concepción del mundo sea respetada de

[62]CASTRO, Jorge. Los derechos humanos y la jurisdicción especial indígena. En: Criterio Jurídico Garantista. Julio-diciembre, 2010. Año. 2 Núm. 3. ISSN 2145-3381.

todas las maneras, sin que el ejercicio de su autonomía y regulación sea calificado como atentatorio de algún derecho fundamental o humano.

Manifiesta que de ponerse en marcha una ley de coordinación entre el Sistema Nacional Judicial y la JEI, ésta última quedaría sometida a dicha ley bajo disposiciones con un trasfondo eminentemente occidental, rezagando una vez más la posibilidad de hacer uso de su autonomía institucional y jurídica; en razón de ello se atreve a asegurar que existen una parte de los indígenas que prefieren que no se expida la ley de coordinación entre las jurisdicciones, ya que para ellos genera más garantías el simple reconocimiento que ya se les ha hecho a través del texto constitucional.

Herrán Pinzón y García Hernández[63]sostienen que Colombia debe afrontar una "realidad social diversa, multiétnica y pluricultural cada vez más palpable", en donde la exigencia de los pueblos indígenas va más allá del reconocimiento social, sino que también implica un reconocimiento constitucional.

Los autores presentan un estudio orientado a la injerencia que tiene el reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro del sistema penal colombiano, y en razón de ello valora situaciones relevantes, asegurando de entrada que el juzgamiento de los indígenas plantea un problema, y es que determinar por parte del legislador indígena y del parte del legislador estatal qué es un delito o cuales conductas lo constituyen no es fácil, sobre todo cuando se analizan las condiciones materiales de vida de quienes serán afectados por dichas leyes, su cultura y el contexto que en últimas es el marco a partir del cual se define lo que puede constituir una conducta atentatoria de un derecho. Se encuentra entonces frente a un problema de desconocimiento y falta de reconocimiento de la diversidad cultural dentro de la política criminal del Estado, lo que impide tener claro bajo cuales criterios podrán confluir las autoridades ordinarias e indígenas en la creación de una normativa penal.

Pinzón y García en su documento reconocen que los pueblos indígenas pretenden consolidar una convivencia en sociedad y una articulación normativa que permita respetar las características autóctonas de los pueblos y de su organización aún cuando ello genera más conflictos con la jurisdicción ordinaria, por las posibles contradicciones entre sistemas, sobre todo cuando un integrante de sus pueblos tiene el lugar de procesado o condenado en la jurisdicción penal nacional.

Concluyen los autores que "la jurisdicción especial indígena es la manifestación de la autonomía jurídica y política que se le reconoce a las comunidades indígenas", y además aseguran, coincidiendo con otros mencionados anteriormente, que "el ejercicio de esta jurisdicción no está condicionada ni se puede condicionar a una ley que la

[63]HERRÁN PINZÓN, Omar Antonio y GARCIA HERNÁNDEZ, Guillermo. Identidad Judicial Indígena frente a la jurisdicción ordinaria actual en Colombia. En: Prolegómenos – Derechos y Valores. Bogotá, 2010. ISSN 0121-182X

habilite, es decir, no es requisito esencial que exista una ley de coordinación entre los dos sistemas."

Por su parte en Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia, Jacqueline Blanco Blanco aborda como tema central de la investigación La JEI en Colombia y su desarrollo a lo largo de la historia, enfocándose principalmente en los hechos, leyes y Constituciones que tuvieron lugar en el país a partir de 1810 hasta la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991.

Esta es desarrollada fundamentalmente a partir de cuatro campos: 1) El derecho a la tierra como eje para el desarrollo de las Comunidades Indígenas , 2) El reconocimiento social como una estrategia Política , 3) La autonomía de la JEI y 4) El Principio de Pluralidad en lo Jurídico.

En primera medida la autora comienza con lo que se podría identificar como un marco legal de las disposiciones adoptadas a partir de 1810 que hacen referencia a las tierras y resguardos indígenas, y como se dio esta evolución, entre verdaderos acercamientos de propender por los derechos de los Pueblos, y disputas de partidos en búsqueda de intereses particulares que los dejaban en un segundo plano y los relegaban a ser elementos políticos.

> "La iglesia de la mano con el bipartidismo, a finales del siglo XIX y primera mitad del XX, llegaron a los indígenas para obtener un lucro particular que no necesariamente les involucraba como parte de su agenda de gobierno, esta afirmación se hace con base en el testimonio ofrecido por Manuel Quintín Lame en una entrevista que otorgó al periodista Mario Ibero, en el año de 1824: *"Hay muchas misiones que están contra los indígenas. Solamente se valen de nosotros cuando llegan las elecciones. A los indios que se resisten a votar por Cristo les dicen que si no lo hacen quedan excomulgados y que el diablo se los llevará para el infierno"* (Ibero, s.f.).[64]

De igual manera el reconocimiento de los Pueblos Indígenas también se convirtió en un tema de gran importancia tomando como referencia la desigualdad establecida en la ley en temas como la mayoría de edad y el reconocimiento y la participación política.

Posteriormente en la investigación se realiza un análisis de lo que ha sucedido a partir del año 1991, tomando como base la Constitución Política y la ley 121 de este año, con la cual se ratifica el Convención 169 de 1989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, del mismo modo se nombran y comentas algunas sentencias y derechos

[64] BLANCO BLANCO Jacqueline, Tierra, Autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia, Pág. 33 - 34

reconocidos y consagrados en la Carta que abarcan en gran manera el desarrollo de la Autonomía de la JEI, y el principio de Pluralidad como elemento trascendental para el reconocimiento y efectivo cumplimiento de los derechos de los Pueblos.

La autora tiene como conclusión un análisis acerca de los problemas que se presentan y el estancamiento que hay en el tema de la JEI para su desarrollo efectivo, encontrando la responsabilidad en los directamente implicados, como lo son el estado, la globalización, la ambigüedad de algunas disposiciones, y las mismas comunidades indígenas por la falta de un proyecto nacional mas vinculante.

Ella propone un acercamiento por parte de las comunidades, una participación más activa del estado para promover y garantizar el respeto al ejercicio y la aplicabilidad de la justicia por parte de las autoridades indígenas ya que,

> "La defensa de las comunidades Indígenas nacionales, de su cultura, y de su autonomía, debe ser una declaración urgente que se emprenda desde la academia hasta el Estado, pero reviste una primaria necesidad el hecho de encontrar un punto equidistante entre uno y otro proyecto, el de sociedad mayoritaria y el de comunidades indígenas, para evitar imprecisiones, incoordinaciones, y ante todo, rechazo a unas formas propias de vida; ellas deben ser respetadas pero a la vez, deben respetase desde su particular interior, dada la necesidad de conservación y proyección algo así como un punto medio pero que se niegue a amenazar desde la absurda asimilación."[65]

Isabel Goyes Moreno[66] realiza una investigación llamada Protección de las minorías indígenas en el ordenamiento jurídico Colombiano, abarcándolo principalmente desde tres ítems como lo son, la ubicación geográfica de los mismos en el territorio y un acercamiento a la población de algunos de ellos, los derechos consagrados en el Ordenamiento Jurídico, realizando una comparación con los problemas reales que se enfrentan en el país, y por último una serie de respuestas y soluciones planteadas y desarrolladas en procura de la efectiva protección de las prerrogativas de los Pueblos Indígenas.

El ordenamiento Jurídico es un elemento base de la investigación, la autora hace un recuento de los derechos consagrados en la Carta política y la jurisprudencia, rescatando la importancia de los logros allí alcanzados, y además comenta y reconoce el carácter proteccionista de la Constitución hacia los derechos de la Población Indígena. De igual manera se refiere a la posición de la JEI, donde se rescata la búsqueda de una real

[65] BLANCO BLANCO Jacqueline, Tierra, Autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia, Pág. 43
[66] GOYES MORENO Isabel Protección de las minorías indígenas en el ordenamiento jurídico Colombiano

custodia al ejercicio de misma, el respeto por el patrimonio, la oralidad y el pluralismo jurídico.

Asimismo la situación problema a la que se enfrenta la Población indígena en las condiciones reales del país es comparada directamente con lo anteriormente expuesto en el ordenamiento Jurídico, las situaciones que son objeto de análisis son, el territorio y conflicto armado, y el desplazamiento.

A pesar de la situación tan adversa que tienen que enfrentar, como conclusión se presentan una serie de respuestas realizadas por parte de los Pueblos Indígenas a las problemáticas comentadas, entre ellas la autora Isabel Goyes Moreno[67] rescata una nueva y mejor relación con el estado por parte de las organizaciones regionales y nacionales, la protección y reconocimiento de la consulta previa como valor fundamental para la protección de derechos ya reconocidos en la constitución y en el bloque de Constitucionalidad.

La autora Isabel Goyes Moreno[68] propone el fortalecimiento de manifestaciones de resistencia pacífica como las guardias indígenas, así como la iniciativa de varias autoridades de conformar sus propias organizaciones para prestar servicios de salud, ahorro y crédito y la búsqueda de un del derecho propio para el ejercicio de la autonomía y la identidad cultural.

Raquel Yrigoyen Fajardo, en Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos enfoca su trabajo en un análisis de la creación y desarrollo de las constituciones que han tenido lugar en los países que conforman la Comunidad Andina como lo son Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, , así como los tratados ratificados por ellas, destacándose de gran manera el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo(OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.

Como parte del recuento de las reformas Constitucionales realizadas por parte de los países andinos, en el texto se hace referencia a principios trascendentales dentro del ejercicio de la Jurisdicción Especial, como lo son el reconocimiento del Pluralismo Jurídico, el cambio en la configuración del Estado por medio del texto constitucional, el fortalecimiento de la Jurisdicción, y el respeto por el sujeto titular de esta como lo son las Autoridades Indígenas, además de los componentes de la competencia que regulan el cumplimiento de la misma, lo que en nuestro país ha sido determinado como el Fuero Indígena.

[67] GOYES MORENO Isabel Protección de las minorías indígenas en el ordenamiento jurídico Colombiano, Pág. 17

[68] GOYES MORENO Isabel Protección de las minorías indígenas en el ordenamiento jurídico Colombiano, Pág. 18

El cumplimiento de los Derechos Humanos configura un límite o marco esencial para el ejercicio de la jurisdicción, y lo consagrado en la Carta Política de cada uno de los Países, recalcando nuevamente el carácter pluricultural de los Estados y el compromiso por parte de ellos para ejercer una coordinación entre la Jurisdicción Especial y el Sistema Jurídico Nacional, subraya Raquel Yrigoyen Fajardo[69] que este ejercicio hace referencia a una relación horizontal y no de control, buscando así una armonización pacífica y democrática entre las dos y no de subordinación.

La propuesta de la autora va enfocada fundamentalmente a un fortalecimiento coordinado real y efectivo entre la Jurisdicción Ordinaria y la Especial, las Constituciones Políticas de los Países andinos son trascendentales en la búsqueda de este fin, el principio de pluralismo jurídico debe ser esencial para la consecución de un propio derecho por parte de los Pueblos Indígenas, buscando ampliar y desarrollar sus derechos.

Los derechos indígenas en la era del reconocimiento es una trabajo realizado por Paulo Ilich Bacca Benavides , en el cual se desarrollan ampliamente criterios como las Fuentes de la Jurisdicción Indígena realizando una gran investigación y exponiendo los diversos acercamientos que el autor tuvo directamente con miembros de los Pueblos.

El desarrollo jurisprudencial del tema en el país se convierte en gran protagonista de la investigación, puesto que se busca hacer un estudio específico y bastante crítico de las decisiones tomadas especialmente por la Corte Constitucional, la línea que ha manejado a lo largo de sus intervenciones y la injerencia que ha tenido su actuación.
El respeto y la protección a las costumbres, derechos y cosmovisión de los Pueblos son reiteradamente abarcados dentro del texto, promoviendo así una reflexión acerca del pensamiento o la postura con la que se están manejando los conflictos entre las Jurisdicciones y la escasa efectividad del reconocimiento de la JEI. De igual manera son mencionados y examinados los Derechos Indígenas en el Derecho Internacional, resaltando el alcance normativo de los mismos y rescatando asuntos trascendentales como lo son La Consulta Previa, los Territorios, Tierras y Recursos Naturales y el Desplazamiento Forzado.

La declaración de derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, son estudiados en un capítulo de la investigación, donde se abarcan los problemas y violaciones de las cuales son víctimas los Pueblos y las respuestas consagradas en estos textos, fortaleciendo loas herramientas jurídicas a tomar en cuenta para consultar, proteger o reparar.

[69] YRIGOYEN FAJARDO Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. Pag. 20

La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia es un texto desarrollado por Esther Sánchez Botero, es una descripción fundamentalmente de la organización del Estado en Colombia, la importancia de la JEI y el desarrollo que ha tenido a partir de la Constitución Política de 1991. Todo esto en concordancia con el principio del Pluralismo Jurídico que se ha establecido en el país y el respeto por la interculturalidad.

De esta manera se realiza una descripción de la organización del Estado, las ramas del Poder Público y los entes de control, así como también se hace un análisis de la Jurisdicción Especial, su contenido y la importancia de su reconocimiento contrastada con el pluralismo jurídico que "reconoce la existencia de comunidades distintas de índole étnica dentro de la sociedad nacional que, como tal tienen derecho de desarrollar su propio sistema de instituciones, entre otros su derecho propio, como una parte diferente pero de igual valor al orden político – legal del país". [70]

Como conclusión, la autora busca que se desarrolle un verdadero estudio particular de los conflictos que se presentan entre las jurisdicciones y el desarrollo que se le puede dar a cada uno de ellos, determinando los derechos que realmente son aplicables de acuerdo a la cosmovisión del Pueblo Indígena. "Desde otra visión, la extensión de las categorías de unos derechos globalizados constituye una circunstancia que puede ser mirada también como oportunidad para promover mas hechos multiculturales que llamen a fortalecer nuevos criterios de defensa de la diferencia y las dimensiones de la tolerancia o para generar cambios autónomos, cuando se toma conciencia de ciertos hechos como expresión de trabas culturales."[71]

Esther Sánchez Botero propone un análisis basado en el "reconocimiento de la diversidad étnica y cultural manifiesta en el pluralismo jurídico"[72] en donde se deje de lado el enfoque etnocentrista y autoritario que se maneja por parte del sistema mayoritario, y se busque un desarrollo más equilibrado e igualitario de los sistemas.

El autor Rosembert Ariza[73], en estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Establece su objeto de estudio, el cual pretende analizar la relación del Sistema Judicial Nacional y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. Desarrolló aspectos fundamentales para el avance de su estudio y los abordó desde dos

[70] HOEKEMA André (2002) "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El otro Derecho, núm 26 -27, Pág. 76.* Citado por SÁNCHEZ BOTERO Esther " La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia" Pág. 7

[71] SÁNCHEZ BOTERO Esther " La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia" En: Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales. Derechos Indígenas en América Latina hacia el siglo XXI . Julio – Diciembre 2009 Número 71. Pág. 17

[72] SÁNCHEZ BOTERO Esther " La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia" En: Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales. Derechos Indígenas en América Latina hacia el siglo XXI . Julio – Diciembre 2009 Número 71Pág. 16

[73] ARIZA, Rosembert. Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009, p. 17.

puntos: “las formas básicas y concretas de relacionamiento entre autoridades indígenas y autoridades judiciales; el nivel de conocimiento de la legislación y jurisprudencia en materia indígena por parte de los operadores y/o actores institucionales de los sistemas jurídicos indígenas en estudio, y las posibilidades de mejorar el entendimiento intercultural entre estos sistemas de justicia”[74]

El autor, intervino en los pueblos indígenas, realizando entrevistas, con el fin de determinar el grado de conocimiento a cerca de la Jurisprudencia y Legislación Nacional, estas preguntas fueron hechas a los encargados de aplicar la normatividad en los pueblos, donde no siempre es una sola persona, en algunos pueblos son cuerpos colegiados los encargados de impartir justicia conforme a sus propias normas. Además de lo anterior, también ahondó en el Consejo Superior de la Judicatura, específicamente en los esfuerzos que este ha adelantado con el fin de lograr la coordinación real entre la JEI y la Jurisdicción Nacional; aclara que aun cuando se ha realizado la implementación de programas y proyectos para beneficiar a los cerca de ciento dos (102) pueblos indígenas, en algunos no se ha podido culminar con éxito y otros simplemente no encuentran como prioridad la JEI.

Los proyectos referidos, estaban encaminados a cumplir el precepto constitucional enmarcado en el artículo 246, el cual hace referencia a la coordinación de la JEI con el sistema Judicial Nacional. Por supuesto es de gran envergadura adelantar este tipo de proyectos, puesto que aun cuando las autoridades indígenas ostentan el derecho de tener normatividad propia, para juzgar los hechos que afecten los objetivos de su plan de vida, estas deben encontrarse en plena coordinación con la normatividad nacional y con la Constitución Política; la Corte Constitucional se ha referido al tema en senda Jurisprudencia, en la cual, en un primer momento habló sobre los elementos de la JEI, posteriormente sobre los elementos del fuero y estableció los límites a la misma.

Es importante destacar el trabajo realizado por el Tribunal Superior Indígena del Tolima, institución que fue creada por el Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT), con el fin de fortalecer la administración de justicia al interior de los territorios, por tanto “El surgimiento del Tribunal Indígena respondió a la necesidad de atacar la impunidad que se estaba generando, debido a que las autoridades indígenas desconocían sus deberes como administradores de justicia y por tanto mostraban falta de compromiso con la aplicación de justicia al interior de las comunidades.”[75]

Siguiendo este orden de ideas, instituciones como el (CRIT), forman el vínculo necesario entre la JEI y la ordinaria, con el fin de establecer un diálogo permanente de doble vía el cual tiene como objetivo, afianzar la autonomía en materia judicial de los pueblos indígenas, pero al mismo tiempo de coordinación y apoyo por parte de las autoridades nacionales con las mismas. A la par el Consejo Superior de la Judicatura se ha preocupado por realizar procesos de coordinación entre los funcionarios de la rama

[74] Ibíd., p.17.
[75] Ibíd. p. 28

judicial y las autoridades indígenas, sin embargo es innegable el hecho de él no reconocimiento a la Jurisdicción Especial Indígena y del principio de diversidad étnica por parte de algunos jueces.

Algunos funcionarios de la rama judicial no reconocen la independencia o incluso no aceptan la capacidad para juzgar conductas contrarias a la ley por parte de la JEI, posición que ha afectado la coordinación entre las dos jurisdicciones y por ende la autonomía para administrar justicia y el reconocimiento al principio de diversidad étnica otorgados por la Constitución Política.

El autor[76] hace referencia al desconocimiento por parte de las autoridades judiciales frente a la JEI; dicho desconocimiento por parte de algunos jueces lleva a que los mismos consideren que las autoridades indígenas únicamente pueden conocer de hechos menores, nunca los que se consideran importantes, de igual forma el desconocimiento académico es mayor por parte de jueces a comparación de magistrados en lo referente a la JEI, brecha que debe ser cerrada, con el fin de formar jueces integrales.

En primera medida, respecto de los factores enunciados anteriormente, es preciso referirse a cada uno de ellos, en cuanto al primero, la creencia de algunos jueces a cerca de que las autoridades indígenas solamente pueden conocer de hechos menores, nunca de hechos de importancia ; se evidencia pues un rezago de carácter colonial en relación a los pronunciamientos de algunos jueces, donde determinan que las autoridades indígenas no pueden conocer de hechos de mayor envergadura, sin mayor argumentación para soportar sus aseveraciones, omitiendo y dejando a un lado la doctrina constitucional, la cual se ha referido al tema en varias ocasiones reconociendo la autonomía de la JEI para administrar justicia en sus territorios, sin limitante alguna respecto de hechos de importancia. Por tanto es una contrariedad que operadores judiciales no tengan en cuenta dicha doctrina, adicionalmente que aun hoy día se vislumbren tratos que resultan peyorativos hacia los pueblos indígenas y sus autoridades, encargadas de impartir justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos propios.

En cuanto al segundo punto, referido al desconocimiento académico mayor por parte de jueces en comparación a magistrados es necesario que los jueces asuman una posición de interés académico sobre la JEI, puesto que se demostró en las entrevistas hechas por el autor, que la gran mayoría no conocen a profundidad el funcionamiento de dicha Jurisdicción, aun cuando la Corte Constitucional se ha referido en varias ocasiones al respecto y por último, el desconocimiento por parte de los jueces de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas, las cuales son de gran importancia para fortalecer la coordinación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Especial indígena, puesto que es el camino que lleva a entablar el dialogo querido por el Consejo Superior de la Judicatura, autoridades indígenas y organizaciones de la sociedad civil.

[76] Ibíd. P. 31

El fuero y la jurisdicción penal especial indígena en Colombia es un texto de , Hernando León Londoño Berrio, aborda el tema de su ensayo, en primera medida con la historia de la lucha de los pueblos indígenas en Colombia, lucha que no ha sido fácil, teniendo en cuenta los rezagos coloniales que perturban factores como la autonomía de los mismos. La lucha emprendida por los diferentes pueblos indígenas para ser reconocidos como personas autónomas, pertenecientes a la diversidad étnica colombiana, fue encaminada contra la violencia de que fueran objeto sus líderes, gobernadores y demás integrantes, contra la discriminación sufrida por parte del Estado colombiano y de los diferentes gobiernos y contra la dependencia de organizaciones campesinas.

Para el caso colombiano, "con la expedición de la Constitución de 1991, supuestamente, se da comienzo a nuestra apertura democrática, pero, antes de este momento, ya estaban organizadas la mayoría de las comunidades identificadas hoy como pueblos indígenas, muchas de las cuales habían logrado el reconocimiento de sus territorios en la forma de resguardos y gozaban de fundamento normativo para su tutela."[77] De igual manera las organizaciones de mayor importancia reclamaban su identidad étnica, tales como la Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), la Organización Indígena de Colombia (ONIC), las cuales lograron por su mismo reconocimiento ante los demás pueblos obtener participación en la Asamblea Nacional Constituyente, que diera lugar a la Constitución de 1991, donde se obtuvo reconocimiento a la identidad propia de los pueblos indígenas y se consignó uno de los derechos de mayor importancia para los pueblos indígenas, como lo es el derecho a una Jurisdicción Especial propia y al fuero indígena dentro de su territorio, el cual está fundamentado en normas, principios y procedimientos propios de cada comunidad, los cuales no pueden ser contrarios a la Constitución y a las leyes de la República, señalado en el artículo 246 Constitucional.

Teniendo en cuenta que el tema que ocupa el presente trabajo, es el de la JEI, se analizará lo pertinente; el autor, lo abordó haciendo un recuento histórico donde reflejo la lucha de los pueblos indígenas por lograr dicha autonomía en materia jurisdiccional y posteriormente en un acápite: "procuramos 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."[78]

Siguiendo este orden de ideas, fue ardua la lucha de los pueblos indígenas por lograr el reconocimiento legitimado en la constitución de 1991, teniendo en cuenta que tanto operadores jurídicos, como autoridades administrativas no aceptaban las prerrogativas constitucionales propias de dichos pueblos, sin embargo la Corte Constitucional jugó un papel fundamental en el reconocimiento de la JEI, ya que por medio de reiterada jurisprudencia se han reconocido derechos constitucionales que promueven la participación y autonomía de los pueblos indígenas colombianos.

[77] LONDOÑO BERRIO, Hernando León. El fuero y la Jurisdicción Especial Indígenas en Colombia. Colombia: , p.6
[78] Ibíd.

Para llevar a cabo el desarrollo de este acápite, el autor[79] hace referencia a la doctrina constitucional, proferida por la Corte y aborda inicialmente lo referente al fuero, donde explica que esta corporación no ha sido univoca en sus decisiones al respecto, puesto que éstas oscilan en dos tesis, el primero, ver el fuero como derecho colectivo y el segundo, como derecho individual. Refiriéndose a la primer tesis, surge cuando el Derecho recae directamente sobre la colectividad o pueblo indígena, facultando a la misma para juzgar las conductas de sus comuneros, conforme a las normas y procedimientos propios de su costumbre, es decir el derecho consignado en el artículo 246 Constitucional, que hace referencia a poder ejercer funciones Jurisdiccionales.

Respecto a la segunda tesis, ésta se refiere al derecho que tienen los integrantes del pueblo indígena a un juez natural, como componente del derecho al debido proceso, el cual es irrenunciable y debe ser inexorablemente observado y atendido por las autoridades indígenas y nacionales conferidas por el poder Jurisdiccional.

Conforme a lo expuesto por el autor, en el análisis a la doctrina Constitucional, específicamente en lo tratado a cerca del fuero indígena, habla de los dos elementos primordiales que lo componen, esto es, el personal y el territorial, y la calidad de los mismos para que en el caso de existir uno de estos dos o que concurran, se defina si la potestad Jurisdiccional, recae sobre la Jurisdicción Ordinaria o la JEI, conforme a lo que ha dicho la Corte la explicación hecha por el autor hasta este punto estaría acorde, sin embargo más adelante, indica que en los casos en los que la Jurisdicción Ordinaria sea la que avoque conocimiento, específicamente en el proceso penal, será el Juez quien valore si la persona sindicada, goza o no de dicho fuero, es decir será el juez penal quien determine si éste debe ser juzgado por las autoridades de la comunidad indígena a la cual pertenece o si por el contrario será él quien continúe con el proceso, función que ciertamente está en cabeza de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, tal como lo expresa el artículo 112 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, ley 270 de 1996.

Analizando lo anteriormente referenciado, es evidente que algunos jueces penales consideran que son ellos los llamados a decidir si un asunto u otro, en el cual sea protagonista un integrante de un pueblo indígena, será avocado por ellos o si por el contrario lo debe asumir su Juez natural, que debiera ser la autoridad de su comunidad. Se refleja en posiciones como esa, irrespeto hacia la norma constitucional, la cual otorga la autonomía a los pueblos indígenas, con el fin de preservar principios como el de la identidad étnica, es menester entonces que los operadores Judiciales, en este caso, den traslado a la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que sea esta corporación quien resuelva dicho conflicto de Jurisdicciones, conforme a los elementos propios de la JEI y a los propios del fuero.

[79] Ibíd.

En el documento se hacen críticas a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que sobresalen, en el hecho de brindar un plus a los pueblos indígenas, tanto a su elemento personal, como al territorial, en el entendido de no recurrir al término aculturización, como un concepto equivalente a la inimputabilidad, por el hecho de no pertenecer a la cultura mayoritaria.

> 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. Además, si, no obstante la «aculturización» de una comunidad, subsisten en ella características que permitan afirmar su carácter indígena y lucha por conservar su identidad cultural apuntalando sus propias 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. De otro lado, no es un despropósito afirmar que nuestra cultura, aunque mayoritaria, es igualmente «aculturizada», tanto por los contactos que esta ha tenido y tiene tanto 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 recurrentes en que las víctimas son las propias comunidades indígenas.[80]

Siguiendo este orden de ideas, de acuerdo a lo manifestado anteriormente "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."[81]

En conclusión debe entonces ser privilegiado por parte de las autoridades administrativas y judiciales el ejercicio de la JEI, pues es la forma en la cual los pueblos indígenas de acuerdo a sus costumbres y procedimientos juzgan las conductas que estos

[80] Ibíd. p. 31
[81] Ibíd. p. 1

consideren atentan contra su plan de vida, el cual reúne las acciones que se emprenden por todos los comuneros para enaltecer su cultura y así poder gozar de una identidad étnica.

Por su parte Benavides Ascuntar, en su documento jurisdicción indígena en el sistema penal, aborda: "el conflicto de competencia jurisdiccional por la injusticia e impotencia de las autoridades indígenas de no poder juzgar a sus miembros cuando incurren en "delitos" [82], para tratar el tema en mención, el autor analizo los principios y la constitucionalidad de la JEI y posteriormente propone una audiencia especial, como requisito de procedibilidad para solucionar el conflicto de competencias Jurisdiccionales.

El autor a través de su experiencia, al desempeñarse como procurador judicial en la ciudad de Ipiales, lugar donde fue visible la impotencia de las autoridades de los pueblos indígenas para juzgar a sus comuneros respecto de delitos cometidos por ellos, con la implementación del Sistema Penal Acusatorio, el autor, propone "encontrar la comunicación de derechos entre culturas iguales y diferentes a través de la audiencia Especial en el SPA."[83]

Es preciso además hacer mención de un concepto que el autor trae a colación, y es el de Derecho mayor, el cual emerge, dice el autor, de la comisión legislativa de 20 años, sobre la regulación y armonización de la JEI con la Ordinaria, tarea que ha asumido en gran parte la Corte Constitucional, reconociendo y regulando a través de su doctrina temas de gran importancia para los pueblos indígenas, en lo relacionado con la administración de justicia. El Derecho mayor se basa en las prácticas que aplican las autoridades indígenas "sistema normativo que se nutre de sus categorías axiológicas que se conoce por los estudios de antropología, arqueología y sociología, etc."[84]

Para llevar a cabo la aplicación del Derecho mayor, el autor[85] se refiere a la necesidad de que el operador judicial por lo menos entienda la cosmovisión del pueblo indígena, de sus normas y procedimientos internos, de su cosmovisión, debe aprehender los principios y valores de dichas autoridades y pueblos, pues, al ahondar en dicho territorio, se podrá avocar conocimiento respecto de un hecho en especifico, desde una mirada mucho más objetiva, aun desde la perspectiva de una persona no perteneciente al pueblo, lo que se busca con la propuesta del autor, es formar operadores judiciales integrales, respetuosos de los pueblos indígenas, de su autonomía y de su identidad étnica.

El autor[86] propone como complemento a la aplicación del Derecho mayor, que sea regla general para la solución del conflicto de competencias las audiencias ante el juez de

[82] BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. La Jurisdicción Indígena en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia: 2011, p.1

[83]BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. La Jurisdicción Indígena en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia: 2011, p4.

[84] BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. La Jurisdicción Indígena en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia: 2011, p6.

[85] Ibíd.

control de garantías, antes de la legalización de captura o en audiencias posteriores, donde en los dos casos el juez podrá resolver el conflicto de Jurisdicciones, con el fin de ceder el conocimiento del caso a la JEI, cuando sea favorable para la misma o se cumpla con las reglas necesarias para que esta pueda avocar conocimiento.

Es preciso realizar un análisis respecto de la posición del autor denotada anteriormente, donde asume una postura de notoria protección hacia la autonomía de las autoridades indígenas para administrar justicia, sin embargo, el grupo de investigación considera que ante la propuesta de que el conflicto de competencias se dirima ante el juez de control de garantías, o en una audiencia posterior, atenta contra la imparcialidad que debe revestir una decisión de tal magnitud, por lo tanto, se considera que el llamado a dirimir dicho conflicto de competencia no debe ser el juez de control de garantías, por caer en una doble posición de juez y parte, si no el Consejo superior de la Judicatura, específicamente la sala disciplinaria, conforme al artículo 112 de la lay 270 de 1996.

Más adelante el autor toma posición respecto de la aplicación de la doctrina constitucional, específicamente en el Derecho penal, donde afirma lo siguiente "Para el caso concreto del Derecho Penal indígena pretender unificar la misma jurisprudencia para todos los pueblos indígenas es una equivocación; este, no debe aplicarse por los jueces por igual a todos los pueblos, por la diversidad que entraña la multiplicidad de culturas, que se aprecian cuando en los territorios administran su propia justicia de manera diferente, no es lo mismo"[87] al respecto se ha referido la Corte Constitucional, en varia de su Jurisprudencia, en la cual coinciden las afirmaciones, pues los pueblos, aun cuando son indígenas, cada uno es diferente del otro, su identidad es única, así como sus normas y procedimientos, los cuales están fundamentados en principios y valores propios de cada pueblo, por tanto es preciso, que en el caso de que sea la Jurisdicción Ordinaria la que avoque conocimiento y su decisión este basada en doctrina constitucional, la misma no puede ser tomada a la ligera, sin antes asumir que cada pueblo indígena es distinto y cada caso debe ser analizado independientemente y de manera objetiva por el operador judicial.

1.7 ESTADO DE ADECUACIÓN INSTITUCIONAL DE JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA.

Con el fin de realizar un análisis cualitativo y cuantitativo acerca del estado en el que se encuentra la JEI en Colombia, se observaron y analizaron fuentes de información tanto en documentos originarios de entidades estatales como de organizaciones indígenas y la sociedad civil encontrados por parte del grupo de investigación, con el fin de ahondar en el tema de referencia y poder así desarrollar cada uno de los puntos a tratar.

[86] BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. La Jurisdicción Indígena en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia: 2011, p7.
[87] BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. La Jurisdicción Indígena en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia: 2011, p8.

Como unidad de observación se determinó el estado de Adecuación Institucional de la JEI en Colombia, de esta manera se establecieron tres categorías subdivididas cada una en dos indicadores para realizar el análisis, como se relaciona a continuación:

CATEGORÍA	INDICADORES
1. Participación y Reconocimiento	Numero de cabildos en Colombia
	Jurisdicción propia
2. Protección y Garantías	Legislación y Normatividad
	Módulo Intercultural Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla
3. Formación	Pluralismo Jurídico y Nivel de Coordinación
	Interculturalidad

Se realizaron fichas de análisis para la presentación de la información suministrada por el Consejo Superior de la Judicatura, correspondientes a los acuerdos No. psaa12-9614 de 2012, no. psaa13-9816 de 2013 y lo referido al Libro Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas de 2012.

1.7.1 Participación y Reconocimiento

1.7.1.1 Dilaciones institucionales que afectan la participación y reconocimiento de la JEI

La participación y el reconocimiento, son dos acepciones que han hecho parte de los anhelos de los pueblos indígenas desde la época de la colonia, período en el cual fueron tratados como inferiores, esclavos y no alcanzaban siquiera a ser vistos como personas, sus derechos en todo sentido fueron vulnerados, teniendo en cuenta que su cultura fue arrebatada, sus creencias relegadas, además de usurpar su autonomía. Estos hechos tuvieron lugar como ya se adujo, en la época colonial; sin embargo a lo largo de la historia los pueblos indígenas han sido objeto de abusos por parte de diferentes actores, terratenientes, grupos al margen de la ley, particulares y el mismo Estado. “los indígenas en Colombia fueron la última población en obtener una ciudadanía plena; si hablamos de reconocimiento jurídico, su ciudadanía diferenciada solo fue objeto de tal reconocimiento en la constitución de 1991. Contrario a esto, los indígenas son los que mantienen reivindicaciones más históricas que cualquier otro grupo, con posturas que se

fundaron en el periodo de la colonia; aún acuden a documentos públicos de esa época para reclamar sus derechos"[88].

Es cierto que la Constitución nacional reivindico derechos a los pueblos indígenas, pero de nada sirve plasmar una serie de prerrogativas en una norma de tan alta categoría, cuando no se logran materializar. ¿Por qué no se ha logrado? Los pueblos indígenas luego de la expedición de la constitución de 1991 siguen siendo objeto del abandono por parte del gobierno nacional, del congreso de la república y la rama judicial, que de la forma más silenciosa evaden sus responsabilidades, en cuanto al deber de realizar una debida adecuación institucional.

La omisión, es la forma de expresar que por parte de las instituciones no se ha realizado ninguna acción que los perjudique directamente, sin embargo, esa omisión traducida en inexistencia de voluntad política para entablar diálogos entre las partes y poder llegar a acuerdos de tipo político, jurídico y social, son la forma de atacar de nuevo a los pueblos indígenas.

El documento Indígenas sin derechos[89] trae a colación uno de los temas de mayor debate que ha sostenido el pueblo indígena en general y es el de la libertad para decidir sobre sus asuntos propios y autonomía real para el ejercicio de su propio gobierno con todo el alcance que lleva inmerso, tal y como lo determina la norma de normas, teniendo en cuenta que se encuentran en un estado social y democrático de derecho, fundado en principios de autonomía, biodiversidad, pluralista y comprometido con la dignidad humana.

Con el fin de ahondar más en el tema de participación y reconocimiento de los pueblos indígenas en Colombia, es preciso mencionar un ejemplo claro a cerca del mismo:

Es habitual escuchar a diferentes sectores políticos hablar sobre políticas públicas ¿pero qué son? Como dice Carlos Salazar Vargas[90], son las sucesivas respuestas del Estado o del gobierno de turno frente a situaciones problemáticas de la sociedad. El grupo de investigación agrega a la definición del autor, que las políticas públicas, son además iniciativas, proyectos, programas, que tienen como objetivo satisfacer necesidades de la sociedad, de tipo económico, social, fiscal etc. Dichas políticas públicas pueden nacer de la iniciativa de la sociedad o por parte del estado, quien en principio es el titular de dicha función.

[88] CENTRO DE COOPERACION AL INDIGENA CECOIN. Indígenas sin Derechos. Bogotá, 2007. pág. 37

[89] CENTRO DE COOPERACION AL INDIGENA CECOIN. Indígenas sin Derechos. Bogotá, 2007. pág. 37

[90] Disponible en internet: http://www.fundacionpreciado.org.mx/biencomun/bc209/C_Salazar.pdf [citado en 19 de Agosto de 2014]

Las mencionadas políticas, deben estar fundadas en principios claros y taxativos, de acuerdo al objetivo específico de la misma, los cuales deben ser el norte en todas las etapas, formulación, implementación, seguimiento y evaluación. Si bien es cierto de acuerdo a la finalidad de la política corresponden principios determinados, existen algunos de carácter general, como los principios de publicidad y participación, de tal forma que la población objetivo, sea parte integral de las etapas antes mencionadas, lo que se convierte en un mecanismo de participación real y garantista frente a la población objetivo, ya que en todo momento se debe socializar con ellos a fin de lograr acuerdos y así evitar que dichas políticas sean construidas desde los escritorios y despachos por personas que no conocen la realidad de una comunidad, políticas de cifras, de estadísticas que muchas veces no corresponden a la realidad y solo buscan publicar datos para alcanzar objetivos propuestos que a la final no son reales, por tanto no satisface ninguna necesidad.

Lo anteriormente enunciado, hace parte de la realidad a la que se han tenido que enfrentar los pueblos indígenas, a través del tiempo. La carta de 1991, teóricamente abolió toda forma de discriminación frente a los pueblos indígenas, le fue otorgado reconocimiento, participación e independencia. Para el caso de la presente investigación, reconoció autonomía a las autoridades indígenas para ejercer su propia jurisdicción, conforme a sus propias normas y procedimientos, respetando, su autonomía, diversidad cultural, cosmovisión y cultura, sustentados en el hecho de que la república de Colombia es de carácter pluralista; sin embargo "la historia republicana del país heredo prácticamente el mismo sistema colonial de exterminio, despojo y marginación de las comunidades indígenas"[91], pues, si bien es cierto la carta otorgó una serie de prerrogativas a los pueblos y sus autoridades en materia judicial, la realidad no es tan alentadora, teniendo en cuenta que varios estamentos han incumplido con el mandato constitucional, entre ellos, el Gobierno Nacional, el Congreso de la República, incluso el mismo Consejo Superior de la Judicatura, en relación a proponer el proyecto de ley encaminado a lograr la coordinación de la Jurisdicción Ordinaria con la JEI, adicionalmente, el no reconocimiento por parte de operadores jurídicos y servidores de la rama judicial hacia la autonomía judicial de las autoridades, principio judicial por excelencia, atenta categóricamente con el reconocimiento otorgado por la carta.

Teniendo en cuenta los dos ejemplos anteriores, es claro que aún hoy día, existe un rezago colonial heredado en esa época, el cual no permite que el reconocimiento y participación hacia los pueblos indígenas sea efectivo y total; pues al momento de desarrollar políticas como la coordinación entre las dos jurisdicciones; la cual nace de la iniciativa institucional y debe corresponder a su adecuación, no se realiza de forma tal que los principios arriba desarrollados se materialicen, toda vez que en documentos analizados por el grupo de investigación, como el modulo intercultural, desarrollado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, no se hace un análisis cuantitativo a cerca de la totalidad de pueblos indígenas existentes en Colombia, número de cabildos, cuántos de esos cabildos ejercen una jurisdicción propia o cuántos indígenas se desempeñan como jueces. Estos antecedentes se suman a otros que a primera vista pueden ser no tan

[91] CENTRO DE COOPERACION AL INDIGENA CECOIN. Indígenas sin Derechos. Bogotá, 2007. pág. 38

graves, como el hecho de no dejar constancia de las apreciaciones y aportes de líderes indígenas, haciéndolos pasar como anónimos, lo cual hace parte de un hallazgo negativo, toda vez que los testimonios presentados pueden ser analizados de dos maneras.

En primer lugar es dable que los mismos no hayan sido producto de aseveraciones hechas por líderes indígenas y en el segundo escenario, que hayan sido acotaciones hechas por líderes, pero a su vez no hayan sido reconocidos como tal, pues su nombre no aparece y no hay forma de establecer de cual líder se habla, qué es de su autoría, a qué cabildo pertenece, si hace parte de alguna autoridad o solo es un comunero que expone su punto de vista, esto debe ser de gran importancia para llevar a cabo la coordinación entre las dos jurisdicciones; pues como ya se ha mencionado, debe existir participación por parte de la comunidad objetivo dentro de las diferentes etapas de la política pública, lo cual dentro del proyecto de coordinación, se ha percibido de forma débil, pues "a pesar de que el movimiento indígena cuenta con los instrumentos internacionales y constitucionales para la protección y el restablecimiento de sus derechos, las políticas legislativas y administrativas desarrolladas han sido restrictivas a sus intereses, incluso a los mandatos de normas superiores y principios jurídicamente constitutivos de la pluralidad y diversidad de la nación"[92]

En cuanto al reconocimiento hacia la JEI, uno de sus elementos de gran importancia es el idioma o lengua, según el diccionario del Uso del Español[93] , define lengua como el conjunto de formas vocales de expresión que emplea para hablar cada nación. Idioma a su vez "es un sistema complejo de asociaciones entre ideas, sonidos y gestos que cada sociedad humana (pueblo o nación) posee sin excepción. De acuerdo a los conceptos antes mencionados, es preciso entonces lograr determinar junto con los pueblos indígenas, a partir de su cultura y cosmovisión, cuál de las dos nociones mencionadas se articula a cada pueblo en particular; pues, no es garante determinar unilateralmente, si se trata de lengua o idioma la forma de expresión verbal, escrita o de cualquier forma que se pueda dar en los pueblos, autoridades y comuneros"[94] por parte de una institución, en este caso, el Consejo Superior de la Judicatura. Es menester entonces generar el respectivo debate, toda vez que es esencial para el desarrollo efectivo de la autonomía judicial, puesto que "El idioma refleja el sistema jurídico de un pueblo indígena"[95] teniendo en cuenta que se realiza mediante el código de significaciones culturales.

En ese sentido, el Estado, a través de la institucionalidad, debe reconocer y brindar la participación debida a los pueblos indígenas para definir si ostentan una lengua o

[92] CENTRO DE COOPERACION AL INDIGENA CECOIN. Indígenas sin Derechos. Bogotá, 2007. pág. 39
[93]DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, (1994). Citado por: ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 58
[94] ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 58
[95]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 59

idioma, lo cual es piedra angular para el desarrollo de la JEI. En relación a lo enunciado anteriormente, los pueblos indígenas tienen derecho a hablar sus idiomas o leguas propias dentro y fuera de sus territorios como medida de protección y garantía por parte del Estado, se debe proteger la riqueza idiomática que conservan los pueblos.

De tal suerte que el elemento que se analiza acá deberá enmarcarse dentro de la categoría precedente (Protección y garantías), sin embargo se quiso abordar desde la presente, puesto que se reconoce por parte de la administración la necesidad de que los juicios en el idioma propio constituyan una garantía procesal para todas las personas, incluyendo los integrantes de pueblos indígenas, además de ser un derecho humano. Siguiendo este orden de ideas, el reconocimiento dado, al idioma de los pueblos indígenas, dentro de su individualidad, es fundamental para otorgar garantías y protección por parte del Estado colombiano, sin embargo, se debe analizar con cautela y con enfoque diferencial, con el fin de proteger y reconocer efectivamente la riqueza cultural inmersa en su forma de expresión, como mecanismo de garantía propio para el desarrollo de la JEI.

La unidad tres del presente modulo analizado, se denomina justicia, el cual trata tres temas esenciales que ocupan la presente investigación: justicia, sistemas jurídicos y derechos indígenas.

El subtítulo al cual se aduce en el documento[96] forma parte integral de la participación y reconocimiento por parte del sistema nacional judicial, hacia la JEI. Respecto al reconocimiento a cerca del ejercicio de la justicia en los diferentes pueblos indígenas, se hace mención precisamente de las diferentes personas, autoridades colectivas o individuales y demás figuras que tienen la potestad de impartir justicia al interior de sus territorios; sin embargo, es de anotar que la justicia, no siempre refiere castigo, puesto que se habla de algunos que la ejercen de forma distinta, como dando consejo o reparando almas y otros remediando. Asimismo "el principio de reconocimiento es importante en términos de interculturalidad, porque el reconocer significa tener principios de acción comunes y principios de identidad en el funcionamiento del sistema judicial"[97] lo cual se ve reflejado en mantener la identidad de cada uno de los intervinientes en un proceso, así como definir sus competencias.

1.7.1.2 Número de cabildos en Colombia

La información tratada y analizada bajo este indicador, es fundamental en el afianzamiento de participación y reconocimiento de los pueblos indígenas, en lo concerniente a la adecuación institucional y su articulación con los diferentes

[96]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 142
[97]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 145

estamentos del nivel nacional y territorial, a fin de tener pleno conocimiento de los grupos, pueblos o cabildos vivos en el territorio nacional.

Siguiendo este orden de ideas, existen en Colombia diferentes entidades de carácter público, las cuales de acuerdo a su misión, visión y finalidad, deben asumir la función de recolectar dicha información de manera acuciosa. Las entidades a las cuales se encomendó dicha labor son:

- Ministerio del Interior (Dirección General de Asuntos Indígenas)
- Departamento Nacional de Planeación (DNP)
- Departamento Nacional de Estadística

Adicionalmente a las entidades ya mencionadas, existen organizaciones de carácter privado, correspondientes a grupos organizados y conformados por indígenas, tales como la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), el Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT); los cuales, tienen como fin defender los derechos de los pueblos, entre ellos, velar por que la información publicada institucionalmente sea veraz y no corresponda solamente a cifras vanas para alcanzar indicadores de cumplimiento y resultado, en cuanto a participación y reconocimiento de los pueblos indígenas.

Es menester entonces, ahondar en las cifras presentadas por las diferentes entidades que tienen a su cargo la función de establecer el número de cabildos y pueblos indígenas existentes en el territorio nacional y su ubicación. Al revisar las respectivas páginas web, de cada una de las entidades arriba mencionadas, se evidenció que no existe publicación o informe detallado acerca del tema tratado.

En la pagina del Ministerio del Interior, específicamente la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, dependencia encargada de dicha función, se encuentra información referente a tramites y servicios, certificación de existencia y representación legal de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales e información sobre registro de indígenas, entre otros. De los mencionados solo uno brinda información, en relación a la consulta, el último de ellos. No obstante, el hallazgo encontrado en el documento, es exiguo, pues manifiesta lo siguiente:

> Cali, Bogotá, Sincelejo, Riohacha y Manaure, estas dos últimas en La Guajira, son las ciudades con mayor población indígena en el país. Los cinco municipios suman unos 65.940 nativos, de los cuales, más de 15 mil están en Bogotá. Estas son algunas de las principales conclusiones de un informe parcial socio demográfico, que les servirá de base al Ministerio del Interior y a entes territoriales para ajustar un protocolo de identificación de los 102 pueblos indígenas en todo Colombia, como mecanismo de reconocimiento de sus

> valores culturales, así como de sus principales necesidades sociales.[98]

Siguiendo este orden de ideas, aun cuando hace referencia a los 102 pueblos asentados en el territorio nacional y a las ciudades o municipios donde se hallan la mayoría de ellos, la información es superficial. Siendo el Ministerio del Interior, el estamento del orden nacional con mayor relación al tema y contando además con una dependencia específica para abordarlo, es preciso que describan de la forma más amplia la información con referencia al tema abordado y la misma sea publicada debidamente en la página web de la entidad, acatando así el principio de publicidad y haciendo a la vez uso efectivo de las herramientas de las TIC, con el fin de que cualquier persona pueda obtener información célere y veraz por parte de la entidad. Adicionalmente de esta forma se da cumplimiento a principios como el de participación y reconocimiento innatos a los pueblos y que deben ser promulgados por la institucionalidad.

Respecto a las dos entidades también mencionadas, (DNP) y (DNE) no se halló información adicional que pudiera ahondar más en el tema de consulta. Sin embargo, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), como parte de las autoridades del orden privado, mencionadas anteriormente, también hace lo propio en torno a lograr determinar en el territorio nacional cuantos pueblos indígenas viven hoy día. Con el fin de lograr dicho objetivo, también consultaron las entidades estatales referenciadas anteriormente, y coinciden en la existencia de ciento dos (102) pueblos indígenas en el territorio nacional. Sin embargo cabe resaltar que los pueblos existentes a los cuales hace referencia la (ONIC), no gozan del mismo reconocimiento, pues "ochenta y siete (87) se encuentran reconocidas por el Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa, (DNP) y (DANE), pero no por todas, Así mismo encontramos doce que son reconocidos por las organizaciones indígenas y finalmente tres que se auto reconocen desde su condición étnica y cultural."[99] Siguiendo este orden de ideas, es claro que no existe consenso por medio del cual sea posible determinar cuáles son los pueblos asentados en Colombia.

El hallazgo de orden cuantitativo evidencia la afectación clara a los principios de participación y reconocimiento hacia los pueblos. Si bien es cierto (87) de ellos son reconocidos por el estado a través de sus instituciones, existen hasta el momento (15) reconocidos o auto reconocidos, ya sea por las autoridades indígenas o por cada pueblo individualmente desde su condición étnica y cultural. Cabe preguntar: ¿Cuál reconocimiento contiene mayor legitimidad? ¿El que hace el Estado? ¿El que hacen las autoridades indígenas? O ¿el auto reconocimiento de cada pueblo?

El grupo de investigación considera que dentro de la autonomía otorgada por la constitución política de 1991, está inmersa la auto determinación y el auto

[98] COLOMBIA. MINISTERIO DEL INTERIOR, [citado en 26 de agosto de 2014]. Disponible en internet: http://www.mininterior.gov.co/content/en-cali-preparan-sistema-de-registro-de-indigenas

[99] [Citado en 26 de agosto de 2014] Disponible en internet: < http://cms.onic.org.co/pueblos-indigenas/>

reconocimiento, por lo tanto, es preciso que dicha calidad de indígena se encuentre a cargo de los pueblos indígenas y sus organizaciones, pues como se hace referencia en el texto de la (ONIC)[100] son ellos quienes pueden pronunciarse con seriedad al respecto, desde la cosmovisión propia, cultura, espiritualidad y todo lo que abarca el ser indígena, como paso obligatorio para el reconocimiento y restablecimiento de los derechos territoriales. Sin reconocimiento étnico no hay derechos territoriales.

1.7.1.3 Jurisdicción Propia

El concepto de derecho propio tiene como fundamento las diferentes cosmovisiones de los pueblos indígenas, de esta manera es importante resaltar que tienen un origen totalmente anterior a los derechos políticos, leyes, o doctrinas que están consagradas en la J.O, por lo tanto son de vital importancia el respeto y protección del mismo.

> "El derecho Propio es el legado cultural histórico de resistencia Indígena que los pueblos han recibido de sus mayores y caciques, para ejercer un control social y territorial, de acuerdo a las costumbres y forma de ser indígenas. Es un derecho por el hecho de ser nativo del territorio, preexistir y convivir miles de años de acuerdo con su gobierno, como legítimos americanos. La legislación general de la república es la que aplica para todos los colombianos. Los pueblos indígenas están en condición de sujetos colectivos de derechos".[101]

Es de entender que "el derecho propio de los Pueblos Indígenas está íntimamente relacionado con su origen. El conocimiento de él y su relación con su entorno social, ambiental, territorial, económico y cultural, es un legado espiritual ancestral de cómo entender la vida en todas sus manifestaciones."[102] Como se establece en los documentos del Consejo Superior de la Judicatura, la relevancia del reconocimiento e inclusión del derecho propio, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia.

Siguiendo este orden de ideas, la jurisdicción propia, corresponde a un mandato de orden constitucional, además de ser parte de la autonomía judicial de los pueblos indígenas, fundamentado en el pluralismo jurídico existente en Colombia. En el presente indicador se pretendía establecer cuantitativamente los pueblos que actualmente ejercen su propia jurisdicción, sin embargo dicha información no fue encontrada por el grupo de investigación, pues como se visibilizo en el indicador

[100] [Citado en 26 de agosto de 2014] Disponible en internet: < http://cms.onic.org.co/pueblos-indigenas/>
[101] CONSEJO SUPERIÓR DE LA JUDICATURA, Coordinación del sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas. Bogotá 2012, pág. 46
[102] CONSEJO SUPERIÓR DE LA JUDICATURA, Coordinación del sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas. Bogotá 2012, pág. 48

inmediatamente anterior, ya es complejo tener certeza sobre el número de pueblos indígenas en el territorio colombiano, debido a que no existe consenso entre el Estado, organizaciones indígenas y pueblos.

Ahora bien, si el escenario de reconocimiento solamente a los pueblos es complejo, obtener información acerca de los que actualmente ejercen su propia jurisdicción es un reto aún más grande. Por lo anteriormente dicho es preciso indicar que no se cuenta con una cifra, ni siquiera en la forma inexacta como se logró obtener la de los (102) pueblos, en este caso el grupo de investigación no encontró fuentes de información que ayudaran a dar respuesta al interrogante. Si bien es cierto, no fue posible establecer cuantitativamente los pueblos autónomos en su jurisdicción, es menester referirse al respecto; pues ese hecho también constituye un hallazgo, en este caso negativo y contrario a los principios de participación y reconocimiento, otorgados constitucionalmente.

El estado, debe, por medio de la adecuación institucional y atendiendo el pluralismo jurídico, brindar espacios de participación a los pueblos indígenas traducidos en reconocimiento, en este caso, en lo referido a la participación que tiene cada uno de ellos dentro de la JEI, el ejercicio de sus normas y procedimientos de carácter consuetudinario los cuales hacen parte integral del desarrollo de sus comunidades, conforme al plan de vida, pues este último constituye el norte y querer de toda la comunidad de manera transversal.

1.7.2 **Protección y Garantías**

El desarrollo de la JEI en Colombia tiene como base fundamental la Constitución Política de 1991, configurada como una de las cartas más proteccionistas de Latinoamérica, con principios como la pluriculturalidad y la diversidad étnica que se convirtieron en los pilares para el amparo y ejercicio de la misma. A partir de estos elementos se han desarrollado una gran cantidad de leyes y decretos, además de una gran evolución en materia jurisprudencial en procura de obtener las herramientas y garantías necesarias para la consecución y materialización efectiva de estos derechos.

Sin embargo es evidente que la realidad material del país no refleja los avances y protecciones que se han consagrado en las fuentes de derecho utilizadas, y por el contrario en el día a día se presentan vacíos y controversias que dejan en evidencia las falencias y la poca aplicabilidad de lo consagrado en la justicia.

La protección a la que hacen referencia los documentos del Consejo Superior de la Judicatura está dividida en ítems que abarcan el concepto de la JEI, de esta manera consagra las garantías para el ejercicio de este derecho en: la Constitución Política, leyes, decretos, Convenios, tratados e instrumentos Internacionales que conforman el

Bloque de Constitucionalidad, y que son relacionados en el documento Coordinación del sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas Bogotá 2012, [103] tomado como base para desarrollar el marco legal de la investigación.

A lo largo del trabajo realizado por parte del grupo de investigación se ha encontrado una gran cantidad de información, en artículos, monografías, documentos del Consejo Superior de la Judicatura, y organismos internacionales, que no solo contienen la legislación y normatividad aplicable a la JEI, sino que establecen los mecanismos para la protección de la misma. La evolución formal que ha tenido esta Jurisdicción a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, y la expedición de la Carta Política de 1991 ha sido acrecentada, no obstante su aplicación y respeto han sido deficientes.

Es por esto que al momento de realizar una valoración acerca de la aplicabilidad de la normatividad existente a las problemáticas del país, se encuentra una falta de reconocimiento y protección por parte del Sistema Judicial Nacional a lo establecido en la legislación, y se denota en el poco acceso que tienen los Pueblos Indígenas a las garantías consignadas en los documentos oficiales.

Conflictos de competencia en materia penal, como lo son los de determinar quién es el encargado de ejercer jurisdicción en los casos de controversia, han sido ampliamente abarcados por la Corte Constitucional a partir de su creación, y se han sentado varios precedentes por su parte en muchas sentencias. Estas de igual manera han analizado situaciones paralelas para encontrar respuestas en temas como el fuero indígena y los elementos a determinar para su ejercicio, más sin embargo en este momento no existe claridad acerca de cuándo se está ejerciendo el control que está determinado debe realizar el Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el artículo 112 de la ley 270 / 96 estatutaria de justicia, para dirimir conflictos de jurisdicción y se evidencia en la práctica que quien se encarga de esta labor es el juez de control de garantías.

De igual manera como se encuentra consignado en el marco legal de este documento se ha desarrollado una gran cantidad de normatividad en temas como educación y salud que intentan completar un informe acerca de lo que el Gobierno Nacional entiende como cobertura y sostenibilidad, pero que no logran mitigar las problemáticas existentes como "La falta de tierra y territorios, los altos índices de analfabetismo, especialmente femenino, y un perfil epidemiológico donde predominan las enfermedades por causas prevenibles, son aspectos que hacen que la salud de la población indígena esté en condiciones alarmantes."[104]

Esto se encuentra reflejado en la creación de normas que no se desarrollan con base en una política diferencial y de protección a la diversidad, con un pobre acercamiento a las

[103] CONSEJO SUPERIÓR DE LA JUDICATURA, Coordinación del sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas. Bogotá 2012, Pág. 18 - 21
[104] CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDÍGENA CECOIN. Indígenas sin Derechos. Bogotá, 2007. Pág. 239

dificultades de los Pueblos Indígenas entre las que se encuentra la Ley 100 que "incorporó a los pueblos indígenas como pobres y vulnerables, y no como grupos culturalmente diferentes, con otras cosmovisiones, ideologías, formas de pensar y entender la salud-enfermedad."[105]

Es por esto que la realidad del país en materia de JEI se encuentra visiblemente desolada y con muchos interrogantes a resolver, la falta de protección a elementos primarios para el ejercicio de la Jurisdicción como el territorio, hacen que la participación y ejercicio de la Justicia Propia se convierta simplemente en un enunciado sin materializar.

1.7.2.1 Modulo Intercultural

El Modulo Intercultural analizado está referido a la protección y garantías establecidas constitucionalmente y por consiguiente debe corresponder a la adecuación institucional, con el fin de lograr la coordinación efectiva entre las dos jurisdicciones. El objetivo principal es concienciar a los operadores judiciales y a las mismas autoridades indígenas, en razón al respeto mutuo que debe existir con el fin de lograr la coordinación entre jurisdicciones, sustentados en principios claramente definidos constitucionalmente, como son: biodiversidad, pluralismo e interculturalidad.

Resulta importante hacer referencia a los puntos específicos tratados en el presente modulo, por lo cual se abordaran a continuación. En lo concerniente a la protección de la JEI, las autoridades y las personas indígenas, entendidas desde su diversidad y autonomía, al respecto el modulo referido[106] hace mención a la importancia de garantizar que la JEI se pueda ejercer de manera efectiva por parte de las respectivas autoridades, en el entendido de asegurar el derecho al debido proceso y a la autonomía judicial de las mismas y en general a cada uno de los comuneros al adelantar procesos de juzgamiento o de castigo, lo cual permitirá que dicho proceso se adelante conforme a las normas y procedimientos propios de cada comunidad, toda vez que corresponde a un precepto de rango constitucional, el cual, de igual manera asume una serie de deberes y limitantes a su jurisdicción, como lo son, el respeto a la constitución nacional, a las normas de la república, a la integridad de sus comuneros, además de no emitir decisiones que afecten la integridad de la persona, como penas imprescriptibles, destierro y esclavitud.

Siguiendo este orden de ideas, lo expuesto en el módulo intercultural desarrollado por la escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, adscrita al Consejo Superior de la Judicatura y por lo tanto perteneciente a la rama judicial, no es del todo proteccionista ni garantista frente a la JEI, pues aun cuando se evidencie el querer reconocer dicha autonomía y

[105] CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDÍGENA CECOIN. Indígenas sin Derechos. Bogotá, 2007. Pág. 243
[106] Ibíd. pág. 15

fortalecer la misma, no se puede ocultar la indiferencia por parte de la rama judicial frente a la omisión legislativa de la cual también hace parte, pues dentro de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura consignadas en el artículo 79 de la ley 270 de 1996 (Estatutaria de la administración de justicia) se encentra la de "adoptar y proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales"[107].

Siguiendo este orden de ideas, se hace referencia a la ley de coordinación entre la JEI y la JO, la cual hace parte de un mandato de orden constitucional; disposición que no ha sido atendida por parte de los diferentes estamentos competentes. Lo anterior evidencia un hallazgo negativo frente a la protección, reconocimiento y garantías que deben ser otorgadas a la JEI, pues si bien es cierto, se confieren algunas prebendas con el modulo presentado no son del todo completas ni garantistas.

Se hace referencia a que el procedimiento intercultural, puede ser entendido como derecho constitucional aplicado, el cual otorga máxima protección de los derechos fundamentales, tales como proteger la diversidad étnica y cultural e impartir justicia. Sin embargo, el hecho de que exista la función de proponer proyectos de ley relacionados con la administración de justicia y no se haya cumplido, haciendo referencia al que tiene como objetivo la coordinación entre la J.O y la JEI, es una clara omisión del cumplimiento de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, aun cuando la misma carta política permita la aplicación constitucional basada en principios del mismo carácter, en lo referente a la coordinación de estas jurisdicciones.

Otro de los puntos a analizar respecto de la información hallada, se refiere al testimonio de un líder indígena, el cual manifiesta[108] "la facilitación intercultural coadyuva a desarrollar el deber que tienen los funcionarios públicos de la rama judicial y operadores jurídicos con la JEI, esto es, conocer a fondo su cosmovisión y entenderla, de esta manera es posible que los mismos sean promotores de la diversidad cultural".

La apreciación del líder indígena constituye un aporte de gran importancia, pues sus argumentos se encuentran revestidos de principios constitucionales sin los cuales pensar en la coordinación entre jurisdicciones es complejo. Preciso, es debatir la cita en mención, pues la misma corresponde a un "líder indígena", pero acaso ¿no tiene nombre? ¿A qué pueblo pertenece? ¿Hace parte de alguna autoridad? estas preguntas no conceden respuesta favorable, ya que se desconoce quién es el líder al cual se atribuye la cita. El hecho puede ser visto desde dos perspectivas, en primer lugar que la cita no pertenezca a un líder indígena y haya sido incluida como tal, el segundo escenario hace referencia a la participación del mencionado líder y que efectivamente la cita pertenezca al mismo.

[107] COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia
[108] Ibíd., pág. 16

Ninguno de los dos contextos es más alentador que el otro, teniendo en cuenta que el modulo acá analizado corresponde a una iniciativa de adecuación institucional, la cual se debe implementar de la mano con la población objetivo, como principio de política pública, de forma participativa y teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por los actores, los cuales deben ser analizados y evaluados conforme al alcance de los objetivos propuestos, lo que a su vez permite de alguna manera proteger y garantizar a los pueblos indígenas que su autonomía, cultura, cosmovisión y demás aspectos propios de su identidad pervivan y se forjen gracias a su participación real en espacios de incidencia, como ya se mencionó antes de adecuación institucional. Siguiendo este orden de ideas, el no reconocer a un líder indígena al momento de realizar una apreciación como la mencionada en la cita anterior, constituye un hecho en contra vía de la protección y garantías que constitucionalmente han sido encaminadas a proteger derechos de los pueblos indígenas.

Otro punto de vital importancia, frente a la protección y garantías que el Estado debe brindar a la JEI, es el del reconocimiento y respeto de su espiritualidad, la cual tiene una entrañable relación con la forma de impartir justicia por cada una de las autoridades indígenas, puesto que al interior de los pueblos, no solo se habla de castigo para el comunero o los comuneros que hayan infringido los preceptos del plan de vida, la concepción de justicia de las autoridades es tan amplia que incluso se habla de aconsejar, como alternativa al castigo de tipo físico.

Naturalmente "con los procesos judiciales, la estructura, organización, administración de los sistemas jurídicos indígenas y garantías constitucionales para impartir justicia, de acuerdo con los usos y costumbres, normas, procedimientos y con la protección constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y de sus integrantes"[109].

La espiritualidad al interior de los pueblos indígenas es de gran importancia, incluso al momento de ejercer su jurisdicción, toda vez que la misma se vincula directamente al estilo de vida, pues desde su percepción frente al entorno en el cual viven, dicha espiritualidad está ligada a la tierra, "de donde provienen" por tal motivo es tan importante y forma piedra angular de sus normas y procedimientos. El Estado debe garantizar la protección y garantías para el ejercicio de su jurisdicción conforme a principios basados en la espiritualidad propia de cada pueblo, pues al afectar dicha filosofía se corre el riesgo de acabar con la vida misma de los pueblos indígenas, incurriendo en un posible etnocidio.

En cuanto a los conceptos de cultura, cosmovisión e identidad, tal y como se menciona en el módulo, [110]estos deben ser concebidos como plurales, toda vez que las 102 culturas existentes en el territorio Colombiano no son iguales, en cuanto a su cultura, espiritualidad y cosmovisión, es diferente una de otra. Hacer referencia a "los

[109]Ibíd. pág. 47
[110]Ibíd. Pág. 47

indígenas" como unidad, teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado es un concepto equívoco, considerando la cosmovisión diferente de cada uno de los pueblos, su plan de vida, cultura, organización socio política, su base económica y como ya se adujo anteriormente, la espiritualidad propia de cada uno.

Respecto a la administración de justicia al interior de los pueblos sucede lo mismo, puesto que sus normas y procedimientos obedecen a los elementos mencionados, son de carácter consuetudinario y hacen parte integral de la identidad de sus integrantes. Las medidas de protección adelantadas en este caso por el Consejo Superior de la Judicatura, hacia los pueblos indígenas y sus integrantes, es de gran importancia para lograr una coordinación efectiva, pero ante todo garantía de pervivencia.
La protección a las creencias de los pueblos indígenas, dice José Ortega y Gasset[111], en el libro ideas y creencias: en las cosmovisiones se está, mientras que la filosofía se tiene, conforme a lo expresado por el autor español y como se hace referencia en el texto, el derecho no se tiene el derecho se está siguiendo, en este orden de ideas, la protección del Estado hacia las creencias de los pueblos indígenas se traduce en ese reconocimiento a los sistemas jurídicos, a la autonomía y cosmovisión, principios a los que se ha hecho referencia a lo largo del texto en reiteradas ocasiones, debido a la importancia de los mismos frente a la adecuación institucional de cara a la coordinación de las dos jurisdicciones, lo cual permitiría que los mismos, se encuentren en los derechos.

El reconocimiento de las creencias propias de los pueblos, hace parte de las reivindicaciones por parte del Estado, en el sentido de establecer que los mismos son autónomos y poseen toda la autoridad para decidir sobre los conflictos que ocurren al interior de sus territorios, logrando así asimilación del mismo por parte de operadores judiciales y en general del sistema nacional judicial, consiguiendo administrar justicia de manera más cercana, coordinada y por ende más justa. Conclusión la protección de las creencias dentro de un Estado social y democrático de derecho, es la garantía, de que las autoridades indígenas logren estar dentro del derecho, en su ejercicio de administrar justicia conforme a sus normas y procedimientos de carácter consuetudinario, fundamentados en creencias aprehendidas desde el inicio de su cultura y transmitidas de generación en generación, por tanto reconocidas.

Como medida de protección y garantía del Estado hacia la JEI; la competencia judicial, su independencia y reconocimiento, fundamentada en la cultura es uno de los temas de mayor valor e importancia, toda vez que la competencia judicial es "la atribución legitima para conocer y fallar de ciertos órganos jurisdiccionales con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción"[112] por tanto la JEI, revestida de dicha autonomía judicial, como principio, para llevar a cabo el juzgamiento o castigo a sus comuneros, por parte de las autoridades propias, basados en normas y procedimientos de carácter

[111]JOSÉ ORTEGA Y GASSET. Citado por: ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. Ibíd. Pág. 63
[112]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 158

consuetudinario, las cuales además se encuentran estipulados de conformidad con los principios espirituales, los cuales son la base no solo de las normas y procedimiento de juzgamiento, si no en general de su plan de vida, por lo mismo, las autoridades indígenas son competentes para avocar conocimiento frente a cualquier tipo de conflicto que surja, pues como ya se mencionó, sus normas se encuentran fundamentados en principios espirituales, los cuales son de carácter transversal. La correcta interpretación de los principios por parte de las autoridades indígenas reviste de seguridad el derecho al debido proceso, consignado en la carta política, el cual de igual manera rige para las autoridades indígenas.

En relación al conflicto de jurisdicciones que pueden surgir entre la J.O y la JEI, al concurrir estas ante un mismo hecho, del cual puedan avocar inicialmente conocimiento, este, se debe dirimir, como dice el módulo[113] conforme al bloque de constitucionalidad y a la coordinación básica, debido a la omisión legislativa referida a la coordinación entre jurisdicciones, como ya se ha aducido anteriormente por el grupo de investigación. En el módulo[114] se trae a colación dos casos en los cuales se puede determinar la competencia por parte de las jurisdicciones acá analizadas.

En primer lugar, hace referencia a las conductas típicas cometidas por una persona indígena, dentro del territorio del pueblo y sobre un comunero, el segundo caso hace referencia a las conductas típicas cometidas por un indígena, sobre una persona no indígena y fuera del ámbito territorial del pueblo al cual pertenece.

En relación al primer caso, teniendo en cuenta el factor territorial y personal, la competencia para juzgar dichos actos corresponde a la JEI, en cuanto al segundo caso, inicialmente se pensaría que conforme al factor territorial, la competencia para avocar conocimiento, corresponde inexorablemente a la J.O, sin embargo se debe analizar con cuidado, pues el solo hecho de que la conducta delictiva o típica haya sido cometida fuera del pueblo, no se puede atribuir por este hecho directamente la competencia, además de no ser los jueces de conocimiento los encargados de ponderar y decidir cuál de las dos jurisdicciones debe avocar conocimiento, como también se ha manifestado en otras ocasiones por parte del grupo de investigación, lo cual puede ser un hecho vulnerador de derechos fundamentales, como lo es el debido proceso, la diversidad étnica y acceso a la justicia.

1.7.3 Formación

1.7.3.1 Barreras culturales en la formación de funcionarios públicos y operadores jurídicos en JEI.

[113] Ibíd. pág. 158
[114] Ibíd. pág. 157

La formación de los Operadores jurídicos es base fundamental en la cooperación entre las dos jurisdicciones, pero sobre todo en la consecución de la armonización del derecho, como herramienta clave para el ejercicio real y efectivo de la JEI.

Se debe comprender la importancia y reconocimiento que tiene la justicia propia de los pueblos indígenas, y por lo tanto, la necesidad que demanda la protección de esta por parte del estado, como sistema paralelo al judicial nacional. El trabajo intercultural a desarrollar requiere un gran esfuerzo y compromiso por parte de los funcionarios públicos y las autoridades indígenas, el cual tendrá como objetivo alcanzar la cooperación entre sistemas, y a su vez permitir el fortalecimiento de principios de rango constitucional, como son la diversidad étnica y cultural, y la protección para la convivencia.

De esta manera en este capítulo se abarcó por parte del grupo de investigación, los diferentes programas y acuerdos que han sido desarrollados en el país y el nivel de coordinación que se ha realizado por parte de los sistemas de justicia.

1.7.3.2 Pluralismo Jurídico y Nivel de Coordinación

Como desarrollo de este principio se han estudiado el acuerdo no. psaa12-9614 de 2012 desarrollado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y el Módulo Intercultural realizado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en donde se encuentran fundamentos teóricos para cimentar los argumentos.

Acuerdo No. psaa12-9614 de 2012
TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN: OBSERVACIÓN INDIRECTA
FUENTE: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA ADMINISTRATIVA

Estado de Adecuación	# Acuerdo	Criterio De Análisis	Elemento Encontrado	Descripción

Institucional De la JEI en Colombia	PSAA12-9614 DE 2012	Organizacional	Comisión	Por el cual se establecen los medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional Por medio de este acuerdo se dio la creación de la Comisión Nacional de Coordinación de la JEI y el SJN como órgano e instancia permanente de interlocución, planeación, diseño y seguimiento de las políticas públicas de la Rama Judicial en materia de Jurisdicción Especial Indígena. Esta Comisión está integrada por: 4 organizaciones nacionales indígenas (OPIAC, AICO, CIT, ONIC) 5 representantes de cada macro regional 11 entidades públicas relacionadas con el tema de justicia indígena La Comisión se ha reunido en tres ocasiones y ha registrado los siguientes logros: Instalación formal de la Comisión (4 de diciembre de 2012). Creación de una subcomisión técnica que se encarga de preparar los documentos técnicos para la aprobación de la Comisión. Intercambio entre las entidades de los protocolos de atención diferencial e información sobre jurisdicción especial indígena. Diseño y aprobación de un Plan de Acción de Coordinación de la JEI y el Sistema Judicial Nacional en donde se definieron necesidades, actividades e instituciones responsables.
		Misional/Estrategias	Líneas de acción y objetivos	1. Fortalecimiento del derecho propio de los Pueblos Indígenas. Apoyar sistemas de justicia propia a partir de la divulgación del sistema de justicia, empoderar a las comunidades en la aplicación de justicia, reconocimiento y conservación de los usos y costumbres y formación de las comunidades en derecho propio
				2. Acceso a la justicia ordinaria por parte de los pueblos indígenas Garantizar el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la administración de justicia

				3. Medidas de armonización, defensa intercultural y monitoreo de la judicialización de indígenas. Establecimiento de un sistema de defensa pública e intercultural de los indígenas con el fin de garantizar sus derechos. Garantizar que los indígenas cumplan las sanciones impuestas bajo la JEI de acuerdo a su cultura y costumbres propias Identificar la población indígena carcelaria y diseño de políticas públicas para su tratamiento diferencial.
				4. Proceso de formación y capacitación intercultural. Formación y capacitación mutua de los funcionarios públicos y autoridades indígenas sobre la JEI.
				5. Desarrollo normativo y otros instrumentos de coordinación. Impulsar y propiciar desarrollos normativos que garanticen el fortalecimiento y la coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Judicial Nacional.
				6. Conflictos de jurisdicciones y competencias. Identificación y monitoreo de los conflictos de competencia entre autoridades indígenas y autoridades judiciales.
				7. Financiación de la JEI: Garantizar la financiación y respaldo presupuestal a corto, mediano y largo plazo de la Jurisdicción Especial Indígena y las herramientas de coordinación con el Sistema Judicial Nacional.

El objetivo a desarrollar por parte de la Comisión Nacional de Coordinación de la JEI y el SJN, está encaminado al fortalecimiento de las relaciones inter-jurisdiccionales, este se ha de desarrollar por medio de los diferentes acuerdos que se puedan levantar por parte de las organizaciones que conforman el proyecto.

Este plan de acción está fundamentado en una gran cantidad de tratados internacionales suscritos por Colombia, en los que se reconoce la importancia y se consagra la necesidad por parte del país de proteger las diferentes prácticas de los Pueblos

Indígenas, teniendo en cuenta que en la misma legislación está establecido que la JEI, hace parte de la Rama Judicial en Colombia.

Es importante entender que el desarrollo de este acuerdo realizado por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura configura un avance significativo en el progreso de la interrelación jurisdiccional que se pretende adelantar, y que se encuentra consagrada de manera explícita en la Carta Política, pero que no ha sido desarrollada de la mejor manera por falta de programas, que permitan el acercamiento entre las formas de justicia.

1.7.3.3 Módulo Intercultural Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

El presente modulo tiene gran contenido de carácter académico; pues se trata de un documento de auto aprendizaje intercultural, el cual tiene como objetivo lograr la coordinación efectiva entre la JEI y la JO, en el marco del Estado social de derecho, reconociendo la diversidad propia de la nación colombiana. Pretende que tanto los operadores jurídicos como las autoridades indígenas reconozcan la importancia de impartir justicia basada en la interculturalidad y soportada en el respeto hacia cada una de las jurisdicciones y sus autoridades encargadas de impartirla.

Teniendo en cuenta que la tradición de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla es académica, el presente modulo tiene una doble finalidad y se encuentra dirigido en doble vía, de la siguiente manera[115] en primer lugar es de doble finalidad, pues busca dar a conocer los sistemas jurídicos étnicos, mediante nociones que permitan dar cuenta el por qué los pueblos indígenas tienen la facultad de poder auto determinarse en torno a la administración de justicia y de otro lado coadyuvar para que la coordinación entre las dos jurisdicciones sea real y lo más importante, efectiva. En doble vía, en lo referido a sensibilizar tanto a operadores judiciales como a autoridades indígenas.

En cuanto a la formación que deben recibir los funcionarios de la rama judicial y los operadores judiciales, en el módulo analizado[116] se hace referencia a la "*mentalidad"* de algunos jueces acerca de los pueblos indígenas, datos que fueron obtenidos gracias a encuestas realizadas a los mismos. En dichas informaciones se evidenció el rezago colonial aún persistente al interior de la rama judicial, teniendo en cuenta que muchos jueces se niegan a entender que el Estado Colombiano, por precepto constitucional estableció la JEI, la cual hace parte integral del sistema nacional judicial. No obstante, hay operadores judiciales que aun conciben a los indígenas y a sus autoridades como "incapaces de juzgar, poco elegantes en sus argumentaciones, abusivos

[115]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág.14
[116]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág.56

jurisdiccionalmente, y, con maravillosas cosmovisiones inútiles para poder responder al sistema judicial nacional"[117].

Apreciaciones como estas llevan consigo contenido altamente peyorativo hacia la JEI, además de afectar el derecho a la legalidad y en general hacia los integrantes de los pueblos indígenas en su individualidad, ya que al concebirlos de esta forma, se subyuga y recusa su autonomía para dirimir los conflictos al interior de sus territorios, conforme a sus normas y procedimientos, debido a que son incapaces de emitir decisiones afines con el sistema judicial nacional y con la normatividad nacional; apreciación que afecta directamente a las autoridades, además de poner en tela de juicio dicha potestad ante los mismos integrantes de los pueblos, puesto que incluso ellos podrían en algún momento desconocer normas propias de su cosmovisión y ponerse a disposición de la jurisdicción ordinaria, lo cual puede afectar principios constitucionales como el de la independencia judicial.

De acuerdo a la información aportada en este indicador, se puede concluir que el principio del pluralismo jurídico se constituye como uno de los elementos fundamentales sobre los cuales se creó la constitución y su aplicación requiere esencialmente del reconocimiento de los sistemas jurídicos y la participación activa que estos puedan ejercer.

El estado actual en el que se encuentra el sistema jurídico del país refleja la desigualdad existente en este tema, es evidente que la balanza en la cual se ubican los dos sistemas de justicia está fuertemente inclinada hacia al lado del SJN. El desarrollo y la facultad de ejercer jurisdicción para la consecución de objetivos por parte de los pueblos indígenas se encuentra bastante limitada.

El acuerdo propuesto por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para la coordinación e interlocución entre las jurisdicciones es una iniciativa que ha sido necesaria desde que fue realizado el pacto establecido en la constituyente de 1991, sin embargo es innegable la falta de voluntad del Estado para desarrollar el tema.

La creación de este acuerdo se realizó en el año 2012, y a pesar de que se encuentran en el documento las primeras reuniones realizadas y los miembros parte, no se tiene conocimiento de un seguimiento o control de los avances generados o los encuentros generados. De igual manera no se hayan relacionadas las estrategias que se han ejecutado a lo largo del tiempo para la consecución de los objetivos planteados y el desarrollo de la línea de acción propuesta.

[117]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág.56

Por su parte el grupo de investigación considera que el Módulo Intercultural es un documento de información y acercamiento a los Pueblos Indígenas, enfocado a los operadores jurídicos y todo aquel que tenga la oportunidad de leerlo, que procura una sensibilización y conocimiento de los Pueblos Originarios, pero a su vez se ha convertido en un documento abandonado, puesto que los principios enunciados en él, deben ser fuente de políticas y programas que evidencien su funcionamiento, más en la realidad material no se reflejan estos avances, ni el reconocimiento necesario es evidente para lograr materializar los derechos indígenas.

1.7.3.4 Interculturalidad

Para el desarrollo de este indicador se tomaron como base los documentos, Acuerdo no. psaa13-9816 de 2013, el libro Coordinación del sistema judicial nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas de 2012 realizados por el Consejo Superior de la Judicatura y el Módulo Intercultural realizado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Acuerdo no. psaa13-9816 de 2013
TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN: OBSERVACIÓN INDIRECTA
FUENTE: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – SALA ADMINISTRATIVA

Estado de Adecuación Institucional de la JEI en Colombia	# Acuerdo	Criterio De Análisis	Elemento Encontrado	Descripción
	PSAA13-9816 de 2013.	Organizacional	Instalación de Mesas	Hasta la fecha, se han registrado nueve (9) mesas departamentales de coordinación a nivel nacional, que se han instalado formalmente.

		Estrategias	Logros y objetivos	Las mesas departamentales se han constituido en escenarios de conocimiento y reconocimiento de las autoridades indígenas y autoridades del sistema judicial. El proceso de preparación de las mesas generó un ejercicio, por parte de los Consejos Seccionales, de la ubicación e identificación de las organizaciones y autoridades indígenas de la zona. Se ha logrado socializar entre los asistentes, a nivel regional, información respecto a los reclusos indígenas en centros penitenciarios y carcelarios. Estas mesas han permitido la discusión de casos particulares en las regiones, por ejemplo de procesos de conocimiento de los jueces en donde se encuentran involucradas comunidades indígenas. Con el fin de darle sostenibilidad y continuidad al proceso, algunas mesas diseñaron un cronograma de reuniones bimensuales o trimestrales. Se establecieron acuerdos regionales, respecto a la aplicación en el nivel seccional, del Plan de Acción 2013-2014 diseñado por la Comisión Nacional de Coordinación. En algunas mesas, se acordó la asistencia de los relatores de los Tribunales del Distrito Judicial, así como de los Secretarios de la Sala Disciplinaria, con el fin de difundir jurisprudencia sobre el tema Existen compromisos institucionales, regionales con el fin de adelantar la sistematización de esta jurisprudencia.

Mesas departamentales de coordinación interjurisdiccional:

> "Con el fin de generar un espacio de articulación a nivel regional, se crearon las mesas departamentales de coordinación, lideradas por los Consejos Seccionales de la Judicatura que tienen como finalidad articular la ejecución de políticas en materia de Jurisdicción Especial Indígena, en las regiones. Estas mesas fueron creadas mediante Acuerdo PSAA13-9816 de 2013. Hasta la fecha, se han registrado nueve (9) mesas departamentales de coordinación a nivel nacional, que se han instalado formalmente".[118]

[118] CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa, Acuerdo no. psaa13-9816 de 2013, Presentación Acuerdos Interculturales.

DEPARTAMENTO	FECHA CELEBRACIÓN
CHOCÓ	18 DE FEBRERO DE 2013
HUILA	1 DE MARZO DE 2013
QUINDÍO	7 DE MARZO DE 2013
ANTIOQUIA	15 DE ABRIL DE 2013
TOLIMA	18 DE ABRIL
CESAR	08 DE AGOSTO DE 2013
CAQUETÁ	24 DE SEPTIEMBRE
CALDAS	27 DE SEPTIEMBRE DE 2013
YOPAL	7 DE NOVIEMBRE DE 2013

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa, Acuerdo no. psaa13-9816 de 2013, Presentación Acuerdos Interculturales**.**

El impulso de estas mesas departamentales ha sido un objetivo central de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por cuanto permite un acercamiento directo entre los representantes de los Pueblos Indígenas y los operadores jurídicos, para acceder a acuerdos que visibilicen la coordinación y cooperación interjurisdiccional.

La conformación de estos acuerdos requiere de una participación activa por parte de los representantes de las dos formas de justicia, pues se debe entender que como punto de partida para establecer el diálogo intercultural, es necesario conocer a fondo las fortalezas y debilidades que se tienen por parte de estas para afrontar las problemáticas sociales de los pueblos y del país.

A. *Libro Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas de 2012.*

En este documento se encuentra relacionado el plan educativo a desarrollar en conjunto con el Modulo Intercultural de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, sin embargo no se encuentran definidos ni tiempo ni espacio para la realización del mismo.
TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN: OBSERVACIÓN INDIRECTA
FUENTE: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Estado de Adecuación Institucional de la JEI en	**Programa**	**Criterio De Análisis**	**Elemento Encontrado**	**Descripción**

Colombia	**Programa Intercultural sobre Jurisdicciones especiales Indígenas**	**Organizacional**	**Metodología**	Fase 1 Diseño del plan Educativo y elaboración del Módulo de Formación Plan educativo que contenga estructura curricular y elaboración del módulo o módulos dirigidos a las administradoras y administradores de justicia del Sistema Judicial Nacional y de la JEI. Fase2 Conformación de una Red Intercultural de Formadores y Formadoras Judiciales Capacitar a jueces, juezas, magistrados y representantes de pueblos Indígenas quiénes integrarán la red Intercultural de Formadores y Formadoras de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Fase 3 Diseño del Plan de Estudios Diseño de las Actividades académicas que deberán cumplir los participantes Fase 4 Diseño de la Estrategia de la Ejecución del Plan Presentación de una propuesta metodológica de seguimiento y evaluación

	Estudios y Consultas para apoyar la gestión de la JEI	**Organizacional**	**Metodología**	El desarrollo de esta actividad de Capacitación Intercultural, que incorpora autoridades indígenas y funcionarios judiciales, tiene como objetivo que los administradores de justicia del sistema nacional y las autoridades de la JEI conozcan, comprendan y respeten las normas y procedimientos de cada uno. Plan Educativo: Intercambio intercultural de manera concertada, se define el contenido del plan educativo, con su correspondiente estructura curricular dirigido a las administradoras y administradores de justicia del Sistema Judicial Nacional y de la JEI. Red Intercultural de Formadores y Formadoras Judiciales: Capacitación de operadores judiciales y representantes de los pueblos indígenas quiénes integrarán la Red intercultural de Formadores y Formadoras. Plan de Estudios: Diseñar actividades académicas de capacitación que deberán adelantar los operadores judiciales y los formadores y formadoras, a través de estrategias de comunicación y coordinación. Ejecución del Plan: Definir los recursos económicos, de infraestructura, espacios y tiempos. Metodología Intercultural: La metodología debe ser participativa, se deben hacer exposiciones o charlas y realizar trabajos en grupo.

B. Módulo Intercultural Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

La justicia debe estar basada en el respeto intercultural por parte de la JEI y la J.O, lo cual lleva a deliberar sobre el funcionamiento de la administración de justicia, vista esta como un sistema compuesto por unidades complejas, sin embargo para que el mismo funcione adecuadamente no significa que deba ser intervenido o manipulado, en este

caso por la J.O, en el entendido de acomodar o buscar que la JEI, modifique sus normas y procedimientos de tal forma que se asimile al sistema judicial nacional.

El respeto por parte de autoridades y operadores judiciales debe ser reciproco, de igual forma que el principio de autonomía judicial, el cual se fundamenta precisamente en la no interferencia de un juez sobre asuntos propios del conocimiento de otro.

Siguiendo este orden de ideas el respeto es piedra angular para el desarrollo de la justicia con el enfoque intercultural apropiado entre jurisdicciones, a más de no poder verse afectado por procedimientos basados en juicios de valor a cargo de algunos jueces, fundados en prácticas o decisiones de las autoridades indígenas les resultan equívocas y contrarias a los procedimientos con los cuales se encuentran familiarizados, es decir las practicas occidentales; lo cual afecta gravemente el proceso de coordinación, teniendo en cuenta que la formación por parte de la institucionalidad, más específicamente del Consejo Superior de la Judicatura, hacia todos sus funcionarios, entre ellos jueces, es el primer paso para lograr dicha coordinación que conlleva respeto y reconocimiento real hacia la JEI.

Si bien es cierto, se habla de interculturalidad y respeto hacia la misma, no se puede caer en la concepción de que esta debe ser respetada solo por parte de los jueces del sistema nacional judicial, el respeto y reconocimiento se debe dar por parte de autoridades indígenas hacia jueces de igual manera, es decir en doble vía, como ya se ha hecho referencia anteriormente. El modulo intercultural[119] trae a colación dos formas de trazar el camino por el cual se debe llevar a cabo dicha coordinación; interculturalismo mecánico y dinámico, el primero se refiere a las relaciones interculturales entabladas entre las jurisdicciones, basadas en el respeto, el segundo a su vez, entiende la finalidad del interculturalismo mecánico, pero además de ello analiza el impacto que sobre el sistema pueda tener dicha relación, puesto que dichos cambios afectan el sistema integralmente, pero no para desintegrarlo, si no para hacer las adecuaciones pertinentes, cambiando o ajustando lo necesario cada uno en su individualidad y especificidad con el fin coordinarlos de la mejor manera.

Como análisis de la información aportada en este ítem se puede inferir que el concepto de interculturalidad contiene implícitamente una gran importancia en el desarrollo de los propósitos planteados por el SJN, más aún si se busca que esté reflejado en la sociedad de un país que se denomina como Estado Social de Derecho.

Es por esto que si bien hay que resaltar la intención y la voluntad de las entidades encargadas de abarcar el tema de la JEI en Colombia, no se puede entrar en un conformismo por parte de los operadores jurídicos, ni tampoco entender que lo que está planteado en el papel configura la solución a las problemáticas existentes en el país.

[119]ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 146

El estado actual de las relaciones interculturales entre las jurisdicciones es reflejo de un sistema que fundamentalmente tiene dominio sobre el otro y que no resalta las bases del pluralismo jurídico sobre el cual ha sido establecido este país. Es por eso que a pesar de los documentos realizados por parte del Consejo Superior de la Judicatura y de la gran cantidad de fundamentos constitucionales e internacionales para el desarrollo efectivo y digno de la Justicia Propia de los Pueblos Indígenas, se sigue evidenciando una gran falta de aplicabilidad y extrapolación de los documentos a la realidad material.

El establecimiento de un plan educativo e intercultural para promover la formación de los operadores jurídicos y de los representantes de los pueblos indígenas es una gran idea y un buen proyecto que fortalecería las relaciones interjurisdiccionales, sin embargo no hay una línea de desarrollo establecida ni un procedimiento por el cual se evidencie los lugares de aplicación de los programas, las personas a las que está siendo dirigido o el tiempo en el cual fue o va a ser desarrollado.

El módulo intercultural refleja un avance en lo que refiere a la educación y formación de los miembros y representantes de ambas formas de justicia, mostrando una manera más cercana un tema que no ha sido tratado adecuadamente y del cual se tiene un profundo desconocimiento en la sociedad, como lo son las cosmovisiones, la espiritualidad y la ley de origen que representan las manifestaciones de los Pueblos. Pero es necesario que la aplicabilidad y socialización del mismo, tenga una utilidad visible frente a la materialización de derechos, que configuran el verdadero sentido de estos documentos, puesto que hoy es evidente la insensibilidad que se tiene por parte de las autoridades competentes.

Las mesas departamentales constituyen una herramienta de relevancia que permiten la interrelación directa entre los miembros, que faciliten el acercamiento del SJN y de los órganos de control de la JO, con los representantes de la Justicia Propia. De igual manera, la consecución de protocolos que abarquen las problemáticas que se presentan en los departamentos que están siendo parte del proceso es otro de los elementos trascendentales de esta iniciativa, que hasta ahora está en su fase inicial de aplicación y a la cual debe hacerse un seguimiento continuo para que realmente se dé una integración que permita resolver las falencias que se presentan en el día a día de la Jurisdicción Indígena.

Como conclusión general de esta categoría el grupo de investigación entiende que la coordinación intercultural es esencial para lograr el apoyo y fortalecimiento de las jurisdicciones, pudiendo entablar diálogos y lograr concertaciones en procura de obtener un sistema homogéneo desde su individualidad y autonomía propia; además de ser respetuoso de la justicia. El éxito de este proyecto depende en gran medida de la formación de los operadores jurídicos y el grado de aprehensión de los mismos,

concibiendo de esta forma que se debe trabajar en conjunto con un sistema de justicia paralelo, que contiene implícitamente el principio de autonomía judicial.

El proceso de formación y capacitación que se pretende implementar a partir de los planes propuestos debe visibilizarse en los diferentes encuentros y procesos que se lleven a cabo entre ambas jurisdicciones, de esta manera se lograrán acuerdos transversales que aíslen políticas superficiales y asistenciales, y se concreten verdaderos avances que sean perceptibles.

Es fundamental entender que la formulación, implementación y evaluación de los programas, traducidos en políticas públicas que se han realizado y se buscan ejecutar por parte del Consejo Superior de la Judicatura, requieren un trabajo y compromiso continuo de doble vía, es decir por parte de la J.O, como de la JEI. No es posible pues que la coordinación entre las dos jurisdicciones se adelante unilateralmente, deben existir consensos a los cuales se llegue de forma democrática, diferencial y basada en el respeto de la diversidad cultural existente en Colombia, es decir invitando a todos y cada uno de los pueblos indígenas existentes en el país, con el fin de enriquecer el dialogo de saberes que se debe llevar a cabo entre la institucionalidad y los mismos, espacio donde se debe escuchar las partes y así poder construir de manera incluyente el objetivo pretendido.

Adicionalmente deben concurrir al proceso de concertación no solo las jurisdicciones involucradas; deben hacer lo propio la academia, sectores sociales, estudiantes, organizaciones no gubernamentales, la institucionalidad y en general toda la sociedad y ¿por qué la sociedad en general? Porque antes que nada todos son personas y los indígenas no pueden seguir siendo tratados peyorativamente por sus compatriotas, por sus hermanos colombianos, los cuales en muchas ocasiones se adjudican poseer un conocimiento superior a ellos, y con base en el trabajo realizado en el trabajo de monografía, es evidente el rezago colonial que aún es ostensible muchas veces en la administración de justicia, al desconocer la JEI, por ejemplo, cuando un juez de control de garantías avoca conocimiento directamente con el fin de iniciar un proceso en contra de un indígena, sin antes detenerse a analizar su cosmovisión, su cultura, la independencia otorgada por la constitución a su jurisdicción y por ende a sus autoridades, "las autoridades en las poblaciones indias, deben ser indios.

Las masas indias, deben tener corregidor indio, intendente indio, subprefecto indio, juez agrario indio. Indio no tanto por el color del cuero, como por el color de la idea, de la ideología"[120] lo dicho por Fausto Reinaga en su tesis india pretende traer a colación para la presente monografía la forma como se fundamenta la independencia de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que lo antes mencionado se puede traducir en flagrante violación al derecho fundamental al debido proceso, del cual no solo son titulares las personas sujetas a la jurisdicción ordinaria, sino también los pueblos indígenas y sus autoridades, que para ellos se traduce en autonomía, la cual se encuentra compuesta por

[120] REINAGA, Fausto. Tesis India. Bolivia,2006,p. 81

el fuero constitucional, aquel que brindar mayor protección y se encarga precisamente de evitar abusos de jurisdicción por parte de operadores judiciales.

Claramente las prerrogativas antes mencionadas tienen límites definidos igualmente en la constitución política, además de senda jurisprudencia de la corte constitucional donde se refieren al tema y a su protección. Siguiendo este orden de ideas la coordinación que se lleve a cabo entre las dos jurisdicciones debe lograrse en un ambiente de respeto a la diferencia, basada en la diversidad cultural existente en Colombia y a la autonomía que la misma carta política otorga a cada uno, de esta forma dicha coordinación no solo podrá ser palpable, si no real, y esto último referido al funcionamiento y autonomía de la JEI y de la J.O atendiendo al principio de la autonomía judicial y al empoderamiento integral de funcionarios, operadores jurídicos, autoridades indígenas y no menos importante lo propio por parte de la academia, en lo conexo a conformación, cosmovisión, diversidad cultural, biodiversidad, funciones, derechos y limites de cada una de las jurisdicciones.

2. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO, HACÍA LA CONFIGURACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO.

Las corrientes de pensamiento político anteriores a la creación del Estado Social de Derecho, más las reformas constitucionales del siglo XX jugaron un papel determinante en la formación de los actuales Estados latinoamericanos, procurando el solido desarrollo de las estructuras políticas que lo integran. Es precisamente esa pluralidad de manifestaciones de pensamiento las que terminan por enriquecer la estructura organizativa del Estado, y de la misma forma contribuyen en su producción normativa.

La vertiginosa, dinámica y continua construcción de formas alternativas de derecho a través del aporte que han brindado las luchas y manifestaciones de los pueblos indígenas, ha arrojado resultados que aunque no son contundentes y certeros en lo que implica la transformaciones de las instituciones, sí ha concebido resultados que se deben resaltar, como es el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena y más lejos aún, la inclusión del Principio constitucional de la diversidad étnica.

Estas continuas transformaciones son el resultado de una incansable e inagotable lucha social, que no pretende otra cosa que fijar dentro del marco jurídico y político de los Estados, criterios de validez, legitimidad y garantías al respeto de las características propias de los pueblos indígenas que integran la nación.

Sin embargo, antes de sugerir un punto de llegada que apunte a una conclusión del presente capitulo, es importante definir las temáticas que se trataran, y se considera que para ello es importante ubicarse en una línea que permita documentar primeramente un transito constitucional y los valiosos aportes de estudiosos del derecho constitucional y

protagonistas de la JEI, con el objeto de sugerir las herramientas que podrían tenerse en cuenta para la construcción de un nuevo Estado que no sólo reconozca la diversidad étnica y cultural, sino su pluralidad de sistemas jurídicos y de derechos. De otra parte también se desarrollaran los conceptos de neoconstitucionalismo, interculturalidad y pluralismo jurídico en relación a las los pueblos indígenas y la JEI. Se debe precisar que en este acápite no se profundizará en lo que tiene que ver con la creación, tipos de Estados, y antecedentes históricos, ya que ello no constituye el objeto de la investigación, y las referencias que se adelantan sobre estos, nos sirven de apoyo para potenciar y legitimar el derecho al ejercicio de la JEI y la diversidad étnica y cultural de los pueblos.

2.1. ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL TRANSITO DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

2.1.1. Estado de derecho.

Para avanzar en el estudio de este capítulo debemos ubicarnos en el siglo XX, y como indica Vila Casado:

"El Estado de Derecho nace como una fórmula de compromiso que implica aunar diversas garantías formales, proclamadas por una constitución que consagra la división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de garantías materiales, ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos".[121]

Dentro de este Estado de Derecho se destaca la existencia del principio de legalidad, que supedita toda la administración a la ley, y dicha relación conlleva a encontrarse bajo la lógica de un Estado puramente positivista, cuya protección de los derechos y garantías depende de la capacidad y de la captación de las instituciones para contribuir en la producción normativa. Ésta institucionalidad se desarrolló bajo una corriente de pensamiento y un imperante sistema económico liberal, cuyo respeto por la clase burguesa en el marco de una sociedad capitalista, no podría arrojar otro resultado que la monopolización del poder y de las instituciones jurídicas.

Böckenförde refiriéndose al tema, destaca "el reconocimiento de derechos como ciudadanos, protección de libertades personales, religiosa, de conciencia, de prensa, la igualdad jurídica, la garantía de la propiedad adquirida, la independencia de los jueces, el gobierno constitucionalmente responsable, el domino de la ley, la existencia de representación del pueblo en un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad"[122]

[121]VILA CASADO, Iván Fundamentos del derecho Constitucional contemporáneo, LEGIS editores S.A . Bogotá, 2009. p. 387

[122]BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Edit. Trotta, Madrid, 2000, p.19.

La consecuencia de lo anterior, implica una relación estrecha entre la institucionalidad y el positivismo jurídico, introduciendo dentro de la estructura jurídica una practica exegética que a la larga reduce todo a voluntad de la ley.

A partir de un perceptible cambio, la ley dejó de definir los intereses de la clase burguesa como solía hacerlo, la perdida de la fuerza del principio de legalidad se manifiesta en una crisis del Estado de Derecho, así las fuerzas sociales y políticas lograron el acceso a las instituciones, y se vieron beneficiadas por la eliminación de restricciones y favorecidas por políticas de protección laboral, ambientales, e incluso se empezó a hablar de derechos de las minorías. En razón de ello, el grupo investigador reconoce que los cambios en el derecho inciden en la transformación de los Estados, es tan así, que la forma como se encontraba el Estado supeditado a la ley cambio, y las exigencias de diferentes sectores sociales jugaron un papel fundamental en la inclusión de conceptos jurídicos, derechos y garantías que ampliaron la figura normativa del Estado de Derecho lo que llevó a convertirlo en un Estado constitucional.

De esta manera se le otorgó un valor normativo a la constitución, ubicándola en un nivel jerárquico superior, que posee carácter vinculante tanto para el legislador, como para jueces, y particulares. De alguna manera, ello también se presenta como consecuencia del consenso social, que se alimentó y cada vez se alimenta más de la negociación entre diferentes sectores involucrados en la vida política de los Estados.

2.1.2. El Estado Constitucional

Esta noción de Estado Constitucional trae implícitas unas garantías, que en el ejercicio de una interpretación exegética de la ley dentro del Estado de derecho no se hubiera podido concebir, sobre todo cuando en ese momento se entendió la ley como el instrumento a través del cual éste hace legitimar su engranaje político. Porque desde luego, todo tipo de organización política expresada en forma de Estado - Nación, corresponde a una corriente filosófica, ideológica y política concreta que requiere ser lo más cercana a sus nacionales.

Hablamos entonces de que la organización de los Estados, corresponde a una forma de legitimar los intereses políticos de las clases dirigentes y aristocráticas, sin embargo, lo que permite indicar lo descrito en líneas anteriores, es que resulta necesario analizar las fases de las constituciones desde diversas aristas, para comprender, que el Estado Constitucional contempla garantías, que antes, hubiese sido imposible concebir por radicalismos y sesgos políticos y filosóficos.

Con la Constitución como cuerpo normativo jurídicamente vinculante, el principio de legalidad cede su lugar al principio de constitucionalidad, así se busca evitar que las garantías y libertades otorgadas por vía constitucional generen una desorganización normativa donde en vez de inclusión y reconocimiento del pluralismo, se presenten situaciones que contravienen con la esencia integradora y conciliadora de la Constitución. De tal manera que Estado constitucional debe proveer o componer las estructuras normativas necesarias para asegurar una convivencia pacifica, adecuando las instituciones y preparando a servidores del Estado para evitar contradicciones con la constitución, en el ejercicio de sus funciones públicas.

Zagrebelsky sobre el tema, indica lo siguiente:

> La ley, en un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.[123]

Es importante mencionar que en la transición de un Estado a otro, se destacan específicamente dos constituciones, la carta constitucional de Querétano en México en 1917 y la de Weimar en Alemania en 1919. La primera reconoce dentro de su articulado derechos y garantías de tipo social que se convirtieron en el referente normativo y social de la región, para que otros Estados se alimentaran de esta y se introdujeran en una nueva etapa del constitucionalismo en Latinoamérica.

Para concretar de mejor manera la idea sobre el valor de la constitución de Querétano, como referente en el reconocimiento de libertades y derechos que hoy entendemos como constitucionales fundamentales, nos permitimos citar algunos de los artículos de dicha constitución:

> ARTÍCULO 3.- Los órganos del poder público del Estado proveerán las condiciones para el cabal ejercicio de la libertad de individuos y grupos que integran la sociedad y propiciarán la participación de todos los habitantes en la vida política, económica, cultural y social de la entidad.
>
> ARTÍCULO 4.- La educación que impartan los gobiernos estatal y municipales, los organismos descentralizados y los particulares con autorización o reconocimiento de validez de estudios, cualquiera que

[123]ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 1995 . p. 40

> sea su tipo o modalidad, se ajustará a los principios que se establecen en el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las leyes que de ella emanen, y promoverá además, el conocimiento de la geografía y la cultura del Estado; de sus valores arqueológicos, históricos y artísticos; de las tradiciones, lengua y creencias de los grupos étnicos, así como de su papel en la configuración y desarrollo de la historia e identidad de la Nación Mexicana.
>
> El Sistema Educativo Estatal estará orientado a exaltar los valores cívicos y a fomentar el trabajo productivo para una convivencia social armónica.
> Las Universidades e instituciones públicas estatales de educación superior tendrán derecho a recibir del Estado un subsidio suficiente y oportuno para el eficaz cumplimiento de sus fines.
>
> ARTÍCULO 5.- Corresponde al Estado planear, participar, conducir, coordinar y orientar el desarrollo integral de la Entidad para que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una justa distribución del ingreso y la riqueza, se permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de individuos y grupos sociales cuya seguridad y bienestar protege esta Constitución. [124]

Como se observa la Constitución de Querétano es un referente normativo, no sólo para México, sino para toda Latinoamérica, en el sentido que es un ejemplo para los demás países de la región, demostrando que sí es posible dentro de la estructura del Estado y en el debate suscitado por diferentes fuerzas políticas y sociales, incluir figuras y conceptos de tipo jurídico y social, que garanticen una realización del ser y del goce de la diversidad de una manera más digna.

Álvarez[125] al referirse a la Constitución de Weimar, sostiene que esta se presentó como una herramienta para articular una fórmula capaz de cohesionar a un pueblo heterogéneo deseoso de un gran imperio. La Constitución de Weimar se propuso reconstruir los principios fundamentales sobre los que habría de sustentarse el nuevo Estado.

Herrera también adelanta un estudio sobre la constitución de Weimar e indica:

> La constitución de 1919 retoma los postulados del constitucionalismo social, en el marco de compromiso de tres grandes programas políticos, el liberal social, el católico social y el socialista. Encontramos así la constitucionalización de los derechos de ciertos

[124] México. Constitución Política del Estado de Querétaro Arteaga. 22, de septiembre 1917, art. 3,4-5.

[125] ÁLVAREZ, Leonardo. La Constitución de Weimar. ¿una república sin republicanos?[Citado en 7 de agosto de 2014] Disponible en internet: http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/307

> grupos sociales (familia, juventud, niños, madres, funcionarios) y el reconocimiento de derechos a la educación y vivienda. Sobre todo, el texto constitucional recoge en su articulado un conjunto de derechos "económicos" y los derechos de los trabajadores, especialmente en el artículo 165, integrados en el seno de lo que la doctrina jurídica alemana de la época llamara la constitución económica.[126]

No obstante, dentro del Estado constitucional liberal también se presentó una crisis y con estos antecedentes también se fija un punto de partida para ir más lejos y profundizar en la protección y el cubrimiento de necesidades sociales básicas de los diferentes sectores que componen la sociedad y el Estado.

Esa institucionalidad sometida a la fuerza vinculante de la constitución, también sufrió una transición, que permitió que los sectores sociales marginados encontraran puerto para anclar, y bajo el nuevo concepto político y jurídico de Estado Social de Derecho lograran incluir no sólo ciertas garantías como se pretendió en la segunda mitad del siglo XX, si no que aportó al cambio de la percepción de estado asistencial, a uno de tipo intervencionista, donde a partir de la comprensión de muchas necesidades y del deber de actuar para suplirlas, fija herramientas jurídicas y económicas a su servicio.

Al respecto Rivera[127] indica que a partir de la segunda década del siglo XX, el Estado Constitucional de Derecho se configura sobre la base del principio de la supremacía constitucional, de esta manera la constitución se convierte en la fuente del poder político y fundamento del ordenamiento jurídico, y así es como se impone al ejercicio legislativo obligaciones y deberes en cuanto al contenido de las leyes que poseen una relación estrecha con los derechos y las libertades sociales.

A partir de estas situaciones es que se orienta la nueva concepción de Estado social, donde se incluyen principios rectores que permean todo el sistema del Estado Nación, trayendo para sí la integración y materialización de políticas sociales traducidas en principios, que desde el punto de vista jurídico evidencia un viraje de la concepción no solo de los Estados sino del derecho en sí mismo; por un lado manteniendo la constitución como norma de normas y herramienta útil para someter a todas las instituciones al cumplimiento de derechos, políticas, compromisos y garantías sociales; y por otra parte un proceso de cambio constitucional, que permite entender la carta política, como la expresión incluyente de principios y valores fundamentales de un consenso que orbita alrededor de un Estado de tipo social, cuyas manifestaciones en derecho y políticas programáticas, buscan proteger y reducir con el máximo de esfuerzos las necesidades de los sectores que durante décadas se han dado a la lucha por el reconocimiento de su humanidad, de su otredad y su diversidad en relación a sus congéneres.

---

[126]HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y Derechos Sociales. En Revista Derecho del Estado. Diciembre, 2003. vol 15, no. 169. P 75-92.

[127]RIVERA, José Antonio. Temas de Derecho Constitucional. El Neoconstitucionalismo y pluralismo jurídico. Cochabamba: Olimpo Editora de Libros, Mayo 2012. p. 217 - 354

2.1.3. Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho, integra aspectos antes no considerados en la historia de los pueblos ni en lo que fue el de venir de los Estados, todo responde a una continua transformación social que dinamiza el derecho, manteniendo vigente la constante del cambio en esta ciencia social, que va más allá del que hacer jurídico, sino que fundamentalmente se centra en la adecuación del derecho a las cambiantes situaciones que propiciaron dicha transformación.
Aunque no es fácil concebir el derecho desde otros orillos y desde un escenario práctico distinto al habitual, el derecho también legitima la lucha por el reconocimiento de políticas sociales y programáticas, que están incluidas dentro de su carta constitucional en forma de disposiciones y principios rectores, que fundamentan y sobretodo justifican el porqué de la creación del Estado social y optimizan el cumplimiento del contenido y las garantías que fueron incluidas en la Constitución Política de 1991, por hablar del caso colombiano.

A partir de la ligera relación que se ha hecho sobre las transformaciones a nivel de estructuras políticas (Estados) se percibieron varias reformas a los sistemas jurídicos y constitucionales de dichas institucionalidades, marcando siempre un tránsito hacia formas jurídicas más diversas e incluyentes, es tan así, que en la primera parte de este siglo y a partir de la constitución de 1991 y con ayuda del el continuo desarrollo de la teoría constitucional en la academia, podemos decir que los estados latinoamericanos cada vez más se van orientando hacia un nuevo modelo constitucional, que a diferencia de los modelos anteriores, aprovecha las transformaciones sociales y las condiciones pluriculturales y plurinacionales de sus pueblos para incluirlas en el cuerpo normativo de sus constituciones, y adentrarse en un nuevo sistema jurídico constitucional que reconoce características y necesidades de los pueblos que durante siglos fueron excluidas de la vida política y jurídica de las naciones latinoamericanas.

2.1.4. El Estado Social de Derecho en Colombia

En el caso colombiano, es a partir de los años 90's que particularmente, la condición de multiétnico y multicultural de los pueblos empieza a tomar fuerza en la región, y es tan así, que durante el último decenio del siglo XX, se referencian y citan insistentemente las realidades pluridiversas de los pueblos y cuyo reconocimiento en la estructura organizativa del Estado se hace a través de la constitución.

Como era de esperarse, Colombia sólo al finalizar el siglo XX, se dio cuenta de su condición diversa y de la necesidad de reconocer las características de otredad de los demás nacionales. Y en consecuencia, es a través de la Asamblea Nacional Constituyente y la expedición de la Constitución Política de 1991, que el país da un

paso adelante, en lo que significa entender que goza y siempre a gozado de características, contextos y situaciones tan diversas como su misma geografía.

La Corte Constitucional Colombiana, que fue creada en la Constitución de 1991, ha aportado en sus decisiones, importantes avances y criterios doctrinales que permiten puntualizar la condición de Estado Social de Derecho, a través de la enunciación de la normativa constitucional adecuada a realidades tan diversas y disimiles, con el único objetivo de garantizar y proteger en el marco del derecho esas condiciones de otredad.

La Corte Constitucional, en sentencia T – 533 de 1992 se refiere al Estado Social de Derecho la siguiente manera:

> El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales.
>
> El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. Por ello, el ordenamiento jurídico consagra tanto derechos programáticos, que dependen de las posibilidades presupuestales del país, como derechos prestacionales que dan lugar - cuando se cumplen los requisitos para ello - al ejercicio de un derecho público subjetivo en cabeza del individuo y a cargo del Estado.[128]

Retoma Vila Casado sobre esta figura en Colombia, que se trata de:

> un modelo de estado sólido, dinámico, promisorio, que tiene que ser profundizado y fortalecido dentro de la perspectiva de una mayor y más autentica participación democrática. La corrupción, el burocratismo y la ineficiencia son debilidades funcionales que lo afectan seriamente. Su mayor reto es lograr el desarrollo económico y

[128]COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 533 de 1992.

> social dentro del marco de un correlativo compromiso con la realización de una eficaz y eficiente justicia distributiva.[129]

De acuerdo a lo anterior, es conveniente profundizar en un aparte del presente capitulo en un modelo constitucional, que aunque emerge como hijo legitimo del liberalismo, avanza y llega más lejos en términos de reconocimiento y garantías de las minorías y en el caso particular, de los pueblos indígenas, e integra y reconoce las características culturales y étnicas de los pueblos, bajo una estructura institucional y constitucional mucho más de avanzada y progresista en relación al estado constitucional y social de derecho, este nuevo modelo se reconoce bajo el concepto de neoconstitucionalismo.

2.2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Varios tratadistas coinciden que el término de Neoconstitucionalismo surge a partir de la segunda guerra mundial y como consecuencia de la cantidad de horrores cometidos en esa época, y que a propósito, la historia en otras investigaciones se ha encargado de señalar y documentar. Ésta figura significa un proceso de renovación en los sistemas de organización política que pretende limitar el poder político tiránico, violento y antisemita. En ese sentido, resulta lógica la importancia de esta figura jurídica y política que revitalizaa los Estados a partir de una dinamización y evolución de las categorías constitucionales del derecho.

Esta figura somete todo el poder político del Estado, al principio de constitucionalidad y no de legalidad; lo que implica que bajo esta figura se arropa todo el ordenamiento jurídico de la Constitución, de tal manera que la ley será interpretada y aplicada en consonancia con las disposiciones constitucionales, y todos los derechos de avanzada contemplados en la constitución, deberán ser respetados, valorados a través de nuevas herramientas que trae consigo el normado de la constitución, herramientas tales como la ponderación, la proporcionalidad y los principios como mandatos de optimización.

Para analizar la evolución del concepto de neconstitucionalismo se debe tener en cuenta algunos rasgos generales, que Rivera señala de la siguiente manera:

> En el neoconstitucionalismo se produce un tránsito del Estado Soberano a la soberanía de la constitución, de manera que la soberanía estatal se flexibiliza, en cambio el sistema de valores y principios fundamentales adquieren una gran importancia, porque se constituyen en el canon de interpretación del ordenamiento jurídico del Estado.
>
> En el neoconstitucionalismo la Constitución adquiere una alta densidad normativa o alto contenido normativo; debido esencialmente a que en ella se incluye un catálogo de derechos fundamentales, un

[129] VILA CASADO. Op. cit., p. 414.

> sistema de valores supremos y de principios y rectores de la organización política, social y económica del Estado.[130]

Sin embargo, Aldunate resalta que al hablar de este concepto, "no se alude a un fenómeno universal. La evolución constitucional del derecho Anglosajón no se ha visto significativamente afectada ni por el diseño ni por las características de la evolución jurisprudencial y doctrinaria de Europa y Latinoamérica, esto se debe esencialmente a que los elementos que vinculan al neoconstitucionalismo se despliegan de un fenómeno esencialmente europeo y latinoamericano."[131]

En atención a lo anterior, con el fin de profundizar un poco sobre el neoconstitucionalismo y para enriquecer la investigación, es acertado adelantar unas precisiones sobre el desarrollo de esta figura en Latinoamérica.

Latinoamérica, no fue ajena a la transición constitucional que se presento a lo largo del siglo XX y al iniciar el presente, cierto es que su transito de un Estado de derecho a uno constitucional y social, estuvo precedido por la realidad material de los pueblos, cuyo institucionalidad a pesar de irse transformando en lo formal, en lo práctico continuaba bajo la mismas premisas y el mismo ejercicio del Estado legislativo.

Un fenómeno destacable en la región es que después de las décadas de los años 60 y 70, el incremento de las manifestaciones sociales en América Latina, los discursos esperanzadores sobre la reconstrucción de los Estados y la reconstrucción de la identidad de los pueblos y la democracia, garantizó una notable participación ciudadana, ya no sólo para el ejercicio del sufragio sino también para participar en el debate sobre la construcción de un sistema constitucional que garantice la funcionalidad de las instituciones y la participación en ellas.

Las últimas décadas del siglo XX para América Latina, fueron quizás las más importantes en toda la historia del constitucionalismo, la teoría constitucional moderna y sobre todo en las conciencias de los pueblos indígenas, pues las profundas transformaciones que apuntaron, en principio, a una adecuación del Estado a la constitución, también lo llevó a adecuarse a unas de las modificaciones más valiosas que sufrió el cuerpo normativo de sus constituciones, y es que a partir de los procesos constituyentes desarrollados durante estas décadas, se logró que las naciones reconocieran así mismas su identidad cultural, su multiculturalidad y condiciones de plurinacionalidad.

Rivera, se adentra en el estudio del neoconstitucionalismo en Latinoamérica, y asegura que este concepto tiene como rasgos caracterizadores los siguientes:

---

[130] Rivera. Op. cit., p. 221,22.

[131] Aldunate Lizana, Eduardo. Aproximación conceptual y crítica del neoconstitucionalismo. En Revista de Derecho Valdivia. Julio 2010. Vol 23. No. p. 79 – 102.

> Los Estados asumen su condición multicultural, en sustitución de la incorrecta cualidad monocultural que asumieron al constituirse en Repúblicas independientes. Con este cambio, se reconoce que la estructura social del Estado está conformada por personas que provienen de diversas raíces y matrices étnicas y culturales. Algunos Estados, como es el caso de Bolivia y Ecuador, han avanzado aún más en asumir su condición de estado plurinacional, lo que supone la integración de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos al sistema constitucional, con el reconocimiento de su derecho de autogobernarse, de sus territorio propio, de su régimen económico, de su idioma, y de su sistema jurídico.
>
> Como efecto de los procesos de integración regional y la internacionalización de los derechos humano, adicionalmente algunos estados como consecuencia de su cualidad plurinacional, han reconocido que no poseen el monopolio en la producción del derecho y han asumido como base de organización de sus estructura jurídica el pluralismo jurídico. Esto supone de un lado la integración de normas del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno con fuerza normativa y aplicación directa; y de otro, el reconocimiento del sistema jurídico de las naciones indígena originario campesinos, un sistema jurídico constituido por normas del derecho consuetudinario y la jurisdicción indígena o justicia comunitaria, como es el caso del estado boliviano.
>
> Los Estados latinoamericanos han profundizado en el proceso de positivización y judicialización de los derechos humanos; de un lado, ampliando los catálogos de los derechos fundamentales con la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos colectivos o de los pueblos, especialmente de las minorías étnicas y culturales; y de otro, creando garantías jurisdiccionales para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionalizados en los casos de restricción o supresión ilegal o indebida.[132]

De las inclusiones más relevantes del neoconstitucionalismo, es la garantía y respeto por la diversidad de sus pueblos, como en el caso colombiano, que dicha inclusión se traduce, en el principio constitucional a diversidad étnica y cultural, integrado en el cuerpo normativo de la constitución política de 1991, por tal razón destinaremos otro aparte de este capítulo para desarrollar tal principio y algunos conceptos que giran alrededor de este.

[132] Rivera. Op. cit., p. 225,226.

2.3. DEL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL.

Cuando se incorpora este principio constitucional se avanza no sólo a nivel nacional, sino también a nivel regional y mundial en términos de constituciones para redefinir cuáles principios son validos y transforman la rígida estructura de la pirámide de Kelsen, señalando que no solo puede estar compuesto el ordenamiento por la ley, sino por otros conceptos y realidades jurídicas que se alimentan directamente de las cotidianidades sociales.

Los cambios a nivel de Estado durante los años 1988 a 1991 dieron origen a un debate político porque el modelo constitucional que aseguraba la figura política del Estado no garantizaba el respeto a las diferencias entre congéneres, luego, la constitución de 1991 reivindica la lucha de diferentes sectores de la sociedad por el reconocimiento tal diversidad. Por primera vez, dio lugar a poblaciones indígenas y al darle lugar a esta población, se entiende que el Estado lo configuramos todos los pertenecientes e hijos del territorio nacional.

En la escala evolutiva del derecho o en el propio desarrollo de las dinámicas del derecho se respira, se piensa y se conceptualiza de otras formas, así es como la diversidad se constituye como un elemento identitario de un Estado Nación.

> Colombia, en su diversidad étnica, territorial, social y cultural, es producto de su gente y de su historia. Su mira es incrementar el patrimonio espiritual, cultural y material común y constituir un Estado Democrático de derechos. Para lograrlo y garantizar la vida, la unidad nacional y la convivencia en solidaridad, libertad y justicia, La Nación, en ejercicio de plena soberanía adopta la siguiente constitución política.[133]

Lo anterior es el preámbulo que hace parte de la propuesta de reforma constitucional indígena presentada a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 por Lorenzo Muelas Hurtado cuyo objeto era que fuera incluido en el texto definitivo de la Carta política y que de la lectura atenta permite comprender cual es, ha sido y será la pretensión y proyección de los pueblos indígenas, reconociéndose así mismos también como colombianos, pero elevando la importancia de su tradición cultural y espiritual al rango constitucional, sobre un escenario de igualdad y unidad con los demás integrantes del pueblo colombiano.

La lucha que hay detrás de la inclusión del principio constitucional a la diversidad étnica y cultural, costó esfuerzos inimaginables por parte de los pueblos indígenas, y tolerar imposiciones de tipo político, social y moral durante decenios. Para explicar

[133] Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional Número 24. Bogotá DC. El Abedul. 1991. p. 256

mejor esto, se pueden destacar algunas formas de maltrato a los pueblos indígenas, a través de la colonialidad impuesta por la colonización europea en las Américas y que fueron incluso adoptadas por mestizos del mismo territorio americano, Walsh[134] sugiere cuatro ejes para tener en cuenta y que permiten entender un poco el costo a pagar por parte de los pueblos. El primero hace referencia a la raza y cómo ésta se convierte en un criterio para explotar, dominar y controlar a quienes se encuentran en la parte más baja de una estructura jerarquizada de poder donde los blancos y los mestizos se ubican en sus partes más altas, segregando, y desde luego, descalificando las luchas que sugieren políticas más equitativas de los pueblos indígenas, quienes se ubican en la parte inferior de dicha estructura. Un segundo criterio tiene que ver con el saber y se refiere a la imposición del los conocimientos de corte eurocentristas, que de plano descartan otras lógicas y fuentes epistémicas, y esto se camufla bajo la justificación del afán civilizador para enfrentar mejor un contexto global. El tercer punto, se relaciona con un trato de inferiorización, haciendo ver a los pueblos indígenas como "no civilizados y bárbaros", incluso dándoles un trato de no existencia. Y el cuarto, se refiere a la negación del vínculo que existe entre la naturaleza y los hijos de ésta (indígenas), que significa desconocer a sus ancestros, sus raíces, su historia y su territorio, con intenciones de imponer relaciones de poder, en las que se desconoce toda aquella expresión que apunte a no ser civilizado y occidentalizado.

Al principio se advirtió, que se referenciaría no sólo a estudiosos del derecho, sino también a los protagonistas de la JEI, quienes con mayor claridad, y el sin sabor que produce recordar apartes no gratos de la historia de la resistencia de sus pueblos, pueden describir desde su experiencia lo antes mencionado, tal como lo hizo el Taita Lorenzo Muelas en la exposición de motivos de la propuesta indígena de reforma constitucional presentada a la Asamblea Nacional Constituyente, quien expone lo siguiente:

> El primer hecho que se observa al examinar la constitución nacional de 1886 y sus posteriores reformas, es cómo los constituyentes siempre tuvieron especial cuidado en mantener en total anonimato la diversidad nacional, étnica y cultural de Colombia, pese a que ésta salta a la vista de todos. Las razones históricas de este proceder bien pueden arroparse con la excusa del extranjerismo y racismo característico de las clases dominantes. Pero lo que no puede negarse son las consecuencias del desconocimiento del indio en el texto de la primera Ley de la república, estas son:
>
> - Implantó la discriminación política en contra nuestra, al ignorar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en el marco de la legislación colombiana.
> - Fundamentó el desconocmiento de todos nuestros derechos en el seno de la población colombiana, desde el momento en que estableció como características de la nacionalidad un idioma (el castellano) y una religión (la católica) que nos son extranjeras.
> - Sirvió de justificación a la ideología dominadora y colonialista en contra de nuestra gente, señalando entonces con los calificativos de

[134]WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político – epistémicos en marcha. En: Tabula Rasa. julio-diciembre 2008. No.9. p 131-152.

> salvajes e infieles para segregarla a una vida social común, cuando no sometida a toda clase de vejámenes, explotaciones y masacres.
> - En fin fue la herramienta para romper el progresivo desarrollo demográfico, social, económico, técnico, cultural y político que autónomamente veníamos operando, y mantenernos, en cambio, marginados de la evolución humana durante siglos.[135]

Lo precitado, permite inferir que su lucha y resistencia social asumió todo tipo de vejámenes físicos y morales, perturbando el desarrollo de sus pueblos, sus modos de organización y la idea de autodeterminarse. Todo ello con la complicidad de una sociedad formada y estructurada en los parámetros eurocéntricos, que no estuvo y no ha querido prepararse, para estar en la capacidad de comprender que aunque el otro es diferente, es el primero que puede discernir y percibir que existe una diversidad de saberes y formas de vida alternativas a la impuesta por la cultura occidental de la mayoría de los nacionales, y que de alguna manera pueden aportar y quieren proporcionar herramientas de tipo jurídico, social y cultural al conglomerado nacional del que hacemos parte. No se ha reflexionado acerca de que física y mentalmente se tiene la misma capacidad y que en la escala evolutiva se está al mismo nivel, que si bien el tipo de desigualdad y la diferencia es material, y no como se ha querido mostrar, que la desigualdad y la inferioridad es mental, si no, cómo se explica que en la actualidad, en una de nuestras instituciones supremas de justicia haya una magistrada indígena. Lo que permite asegurar que hay vigente un rezago colonial y persiste el maltrato a los pueblos indígenas.

De ahí esa solicitud del preámbulo, para que se entienda como la exigencia de un reconocimiento real y no formal, porque son derechos que les corresponden como pueblos y como humanos, en el marco político y jurídico de la tolerancia y respeto por las diferencias.

A este respecto, en el proyecto de acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia Nº 83, de la gaceta constitucional Nº24 se expone lo siguiente:

> A la gran mayoría de las gentes les resulta difícil entender por qué los indígenas no convenimos con la idea de que "todos somos iguales" y que tendríamos idénticos derechos. Esto ocurre porque han sido convencidos por esa prédica, al punto de no poder ver a su alrededor las evidentes diferencias étnicas, de pensamiento, de nacionalidad, de culturas, de lenguas, de costumbres, que caracterizan a los habitantes de este país: y no sólo a nosotros los indígenas, sino a muchos de los mestizos y blancos. Sin embargo nuestras diferencias son clarísimas:
>
> Pensamos distinto, porque nuestra forma de situarnos al mundo y a los demás no se compagina con la idea blanca . En primer lugar porque

[135] Ibíd., p.59.

> para nosotros "el mundo está hecho para todos" , no para ser objeto de una apropiación y explotación individuales, sino también por vivir la existencia en función de la comunidad y no de aspiraciones meramente privadas.
>
> Hablamos distinto, como cualquiera puede verificarlo recorriendo el país, identificando las decenas de idiomas indios que hablamos en Colombia.
>
> Sentimos distinto, frente al aire, frente a la naturaleza, frente al agua, frente al dinero, frente a la autoridad, frente al mundo y frente a los demás, dando a nuestras vidas una ubicación y una dimensión diferentes.[136]

El grupo investigador, entiende como indispensable transmitir la elocuente expresión de los pueblos indígenas, aportando la reproducción de sus manifestaciones, para que no se queden solamente en la coyuntura histórica del país, si no que su narración y transmisión del saber y de las experiencias colectivas no sigan feneciendo en el tiempo.

El reconocimiento del principio a la diversidad étnica y cultural en Colombia debió constituir el referente para que en el resto de países de la región se diera un paso adelante, en las garantías de los pueblos indígenas y en su integración a las decisiones que tienen que ver con la vida nacional de cada uno de sus países.

La inclusión del principio de la diversidad étnica y cultural es el resultado de la comprensión por parte del estado, de que existen formas diversas de vida y de organización dentro del mismo espacio geográfico que habitamos y que merecen un máximo de respeto y de igualdad en términos participativos e incluyentes, en políticas sociales y programáticas que caracterizan la figura del Estado Social de Derecho. Lo que nos lleva a pensar y cavilar si en últimas es a la administración estatal a la que le corresponde comprometerse en generar las escenarios de conciliación, respeto e integración, entre indígenas, afros, y mestizos que integran el total de la población colombiana.

Bastante se ha referido al respecto de la inclusión del principio, pero hay que detenernos para descubrir algunas precisiones que le dejaran mayor claridad al lector sobre el contenido material de este principio, y las implicaciones que su reconocimiento acarrea.

[136] Ibíd., p.60.

La UNESCO[137], se refiere a la diversidad cultural, como un eje trasversal del desarrollo de la vida intelectual, afectiva, moral y espiritual de los pueblos. La diversidad es un componente indispensable para reducir la pobreza y alcanzar la meta de un desarrollo sostenible.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T – 605 de 1992 explica la diversidad cultural de la siguiente manera:

> La diversidad cultural hace relación a formas normas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política. Los grupos humanos que por sus características culturales no encuadran dentro del orden económico, político y social establecido para la mayoría tienen derecho al reconocimiento de sus diferencias con fundamento en los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías.[138]

A partir de la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano se reivindicó con los pueblos indígenas incluyendo en los principios fundamentales de la carta política la diversidad étnica y cultural, como ya se ha mencionando, tal principio, como lo expresa la máxima interprete de la constitución, integra elementos inherentes al ser, que van desde lo religioso y lingüístico hasta el tipo de organización política. La mejor forma de incluir dentro de la normativa constitucional el principio ya indicado fue de la siguiente manera:

"ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana."[139]

A pesar de lo anterior, para Colombia no ha sido fácil adecuar sus instituciones de tal manera que en un escenario de igualdad y bajo la una perspectiva de tipo horizontal, se genere un espacio para el dialogo y la construcción de políticas que permitan incluir de manera concreta y efectiva a los pueblos indígenas y así dar preponderancia y la importancia que merece los derechos que han sido otorgados a los pueblos indígenas, cuyo sustento es el reconocimiento y el respeto por las diferencias del otro . A la actualidad este artículo se ha mantenido incólume, pero abriendo otra puerta de debate y retornando un poco al discurso del constituyente en el sentido de que nada sirve mencionarlo, si no se da cumplimiento de manera real y efectiva a este principio constitucional.

---

[137]Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. Diversidad cultural. Actualizado en octubre de 2013. [citado en 9 de agosto de 2014] disponible en internet: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=34321&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

[138]COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 605 de 1992

[139]CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Minorías raciales y culturales. Art. 7. Bogotá DC:. Leyer. 2009. p.536

El grupo de estudio, sugiere que es interesante y fructífero para el crecimiento y la verdadera consolidación de un Estado social democrático de derecho, que se garantice la libertad de ser y hacer de los pueblos indígenas, y para ello debe entender lo que son los pueblos indígenas, y reasumir la tarea de procurar el cuidado, la atención y el respeto de sus necesidades, su ubicación geográfica y cosmovisión diferente, porque si algo han reclamado los pueblos y no ha podido conciliar la figura de Estado Nación, es que siempre han sido sometidos a aceptar derechos que les ofrecen, y ser lo que no quieren ser.

La relación y el vínculo que tienen con la tierra los pueblos indígenas en razón a su diversidad, identidad y cosmovisión, nos previene sobre un concepto que también está ligado a las formas de organización política y social de sus pueblos y que necesariamente debe ser conceptualizado, así es cómo se deviene en el desarrollo del derecho mayor.

Mientras siga siendo complicado entender que somos una nación multiétnica y multicultural, más difícil será plantear espacios de concertación para el reconocimiento de la diversidad.

2.4. DEL DERECHO MAYOR.

El desarrollo de la adecuación institucional que ha tenido el estado colombiano para garantizar el ejercicio de la JEI como derecho fundamental de los pueblos indígenas, a la luz de la orientación del principio jurídico constitucional que se basa en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultual, refiere un marco intercultural que orienta todo hacia el pluralismo jurídico.

En este marco de pluralismo jurídico, se requiere entender qué es el Derecho Mayor de los pueblos indígenas o por lo menos acercarse a cómo lo ven ellos. En principio podría entenderse por derecho mayor, el cuerpo de derechos que acompaña a las comunidades y pueblos originarios cuya importancia reside en el hecho de haber nacido de las comunidades y de la tierra, ésta entendida como esa madre que no se puede degradar, porque la existencia de esa tierra garantiza la existencia de los pueblos. Además es un derecho que no fractura el pensamiento ni la realidad, es un derecho que guía la conducta individual y colectiva, obligando a mantenerse en su pensamiento, en sus lenguas, en su organización social, en sus formas de educación y realización económica y social.

Según los ponentes de la Asamblea Nacional Constituyente y como se evidencia en la gaceta constitucional[140] , es un derecho preexistente porque es anterior a los derechos políticos consagrados en la ley colombiana, y por tal razón merece en palabras de los

[140] Asamblea Nacional Constituyente, Op.cit., p.61-63

indígenas mayor respeto y consideración. El derecho mayor debe estar caracterizado por aspectos específicos dialécticamente relacionados con las insuficiencias de los pueblos indígenas como educación propia, uso de lenguas, justicia indígena y representación en corporaciones públicas. Este derecho pretende redefinir las relaciones de intervención en el territorio porque son las que afectan directamente la autonomía de las regiones indígenas, permitiendo así estructurar territorialidades y formas de gobierno concertadas entre los pueblos indígenas y los representantes del Estado.

El derecho mayor obedece a una razón y memoria colectiva de los pueblos, y bajo esa lógica es entendible que se provean de un derecho y una justicia de tipo comunitaria, como indicó Francisco Rojas:

> Hay consejos de ancianos que estudian el caso, posteriormente lo someten a una asamblea general que es con participación de niños, ancianos, de jóvenes, de señoras, etc. Para que participen cómo infringió o cómo cometió o cómo se convirtió en un infractor, o cómo se convirtió en un elemento extraño de la comunidad. Todo un proceso de investigación se hace conjuntamente con todo el pueblo y es el pueblo el que tiene que imponer la sanción y hay unos sistemas en algunas regiones existen trabajos comunitarios, poner por ejemplo a limpiar la cosecha de un cacique, vamos todos para allá, pero él es el castigado, el que tiene que cargar la chicha, el que tiene que cocinar, o arreglar los alimentos de 20, 50 hombres, o él es el que tiene que cortar la leña, o él es el que tiene que arreglar el camino etc. Mañana, lo utiliza otro cacique u otro anciano o lo que nosotros llamamos el trabajo cambiado, mano cambiado, el trabajo comunitario lo dirige el condenado, el sancionado.[141]

Sin duda alguna para profundizar más en lo que corresponde al derecho mayor, es necesario consultar fuentes, que permitan conocer el pensamiento y entender la lógica de los integrantes de los pueblos indígenas y de qué se constituye su derecho, para ello resulta indispensable entender su lógica y comprender que la tierra juega un papel fundamental dentro de su estructura de derecho, por no decir que es la columna vertebral del derecho de los pueblos indígenas.

El Taita Lorenzo Muelas en entrevista para *ConservanDOS*[142], ha manifestado que para el indígena la vida está en la raíz de la tierra, y esta no se puede ver como un pedazo de llano que nos produce comida, sino que es un elemento más amplio de los pueblos, porque ahí esta todo, los dioses, sus espíritus, la hoja de coca que alimenta a sus sabios tengan contacto con los dioses y espíritus, la tierra no puede asumirse de forma diferente que como la esencia de la vida.

[141] Colombia, Asamblea Nacional Constituyente . Op. cit., p1

[142] Centro Virtual Isaacs, Escuela de literatura. Facultad de Humanidades. Universidad del Valle. Lorenzo Muelas en ConversDOS. [video entrevista] Colombia: 2013. 25:03 minutos.

El territorio de los pueblos, invita a rescatar sus tradiciones, su memoria, comprender que los pueblos se sienten adheridos a sus montañas y a sus ríos, porque es allí donde permanece su historia y su derecho, entonces no se trata únicamente de un espacio de producción económica y cultural desde la perspectiva occidental, sino de producción jurídica ancestral, que legitima y en su cosmovisión legaliza sus métodos para administrar justicia y que tiene cohesión con la tradición de sus pueblos.
Como se pudo ver en el foro nacional de comunicación indígena[143] la identidad y los valores de los pueblos indígenas, conforman el conjunto de derechos que reclaman y protegen dentro de su jurisdicción, las normas de los pueblos son antiguas y no estaban desarrolladas o descritas en papel como en la actualidad, pero sí en rocas y memorias que hoy se recuerdan y se aplican de manera oral.
Las comunidades mencionan también la naturalidad como una ley, asemejándola a la constitución, pero sin necesidad de cuerpo normativo, así estás normas de derecho que se derivan de la necesidad de regularse dentro de su entorno natural, han permitido que ellos filosofen y ejerzan su autoridad de acuerdo a las condiciones de existencia que poseen, por eso consideran que regular conforme a, su interpretación de la vida y el mundo, se hace a partir de una ley natural que hace parte del derecho mayor.

Este derecho se construye a partir del conocimiento y conciencia colectiva sobre el legado de sus antepasados, quienes fueron los primeros en dinamizar esos derechos, por eso es que la ley natural y la ley de origen marcaron el camino para que hoy los pueblos se reivindiquen, conceptualicen y fortalezcan su derecho mayor. El Taita Lorenzo[144] para ello propone analizar el alcance de sus derechos a partir de la constitución de 1991, sin embargo, refiere y de paso polemiza alrededor del segundo derecho, que debe entenderse como el derecho emanado por el hombre extraño, el hombre de occidente, afirmando que si bien éste sí derecho no se puede comparar con el derecho antiquísimo y vernáculo de los pueblos indígenas y no puede igualarlo o competir con él, y además considera que genera curiosidad que el hombre occidental crea que las normas de ellos son superiores. Y es allí donde está el punto de discusión entre las diferentes estructuras de derecho, para occidente su derecho es más evolucionado mientras que para los pueblos indígenas, su derecho merece ser reconocido como igualmente dinamizado y desarrollado.

De manera que el derecho mayor, es una característica de los pueblos indígenas intrínseca a cada uno de ellos, está tan igualmente adherida al ser humano como a la tierra, que posee un relación estrecha en la forma de concebir el mundo y de lo que ello implica para el ser, para el indígena, para su espiritualidad. El derecho mayor también pretende que se reconozca la multidiversidad colombiana y al ser humano en su individualidad. Pretende la creación de una democracia autentica, capaz de establecer la convivencia y construir la solidaridad entre las diferentes regiones que conforman la nación. Se trata de un continuo equilibrio que garantice una armonía entre el hombre indígena, el hombre no indígena, la naturaleza y el entorno que frecuentan.

[143] Crónicas de un despojo. Foro Nacional de Comunicación Indígena. Las Leyes de origen y Derecho Mayor. Taita Lorenzo Muelas. [video] Popayán, Colombia: 2012. 25:07 minutos.
[144] Ibíd.

2.5. SOBRE LA INTERCULTURALIDAD

La interculturalidad, se interesa por generar un dialogo entre múltiples culturas, y la constitución colombiana, igualmente propugna por una interlocución entre estas diferentes culturas y nacionalidades que integran el territorio, la concertación y el dialogo sobre las diferencias de estas y la búsqueda por su aceptación, adaptación y definición de niveles de participación dentro de la institucionalidad y la administración constituyen lo que se debe entender por interculturalidad.

Sin embargo antes de continuar es importante hacer unas precisiones sobre unos términos que integran el concepto de interculturalidad y son la pluriculturalidad y la multiculturalidad, así y como indica Walsh:

> lo pluricultural y lo multicultural son términos descriptivos que sirven para caracterizar la situación diversa e indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar, planteando así su reconocimiento, tolerancia y respeto. **El multi** tiene sus raíces en países occidentales, en un relativismo cultural que obvia la dimensión racional y oculta la permanencia de desigualdades e inequidades sociales. Actualmente es de mayor uso global, y orienta políticas estatales y transnacionales de inclusión dentro de un modelo de corte neoliberal que busca la inclusión en el mercado. **Lo pluri** es un término de mayor uso en américa del sur; refleja la particularidad y realidad de la región donde pueblos indígenas y negros han convivido por siglos con blanco – mestizos y donde el mestizaje y mezcla racial un papel significante. Mientras que **lo multi** apunta a una colección de culturas singulares, si relación entre ellas, y en el marco de una cultura dominante, **lo pluri** típicamente indica una convivencia de culturas en el mismo espacio territorial, aunque sin la profunda interrelación equitativa.[145]

Cuando se habla de lo "pluri" se debe entender que es con el objeto de defender el pluralismo jurídico. A partir de un análisis crítico en donde se marque una diferencia entre lo multicultural y lo intercultural, para que a la hora de hablar de pluralismos jurídicos identifiquemos la clave de la interculturalidad, siendo ésta el fundamento del pluralismo jurídico, y se debe puntualizar que la viabilidad del pluralismo jurídico solo es dable cuando hay hechos de interculturalidad.
En relación Walsh[146] puntualiza que la interculturalidad es una apuesta política, un proyecto y un proceso social, y epistémico, encaminado a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida, nuevas y distintas. Que incluyen no sólo la economía, también su cosmovisión, incluyendo los conocimientos y saberes, la memoria ancestral, la relación con la naturaleza y la espiritualidad.

[145] Walsh. Op. cit., p 103.
[146] Ibíd., p.103.

La interculturalidad a diferencia del multiculturalismo afirma que si se reconociera el principio de diversidad, se debe hacer un reconocimiento de esos otros seres y empezar un dialogo entre pares, y cuando se hace ese reconocimiento político, sirve para que entre los dos se busquen formas para construir el derecho y para además construir el Estado, facilitando que hayan modos participativos en los cuales los dos construyen sociedad. Mientras que el multiculturalismo se basa en una posición dominante de inclusión, desde donde se puede hablar de círculos de poder, económicos, empresariales e incluso dogmáticos, que dan un lugar a esos pueblos a esas diversidades, pero asumen esa representación, los siguen manteniendo en una minoría de edad kantiana asumiendo esa representación y esas voces. En la interculturalidad cada uno tiene su voz y empieza el dialogo y circulo de saberes que construyen y a partir de ese reconocimiento de saberes diverso es que empezamos a construir nuevas fuentes de derecho.

Con el transito al neoconstitucionalismo, se entiende una integración de diferentes principios, como la diversidad étnica y cultural, ya mencionados. Pero esto requiere ahondar en la interculturalidad, ya que a partir de esto, se invita a un debate trascendental en el desarrollo y consolidación de la JEI. A partir del neoconstitucionalismo, países como Bolivia y Ecuador entendieron que reconocer la diversidad implica más que un inclusión de derechos o mención de la existencia de los pueblos indígenas, en los cuerpos normativos constitucionales, sino que se necesita de la reconfiguración de estos, para poder entablar escenarios de participación y concertación con las instituciones estatales, órganos de poder y demás nacionales.

El horizonte es entonces conceptualizar la interculturalidad como el hecho político, la clave epistémica y perspectiva teórica que alimenta y argumenta la existencia de los pluralismos jurídicos o del pluralismo jurídico, a nivel de desarrollo de formas de Estado y de sistemas jurídicos dentro de las constituciones.

Sin embargo, el interculturalismo en sí mismo representa un problema para los pueblos indígenas, ya que facilita el argumento de la tesis actual de los Estados, concerniente en mantener una política inclusionista, pero ésta teoría bajo la cual se reconoce la interculturalidad de los Estados, no desarrolla el concepto, sino que simplemente lo enuncia y lo ondea a modo de bandera de inserción de los pueblos a la política del Estado, pero ello no significa que lo haga en términos de igualdad, lo que pretende es recocer la existencia de estos pueblos, pero los sigue sometiendo a bajo una relación de poder, y a una subordinación a la cultura y lengua dominante cuyo plan a largo plazo es continuar con la homogenización del Estado, y desde luego someterlos a formas de vida occidentales y capitalistas, propias del sistema neoliberal, y allí es importante rescatar lo que mencionan autores como Viaña[147] que a partir de una perspectiva crítica y emancipadora, asegura que lo que es fundamental y que se está comprendiendo por parte de países de América Latina es que se requiere luchar por la construcción de un nuevo tipo de Estado, donde se lleve a cabo una profunda transformación en los modelos económicos y en las forma de concebir y desarrollar las relaciones sociales.

[147] VIAÑA, Jorge. La Interculturalidad como Herramienta de Emancipación. Editorial Campo Iris. La paz, Bolivia. 2009. p. 21.

En ese sentido Colombia se encuentra en una diatriba fuerte, a la luz de 23 años de constitución, el marco jurídico no le ha servido sino para orientar una especie de reconocimiento basado en el multiculturalismo, es decir, que la constitución colombiana desde sus anales es de corte inclusionista. Y aunque el modelo económico actual ha fortalecido esa perspectiva, los desafíos sociales son tan grandes que también invitan a una nueva fase de resignificación del principio constitucional a la diversidad étnica y cultural.

Aunque en ese proceso de obtención de herramientas que resignifiquen el dicho principio constitucional, se debe entender que hay otros Estados hermanos que tienen una tradición jurídica un poco más o menos desarrollada, pero que sin embargo poseen unos avances que a la luz de las situaciones de otros pueblos de la región también pueden ser útiles para dicha resignificación.

Colombia ha dado un paso adelante en los procesos de construcción del derecho y de los Estados a partir de otras fuentes, se destaca siempre la existencia de la pluridiversidad, y eso permite decir, que se necesita de unas herramientas que permitan concretar en la práctica esa pluridiversidad a partir de unos principios, y ahí es donde empieza la teoría de interculturalidad.

Pero si se analiza con detenimiento el tema, la interculturalidad va más allá de la búsqueda del reconocimiento o de inclusión, porque apela a cambios profundos en todas las esferas de la sociedad y forma parte de una política cultural dirigida a la construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de Estado y una profundización de la democracia.

La interculturalidad, desde una perspectiva crítica, debe interpretarse desde la necesidad de los pueblos de romper con los paradigmas que señalan que hay clases dominantes y relaciones de poder, que no permiten y que tampoco hacen permisible que exista un dialogo en una organización de poder horizontal, donde cada uno aporte a partir de sus experiencias y de sus diferencias. Y esta interculturalidad wa la que se debe usar como una estrategia esencial, para poder comprender que si no se desarrollan diálogos en los ejercicios de adecuación institucional, sobre todo en el caso de los servidores públicos, y lo que refiere al tema de recursos, de infraestructura y de planeación de los Estados, puede encontrarse un obstáculo, porque los funcionarios e instituciones del Estado también pueden y deberían entrar en una lógica del reconocimiento de la diversidad del otro, y su diversidad respecto de la del otro, se tiene que entender como un diverso otro, y dejar de hablar e imponer desde el yo, en el marco de una confrontación o dialogo de tipo horizontal y no jerárquicamente organizado e impuesto por una de las partes.

Viaña[148] asegura que existe un reconocimiento distorsionado de la interculturalidad y se utiliza como mecanismo estatal para subordinar y subsumir a los que son diferentes y diversos, en políticas diseñadas para una cultura dominante y homogénea, donde no se permite el dialogo para exponer las diferencias y analizar la composición de la figura de Estado Nación, desde otras aristas. Esa cultura dominante de la que hacemos parte, ve lo cultural como algo contiguo a la vida, a la producción, a la historia, a las luchas y

[148] Ibíd., p.25

eso impide se relacionen e integren características propias de los pueblos con la realidad nacional, por ejemplo, una relación de la oralidad con la política.

Entonces, el interculturalismo se presenta como una oportunidad para la transformación de los Estados, y que para el caso colombiano, permite que se pueda alimentar de los avances de pueblos como el ecuatoriano y el boliviano, que se han adelantado bastante en la adopción y desarrollo de la figura intercultural a lo largo de sus constituciones, adecuando sus instituciones y órganos de poder, a las necesidades materiales y culturales de sus pueblos reconociendo su diversidad, respetando y contribuyendo al crecimiento los sistemas de educación occidentales e indianos poniéndolos al mismo nivel, otorgando a todas sus lenguas indígenas y al español el reconocimiento como idiomas oficiales como es el caso de Bolivia, contribuyendo a la creación de políticas sociales que incluyan a todos los nacionales en el marco de la igualdad y de la participación, contribuyendo al crecimiento de un nuevo tipo de Estado pluricultural, que introduce formas alternativas de organización y de democratización del poder. Y es a ello a lo que debe apuntar el Estado colombiano, a esforzarse para crear condiciones propicias, que posibiliten la participación de los pueblos indígenas en la restructuración y adecuación de una figura de Estado Nación, más incluyente, igualitario en lo formal y lo material, pluridiverso y multicultural, que a la larga pueda ser un ejemplo para la región y para el mundo.

A lo largo del texto, el grupo investigador se ha esforzado por encaminar y orientar la investigación, para que se comprendan las características correspondientes a un enfoque alternativo del derecho. Y ésta concepción alterna desemboca en una figura que ha tomado fuerza, con el reconocimiento de la diversidad étnica y a la coexistencia de las estructuras jurídicas disímiles a la estatal, nos referimos particularmente al concepto de pluralismo jurídico que se desarrollara en el siguiente aparte.

2.6. DEL PLURALISMO JURÍDICO.

Para avanzar en el tema se debe hacer una precisión metodológica del desarrollo del presente acápite con el cual finaliza este capítulo. Durante todo el proceso investigativo se consultaron los autores que fueron mencionados con anterioridad, más lo que se continuaran referenciado con sus correspondientes publicaciones, sin embargo, el equipo investigador consideró necesario acudir a fuentes directas, para complementar particularmente este punto de la investigación, y en razón de ello meditó conveniente, mantener comunicación personal a manera de entrevista con Víctor Manuel Ávila Pacheco, abogado de la Universidad Libre, especialista en Ciencia Política y Derecho Administrativo y Sociología. Magister en Investigaciones y Desarrollo en Filosofía. Doctor de la Universidad del país Vasco, quien ha trabajado en investigaciones y eventos a nivel internacional en temas referentes a estudios de interculturalidad y descolonización del saber y de Estado; Wilson Libardo Peña Meneses, Sociólogo Universidad Cooperativa. Especialista en Gerencia de Proyectos e Investigación en las Ciencias Sociales. Magister en Filosofía, quien ha adelantado y apoyado

investigaciones en relación a temas de comunidades indígenas, estudios de etnias, análisis de conflicto, pluralismo y multiculturalidad; Gabriel Andrés Arévalo, abogado de la Universidad Libre, candidato a doctorado de la Universidad del País Vasco, quien ha adelantado investigaciones y estudios en relación a diplomacias indígenas, transdiplomacia indígena y constitucionalismo de ruptura; por último el español Daniel Montañez Pico, licenciado en antropología de la Universidad de Granada en España. Magister en estudios latinoamericanos de la UNAM, quien ha adelantado su trabajo en estudios de multiculturalidad y pluralismos jurídicos.

La pertinencia de la entrevista a estos académicos corresponde al aporte no sólo metodológico sino también teórico sobre el pluralismo jurídico, su pertinencia, sus tipos y características, que contribuyen a la comprensión del desarrollo del pluralismo jurídico en Colombia. De acuerdo a lo indicado, la parte final de este capítulo se desarrollará en dos partes, la primera, en lo aspectos generales sobre el desarrollo del concepto del pluralismo jurídico y la segunda que corresponde a una profundización del pluralismo jurídico en el caso colombiano, a partir de la reproducción y análisis de las apreciaciones derivada de la comunicación personal a manera de entrevista con los académicos ya presentados.

A partir del reconocimiento de la diversidad étnica en el neoconstitucionalismo, se fija el escenario ideal para la concurrencia de diferentes sectores sociales en torno a la construcción de una nueva forma de Estado, que requiere dinamizar los procesos jurídicos y políticos de esta nueva organización institucional.

"En Latinoamérica existen cientos de miles de personas cuya organización social se encuentra regulada por normas producidas por individuos y colectividades extraestatales, entre las que encontramos -cuando menos- organizaciones indígenas, (…). Estas personas son gente segregada, marginados y reprimidos por la estructura estatal, que domina a estas colectividades organizadas, que sin embargo luchan y se rebelan."[149]

La conjunción de disimiles sectores sociales, implica que a la hora de exponer las condiciones y características propias de sus formas de vida, en concordancia con la condición de multiculturalidad y diversidad de los sectores a los que pertenecen, aún estando inmerso dentro del mismo espacio geográfico denominado Estado Nacional, derivan en una serie de situaciones que deben ser analizadas a la luz del concepto del pluralismo jurídico, que se constituye como la herramienta jurídica para legitimar de unos grupos a otros, sus diferencias, tradiciones y sus creaciones institucionales en un marco de igualdad nacional y de la libertad de ser y hacer, en coherencia con el reconocimiento de su existencia dentro de la organización política y jurídica de los Estados, y la eliminación de los procesos de invisibilización, que demuestran el rezago

[149] CAMPAÑA, pablo. Pluralismo Jurídico y Dominación. En: Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja". Año V, Número Especial, 2011. no. p. 580.

colonial que existe en las naciones organizadas de acuerdo a los modelos occidentales de formación y organización estatal.

La inclusión dentro del normado constitucional de la JEI, arroja una consecuencia inmediata, que consiste en la petición de la reafirmación de los elementos que integran dicha jurisdicción. Se habla de la legitimidad e inclusive de la positivización de todas las herramientas e instituciones jurídicas y políticas que integran y construyen la JEI.

A primera vista genera una preocupación, porque la existencia de más órganos legislativos y judiciales, diferentes a los que se está acostumbrado a mencionar afectarían la seguridad jurídica de la administración, lo que en consecuencia invita a que se debe regular la coexistencia de los variados sistemas judiciales que hay dentro de la nación, pero lo que se debe valorar es cómo se tendrá dicha regulación y si la articulación que se da por parte del Estado es entendida de la misma forma por los pueblos indígenas.

El pluralismo jurídico como indica Garzón "en un sentido amplio, describe la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico**,** siendo el derecho estatal uno más de los derechos existentes en la realidad social."[150]

Lo anterior genera mayor claridad sobre el concepto de pluralismo jurídico y fija una base para desarrollarlo, a partir de otras valoraciones que tienen que ver con su legitimidad y la viabilidad de construir un nuevo modelo de Estado a partir de un sistema jurídico plural y diverso. De la definición de Garzón, se puede desprender una interpretación, acerca de una nueva posición del Estado y de su facultad absoluta para crear la ley, ya que éste debe ceder y desmontar el monopolio que tiene sobre la producción normativa y la administración de justicia, para abrir lugar a nuevos sistemas jurídicos que serán propuestos y desarrollados en la misma línea de importancia y jerarquía, demostrándose con ello, un reconocimiento de otro órgano capaz de producir leyes y ocupar una función jurisdiccional alterna a la solía monopolizar el Estado. Esto desde luego, rompe con la teoría clásica que indica que sólo al Estado le corresponde la producción de normas jurídicas e inicia abriéndose camino, a partir de los aportes de los pueblos indígenas sobre cómo conciben su jurisdicción y el accionar jurídica a la luz de la constitución política.

Al respecto, Dupret citando a Gurvitch plantea que:

> El centralismo estatal es la consecuencia de unas condiciones históricas y políticas específicas e identifica tres tipos diversos de derecho que se encuentran jerarquizados en cada sociedad de manera distinta: derecho estatal (reivindicando monopolizar las actividades

[150] GARZÓN LÓPEZ, Pedro. Pluralismo jurídico. En: Revista en Cultura de la Legalidad. septiembre 2013 – febrero 2014. Vol. Nº5. , pp. 186-193.

> legales), derecho interindividual o intergrupal (reuniendo el intercambio individual o en grupo) y derecho social (reuniendo individuos con el fin de constituir una entidad colectiva). Este último es claramente un derecho no-estatal, puesto que se corresponde con la multiplicidad de sistemas legales generados por el derecho social.[151]

Basándonos en la apreciación de Dupret, el tipo de derecho que nos interesa para sustentar mejor la finalidad del pluralismo jurídico es el correspondiente al derecho social, porque los pueblos indígenas son una entidad colectiva, que gozan de derechos colectivos, y que por ende recae sobre el Estado, la garantía de esos derechos colectivos, que fundamentan la producción normativa, y la administración de justicia, bien sea a partir de la costumbre o de la adaptación del sistema judicial ordinario al indígena, pero que se desarrolla dentro del entorno de la colectividad de los pueblos indígenas.

Algunos autores insisten en que es preferible una concepción pluralista del derecho y no la versión clásica monista, que como se ha visto, el Estado es el único en capacidad de crear la ley, generando una aversión desde otras esferas sociales que también integran dicho Estado, y se sienten relegadas por éste, generando un distanciamiento mayor entre quien se considera el legitimo creador de la ley y los que pretender convertirse en también legítimos creadores de la ley, acrecentado el margen de desigualdad y desconocimiento de las capacidades jurídicas de los pueblos indígenas para fijar criterios y disposiciones que tengan igual valor vinculante a las expedidas por el órgano legislativo, previamente constituido, en relación Sánchez – Castañeda señala:

> La noción de pluralismo jurídico puede considerar la hipótesis de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo ámbito espacial y temporal de validez. Una concepción pluralista del derecho disuelve la ecuación entre espacio jurídico y espacio territorial que quisiera que a un territorio determinado corresponda un solo sistema jurídico y que a todo sistema jurídico corresponda un territorio. Una visión pluralista del derecho permite admitir la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de naturaleza diferente, como los sistemas jurídicos supra – estatales (orden jurídico internacional), órdenes jurídicos supranacionales, (como el orden jurídico de la unión europea), órdenes jurídico infraestatales (como los órdenes jurídicos corporativos) o sistemas jurídicos trasnacionales o desterritorializados (como el orden jurídico propio a un grupo transnacional de sociedades comerciales o el orden jurídico eclesiástico), sistemas que están en una búsqueda permanente de autoridad y legitimidad. Se trata de una "pluralidad institucional" que permite la coexistencia de sistemas jurídicos de tipos diferentes, correspondiendo a la diversidad de "instituciones" o de grupos sociales organizados. En el fondo, una concepción pluralista del

[151] BAUDOUIN, Dupret. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y re-especificación praxiológica. En: European Journal of Legal Studies: Issue 1. [citado en agosto 20 de 2014] disponible en: http://www.ejls.eu/1/14ES.pdf

> derecho permite una mejor percepción de la realidad jurídica que a una concepción monista.[152]

Como se percibe, bajo la óptica de autores como Sánchez, es bien visto que se le de una trato más dinámico a las teorías de producción normativa dentro de los Estados, lo que indica que la pluralidad normativa antes de significar un problema para la seguridad jurídica de los Estados, lo que hace es enriquecer su ordenamiento jurídico.

La finalidad del pluralismo jurídico es armonizar la posición entre los diferentes sistemas jurídicos que existen dentro del territorio nacional, incluidos en un marco de cooperación, igualdad e integración que garantice la protección y el ejercicio de los derechos reconocidos a todos los administrados.

2.7. PLURALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA

Sánchez Botero[153], también se ha adelantado en el estudio del pluralismo jurídico y pretende diagnosticar la situación del pluralismo jurídico en Colombia y la manera en la que debería entenderse en términos de igualdad. Asegura que a partir del reconocimiento de la JEI en la constitución política, también se reconoció los derechos y el actuar de las autoridades de los pueblos. De alguna manera Sánchez, se inclina por significar drásticos cambios en la estructura de los pueblos indígenas y supone que con este reconocimiento se crea una mayor autonomía y generó oportunidades par avanzar hacia nuevas expresiones políticas y democráticas; El reconocer poder jurisdiccional a los pueblos indígenas permite ir más lejos, buscando la forma de que las diferentes estructuras del derecho podrían coexistir como iguales, interactuando bajo formas de poder equitativas, sin embargo se podría polemizar sobre una apreciación de la autora, cuando refiere que las autoridades de los pueblos indígenas poseen competencia jurisdiccional, y en ese sentido se entiendan como jueces pertenecientes a la rama judicial, pero cómo se puede comprobar ello, cuando al revidar la estructura jurídica y organización política del Estado no existe ningún cargo diseñado para que sea ocupado por taitas, o incluso la exigencia de cuotas indígenas dentro de los puestos de alto gobierno nacional.

De acuerdo a lo anterior lo que podría hacerse es ubicarse en el campo de acción del pluralismo jurídico, para comprender el problema de la JEI, es decir, preguntarse por qué a veces hay tantos roces en el desarrollo de la jurisdicción y por qué además una eventual adecuación y garantía de las condiciones para el ejercicio de la JEI en Colombia, permitiría abrir un camino no sólo hacia la coordinación entre jurisdicciones, sino que también permitiría integrar y complementar los contenidos de justicia tanto para los pueblos indígenas, como para el Sistema Nacional Judicial bajo la premisa de igualdad.

---

[152] SÁNCHEZ – CASTAÑEDA, Alfredo. Los Orígenes del Pluralismo Jurídico. p. 483 [citado en agosto 21 de 2014] disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/29.pdf

[153] SÁNCHEZ BOTERO, Esther. La Realización del Pluralismo Jurídico de Tipo Igualitario en Colombia. EN: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [citado en agosto 21 de 2014] Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/71/pr/pr3.pdf

Son precisamente los valores y principios jurídicos que tenemos en nuestro sistema jurídico general, que hacen parte de nuestra vida social, y de nuestro orden político los que podrían verse reforzados, e incluso se abriría un abanico de posibilidades, para comprender o tomar, desde la perspectiva de la JEI, principios o elementos de su derecho mayor que permitan potenciar una perspectiva nacional del sistema jurídico colombiano.

El pluralismo jurídico nos permite comprender que se puede reinterpretar la constitución a partir de las interpretaciones que emergen desde el otro y su cosmovisión, permitiendo que a la larga se puedan emplear conceptos y principios tan especiales y tan específicos que da la JEI para concretar y ampliar una estructura jurídica nacional que garantice el ejercicio no solo de la JEI sino del Sistema Nacional Judicial, porque también se trata de articular esos sistemas bajo una reciprocidad cultural e ideológica, en donde se dé un dialogo de tú a tú entre sistemas judiciales.

Cuando se habla de este concepto, se debe indicar que este pluralismo va más allá de la JEI establecida como un derecho fundamental de los pueblos, sino que más bien, busca encontrar rutas dentro de esa pluralidad de cosas y de formas, que contribuyan a ampliar la interpretación de los problemas sociales, y de las formas de otorgar soluciones concertadas desde lo jurídico mucho más completas, pensadas, y reflexionadas, dando una mayor significancia y valor a las soluciones decantadas desde la pluralidad jurídica.

Sin embargo, y en relación a lo anterior, hay estudiosos del tema, como el antropólogo español Daniel Montañez[154] que desde su perspectiva teórica y personal, contribuye al debate del pluralismo jurídico, asegura que si se entiende el pluralismo jurídico como la existencia de varios sistemas jurídicos en un mismo tiempo y en un mismo espacio, se debe considerar que eso siempre ha sucedido, ello siempre ha hecho parte del Estado.

Entonces, lo que pasa en Colombia, es que siempre ha habido pluralismo jurídico, incluso antes de la llegada de los españoles, habían diferentes sistemas de etnias y grupos funcionando en un mismo espacio. Sino que es un tema que se ha puesto de moda simplemente porque el Estado ha decidido reconocer algo que siempre había existido.

Argumenta que en este pluralismo, el Estado sí reconoce los otros derechos pero supeditados a la constitución, entonces funciona bajo el ropaje de ésta, es decir, los pueblos indígenas pueden tener otro derecho, pero de igual manera el Estado va a monitorizar todo, entonces ellos pueden administrar su justicia, siempre y cuando sean temas menores, así es y funciona el pluralismo jurídico tal como lo entiende el Estado en la actualidad. Pero resulta que las comunidades lo rebasan, las comunidades llevan su propio derecho mucho más allá de lo que les dejan siempre. Entonces se presenta una

[154] (Entrevista Daniel Montañez Pico, Bogotá DC, 29 de Agosto de 2014).

forma de dominio de poder político sobre los pueblos que se basa en darle ciertas concesiones y cierta autonomía, para que ellos no opongan una resistencia tan fuerte al poder central, de tal manera que se adecua todo para que tengan su propia justicia, siempre y cuando no rompan el orden, y cuál es el orden, que la legitimidad está en el Estado Nación y el mercado, es decir, se habla de un orden político y un orden económico, mientras el pluralismo jurídico no vaya en contra de eso se acepta.

En ese sentido, cambiar la estructura del Estado resulta muy complicado, porque es una estructura que no se ha hecho para la diversidad, sino que se ha hecho justamente para todo lo contrario, e incluir en esa estructura algo contrario, es muy complicado, porque se está hablando de 500 años de gestación de un modelo político que no tiene nada que ver con diversidad o multiculturalidad, y que su propia estructura no puede absorber algo que está en contra, es decir, tendría que ser un cambio muy radical.

Daniel asegura que lo que hay que hacer es identificar cuáles son los elementos que hay en el Estado Moderno que impidan ese cambio paradigmático, antes de proponer descolonizar el Estado, se debe ver qué problemas profundos hay en la estructura de la naturaleza del estado moderno para que esto no se pueda dar.

Respecto de la adecuación de las instituciones para que se permita un dialogo que garantice el pluralismo jurídico o por lo menos para que poco a poco se vaya generando un escenario, que de la oportunidad de crear un pluralismo jurídico, este antropólogo sostiene que no es posible asegurar si se de, pero precisamente eso es lo que legitima y busca la lucha de los pueblos, sin embargo, el problema es que todos los ensayos de utilizar el Estado en un sentido emancipatorio no han resultado bien.

Se trata entonces de ir un paso más allá al hablar de pluralismo jurídico, al hablar de pueblos indígenas, porque se trata de otra civilización, entonces no se puede determinar si sea imposible, y lo que se debe hacer es diagnosticar el porqué, identificar qué elementos hacen que se siga siendo activistas, desarrollistas, lo que indica que claramente es un problema tanto de estructura, como de cosmovisión. Ello significa que se debe analizar un concepto o un escenario, diferente al de pluralismo jurídico, pero que abarque o permita la coexistencia todas los sistemas jurídico diferentes al del Estado y que como consecuencia incluya todas las características inherentes a las estructuras jurídicas de los pueblos, como si cultura, costumbre y cosmovisión, en palabras de este antropólogo, podría definirse como "un mundo donde quepan muchos mundos"

Estudiosos del tema como el abogado Andrés Arévalo[155] define cuatro visiones del pluralismo en la vida real; la primera, una que se refiere al pluralismo jurídico limitado, que es el más conservador, que parte de entender que por políticas de mercado y para

[155] (Entrevista Victor Ávila Pacheco, Wilson Peña Menezes y Gabriel Andrés Arévalo. Bogotá, 26 de agosto de 2014)

mantener el estatu quo, se deben ofrecer concesiones con los pueblos y minorías para que regulen su vida con sus sistemas jurídicos, pero bajo el ropaje de la ley colombiana. Un segundo pluralismo, que es el que se desarrolla en las instituciones de educación superior, que es un poco más progresista, y también se presenta bajo una lógica liberal, éste el pluralismo que tiende a explicarse en las facultades de derecho, de tal manera que permite que el profesor muestre sus beneficios, lo explique a partir de una concepto jurídico y jurisprudencial. El tercer tipo de pluralismo que es un pluralismo crítico, es el que intenta mirar y darlo un significado desde sus escuelas críticas, desde un marxismo renovado o desde otras posturas del movimiento social, esas serían según el académico las tres líneas clásicas del pluralismo, e identifica una cuarta línea de este pluralismo a partir de una lectura más diversa, podría verse desde una cosmovisión no occidental, esa cuarta puede verse desde los pueblos indígenas y cómo comprenden ellos esa cosmovisión, cómo entienden el pluralismo jurídico, es decir, la multiplicidad de derechos y regulaciones, luego, ahí hay una cuarta línea sobre la que se puede leer el pluralismo jurídico. Pero eso implica fundamentalmente discutir con el engranaje del Estado, y buscar la manera que el derecho no hable por el derecho, sino que la pluralidad de derechos existentes sean reconocidos por el derecho.

Existen incluso posiciones más radicales dentro de la interpretación constitucional de la inclusión y el reconocimiento de la JEI, por ejemplo Víctor Ávila[156] asegura que dentro de la estructura constitucional latinoamericana, la constitución de 1991 no sigue siendo una constitución progresista, es decir, es de avanzada pero dentro de un marco constitucional, más no progresista dentro de estructuras emancipatorias de los pueblos, porque sigue estando muy ligada a un régimen capitalista y a una estructura económica que no reconoce en su totalidad el mundo de la otredad, es decir, los derechos en relación a la diversidad están reconocidos al ser humano, dentro de la estructura clásica del derecho constitucional anglosajón nortemaricano. Ávila sugiere que la diversidad desde el reconocimiento del otro, tendría que empezar a reconocer sujetos que no han sido reconocidos en marcos constitucionales.

Lo que se debe valorar es que de nada sirve que haya un reconocimiento normatividad constitucional, si eso no se hace práctico y operativo dentro de la estructura organizativa y funcional del Estado, lo que desde luego contraviene el interés progresista que propugna la constitución. El sociólogo Wilson Peña[157] sobre esto propone que lo funcional tiene que estar en lo práctico, lo funcional tiene que realmente incluir a las comunidades en ese sistema, un ejemplo de que eso no pasa es el sistema colombiano, es que no hay un asesor en el gobierno que pertenezca comunidades indígenas o dentro del Estado ni siquiera existe un cargo donde diga o se sugiera que un taita o un mamo debe estar en la Corte Suprema de Justicia con el objeto regular para todos, incluyendo la diferencia. Otro punto del debate y de las propuestas de quienes han trabajado el tema, también se centra en valorar que la sociedad colombiana es una sociedad conservadora, desarrollada en una estructura clásica de occidente, lo que infiere que

[156] (Entrevista Victor Ávila Pacheco, Wilson Peña Menezes y Gabriel Andrés Arévalo. Bogotá, 26 de agosto de 2014)

[157] (Entrevista Víctor Ávila Pacheco, Wilson Peña Meneses y Gabriel Andrés Arévalo. Bogotá, 26 de agosto de 2014)

occidente sí se ha permitido hablar de transformación constitucional y otros factores, pero no acepta que cambios de ese pluralismo jurídico sugiera aceptar los sistemas de derechos y estructuras jurídicas de una sociedad ancestral.

Entonces de lo anterior se podría decir que la inclusión de la que hablamos, en los términos de la constitución no garantiza que se genere ningún cambio y ninguna transformación porque la Constitución Política de Colombia, sigue siendo una constitución hegemonizante, y en ese sentido no da lugar ni permite la manifestación o el desarrollo de identidades diferentes, y tampoco reconoce la diferencia entre sujetos, sino al contrario, lo que quiere hacer es un tipo de sujeto especifico y ese tipo de sujeto no está presto para que se hable de pluralidad ni reconocimiento a otras etnias. Como sostiene Andrés Arévalo[158] Se busca promover una forma de vida basada en la empresa, que los individuos y las sociedades puedan producir y vivir como una empresa, y allí se debe empezar a gestionar todo como tal, entonces esa racionalidad, se utiliza mercantilizando la diversidad y diferencia de los pueblos, ofertando sus mochilas, sus territorios, resguardos y las montañas sin valorar la significancia que tiene para los pueblos, se pretende entonces que se vuelvan micro empresarios, y así la multiculturalidad de los pueblos se vuelve un producto muy bueno para el mercado.

No obstante, podríamos decir que la constitución sí fue un gran avance, dentro de toda la estructura constitucional, pero sucede que en la práctica todo queda negado, esa es la razón de que haya en la actualidad tanto desarrollo jurisprudencial. Pero indudablemente sí hay un avance frente a constituciones de América Latina, pero es pertinente indicar que no se ha conseguido avanzar tanto como Ecuador o Bolivia en términos de constitución. Entonces ese reconocimiento que aún como se ha visto, si funciona como una concesión a los pueblos para mitigar su resistencia y oposición a las imposiciones políticas y sociales emanadas del poder central y también legitimadas por la constitución podría decirse que también la misma constitución de 1991, abre el espacio para la descolonización del Estado, pero no lo descoloniza, sin embargo el hecho de que se dé un espacio a la multiculturalidad quita por lo menos la tara que se tenía sobre el deber de la constitución de obedecer a una sociedad occidental homogenizada y por lo menos abre las posibilidades para empezar un proceso decolonial.

Dicho proceso decolonial no se ha hecho, porque se necesita generar un espacio político y jurídico que garantice la confrontación en términos de igualdad, entre los sistemas judiciales de la nación, tanto los reconocidos verdaderamente en la practica de la institucionalidad, como los especiales mencionados en la constitución, para que como resultado de ese dialogo de tú a tú, se permita, por lo menos medianamente, integrar y potenciar un sistema jurídico colombiano que reconozca y hable de diversidad, que legitime y legalice las practicas ancestrales, que respete la significancia de las creaciones y de la cosmovisión de los pueblos, no en su versión folclórica para

[158] (Entrevista Víctor Ávila Pacheco, Wilson Peña Meneses y Gabriel Andrés Arévalo. Bogotá, 26 de agosto de 2014.

integrarla al mercado y ofertarla en el sistema económico, sino para valorarla como una práctica valida dentro de un estado verdaderamente pluridiverso, multicultural, aceptado y autoreconocido como jurídicamente plural, donde el ejercicio de derechos no es solo para los afortunados, sino para todos los administrados sin importar la diferencia.

3. DIÁLOGO INTERCULTURAL

Lo plasmado en el presente capitulo pretende entablar una comunicación profunda entre diferentes culturas, filosofías, ideologías políticas, formación académica, y experiencias profesionales de actores protagónicos en cada una de los roles que desempeñan; los cuales aportan información valiosa al diálogo que se quiere entablar.

Teniendo en cuenta que el razonamiento se establece desde la interculturalidad era necesario que los integrantes obedecieran a dicha premisa. El grupo de investigación pretende servir de moderador con el fin de encaminar las preguntas realizadas a cada uno de los participantes hacia una conversación fluida que muestre los puntos de convergencia frente a la JEI, y principios propios de la misma como la interculturalidad y autonomía judicial.

El grupo de investigación realizó las entrevistas respectivas a cada una de las personas que hacen parte de la construcción del presente diálogo, elaboradas de forma metodológica y teniendo en cuenta características culturales, sociales, de formación y desempeño profesional de cada uno de los entrevistados. El objetivo de estas fue orientarlas hacia puntos de convergencia en aspectos fundamentales de la estructura de la JEI y su relación con el sistema judicial nacional, tales como la visión y concepción de la jurisdicción especial, el pluralismo jurídico y su reconocimiento por parte del sistema judicial nacional, procesos de formación adelantados por parte de las autoridades competentes, las falencias de estos procesos y la necesidad que se realicen de la mano de diferentes actores, como la academia y autoridades indígenas, atendiendo así al principio de reconocimiento y participación dentro de procesos de importancia para los pueblos y sus autoridades, además de la pertinencia de realizar la coordinación entre las dos jurisdicciones, la forma debida para lograrlo, estructurando dicho proceso desde la formación de servidores públicos y operadores jurídicos en temas de respeto, reconocimiento de principios como autonomía judicial y pluralismo jurídico.

Siguiendo este orden de ideas, el grupo de investigación promueve y encamina el dialogo desde la hermenéutica diatópica, metodología que busca precisamente encontrar puntos de convergencia y construcción desde la diferencia, sin necesidad de partir del supuesto de un grupo hegemónico. Desde la metodología propuesta es posible entablar una relación horizontal de reconocimiento en doble vía por parte de cada uno de los actores, donde se ubiquen en la posición del contrario, pudiendo entender de manera mucho más amplia la posición del otro en un escenario de igualdad y respeto mutuo.

El dialogo plasmado en el presente capitulo evidencia los aciertos y falencias existentes en cuanto a la adecuación institucional y coordinación entre las dos jurisdicciones; sin embargo, la metodología propuesta no buscaba poner en evidencia los aciertos o desaciertos de la misma, pretende construir a partir de la diferencia, escenarios de dialogo horizontal, donde los vacíos de formación y rezagos coloniales de tiempo atrás puedan ser superados. Esta vez no de forma unilateral, pues debe realizarse con participación de sus actores protagónicos tal y como se abordó en el documento.

El objetivo de promover una conversación horizontal entre culturas con sistemas jurídicos diversos que se encuentran amparados en la Constitución Política de 1991, radica en la importancia que tiene el ejercicio de escuchar, ser escuchado controvertir y aportar, como medio de análisis para encontrar las falencias, reconocer las fortalezas y permitir acercamientos de retroalimentación y aprendizaje mutuo.

Por medio de una fuente primaria como lo es la entrevista y el diálogo sostenido con la autoridad indígena, se buscó lograr su acercamiento, orientados siempre por el principio de igualdad, para entender la percepción que se tiene al interior de los sistemas de justicia, de sus calidades individuales y las del otro reconociendo los postulados que las integran como mecanismo de coexistencia.

La importancia que presupone la realización de este dialogo solo será visible en la medida en la que el lector del documento evidencie la necesidad del acercamiento propuesto, que pueda verse reflejado desde la simplicidad de las relaciones cotidianas interpersonales, hasta la complejidad de un acuerdo o proyecto de ley que busque materializar y proteger los derechos de los Pueblos Indígenas, y así de esta manera comprender que se requiere un trabajo mancomunado y continuo para la realización de lo que se ha expresado en el papel y lo que manifiesta la naturaleza.

3.1. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Teniendo en cuenta que el objetivo del grupo de investigación era entablar un dialogo, intercultural, era preciso contar con diferentes visiones al respecto, actores con diversos enfoques que pudieran reflejar su participación e interacción en torno a la diversidad étnica, pluralismo jurídico y en general los principios que enmarcan la JEI. Para lograr dicho objetivo, el grupo se sirvió de una de las fuentes primarias, la entrevista. Por medio de este y acudiendo a un método que lograra abordar de la mejor manera el tema, se realizaron preguntas de tipo introductorio, un bloque temático, preguntas de sondeo respectivamente y de cierre.

Dichas preguntas fueron dirigidas a actores protagónicos dentro del tema que ocupa la presente investigación, de tal forma que se hacen presentes: La Doctora BelkIs Florentina Izquierdo indígena arhuaca Magistrada auxiliar de la Sala Administrativa del

Consejo Superior de la Judicatura, la doctora Olivia Clavijo Ortiz, mestiza, coordinadora de la unidad de proyección social de la universidad la Gran Colombia, apoderada y asesora de algunas autoridades Wayuu, la doctora Martha Yenira Sànchez Vargas quien se desempeña actualmente como Jueza sexta de ejecución de penas y medidas de descongestión de Bogotá. Cristian Felipe Hurtado Tombé autoridad indígena del pueblo Misak quien se desempeña en Apoyo al Cabildo de Guambia en el proceso de fortalecimiento de la Autoridad Ambiental, proceso de fortalecimiento de la educación propia – Derecho Mayor en la Misak universidad. Proceso de fortalecimiento de la economía propia, asociación ultiactiva de productores agropecuarios – AMPROCAM.

3.2. LA HERMENÉUTICA DIATÓPICA, UN CAMINO HACÍA EL DIÁLOGO PLURAL E INTERCULTURAL

Dado que el presente trabajo de investigación tiene como fin ahondar en la permanente ineficacia en el desarrollo de la adecuación institucional para garantizar el ejercicio de la JEI en Colombia a partir de la Constitución de 1991, que limita la operancia del pluralismo como principio fundante del Estado Social de Derecho y teniendo en cuenta el enfoque socio jurídico en el cual se encuentra fundamentado el presente, el grupo de investigación aborda el tema tomando como referencia la propuesta epistémica y metodológica expuesta por la hermenéutica diatópica desarrollada por Panikkar y Boaventura de Sousa Santos.

De esta manera, "La hermenéutica diatópica trata de poner en contacto universos de sentido diferentes por esto reúne, sin yuxtaponerlos, *tópoi* humanos para que, desde sus diferencias, puedan crear juntos nuevos horizontes de inteligibilidad recíproca, sin que pertenezcan de manera exclusiva a una cultura, de ahí su carácter *dia–tópico*, en el sentido etimológico de atravesar los diferentes lugares comunes".[159]

El objetivo de desarrollar este método radica en la importancia de establecer un diálogo intercultural entre dos sistemas jurídicos entendidos como iguales, tomando como base el reconocimiento de la diversidad e independencia de cada justicia, sin lugar a la intervención hegemónica por parte de una u otra.

Es necesario entender la importancia de reconocer las falencias que se tienen al interior de los sistemas para "llevar al máximo la conciencia de la incompletud recíproca de las culturas a través del diálogo con un pie en una cultura y el otro pie en la otra"[160] pues

[159] ANTONI JESÚS AGUILÓ BONET. Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural Pág. 155

[160] SANTOS, 2005a: 134 citado por ANTONI JESÚS AGUILÓ BONET. Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural Pág. 155

como dice Panikkar[161] cada cultura es como una ventana abierta al mundo que permite verlo y representarlo de una determinada manera, y ahí radica la trascendencia de las premisas de argumentación de cada sistema.

De igual manera se busca alimentar la implementación de este método con base en el principio de complementariedad, el cual tiene como objetivo que las comunidades pertenecientes a diferentes culturas en el territorio colombiano, "desde la dualidad como concepto que permite a esta paridad coexistir"[162], retroalimentarse y aprehender los elementos propios del otro, aceptando de igual manera la necesidad de integrarse. Por tal motivo no se puede hablar de libertad o independencia total por parte de una cultura frente a otra, pues dicha libertad se encuentra limitada por el carácter complementario entre ellas.

3.3. DIÁLOGO INTERCULTURAL ENTRE OPERADORES DE JUSTICIA

A continuación se reproducen las entrevistas específicas realizadas a dos de las abogadas, y consecutivamente las preguntas de carácter general por medio de una matriz de análisis, posteriormente se transliteró el diálogo entablado con la autoridad indígena, y por último se consagraron algunas conclusiones de la conversación generada.

3.3.1 Preguntas Específicas

a. Marta Yenira Sánchez Vargas

¿Desde su experiencia como juez, cual es la percepción que tiene a cerca de la JEI?

La JEI considero, es de gran valía, pues a través de ella se juzgan los naturales con su derecho propio y ese derecho natural al que se refiere es sumamente importante, ya que su visión es totalmente diferente y está acorde con las raíces, con la cultura, con el respeto que ellos tienen con lo que consideran es riqueza, en cuanto a su sentir, en cuanto a lo divino, a la madre tierra, todo lo anteriormente dicho ellos lo valoran.

¿Ha avocado conocimiento de algún caso en el que se vea involucrado un indígena?

Si, sucedió hace muchos años, llego a mi despacho una persona indígena, la cual acababa de llegar a Bogotá, se encontraba caminando por la carrera séptima, sintió

[161] Panikkar (1990: 135) citado por ANTONI JESÚS AGUILÓ BONET. Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural Pág. 155

[162] MAÏTE NIEL. El concepto del buen vivir: Título de Experto en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional, Pág. 12

hambre y decidió tomar una pizza y gaseosa, las cuales estaban exhibidas. La autoridad lo capturo y lo puso a disposición del "Juez natural de la civilización", sin embargo se realizó el dictamen médico legal, el cual demostró que esta persona estaba totalmente apartada de la civilización, era la primer vez que transcurría o tenía contacto con la ciudad, por lo tanto fue considerado como inimputable para la JO, por lo tanto debería ser devuelto a su sitio de origen. Fue devuelto a su etnia, juzgado conforme a su derecho propio y no tuvimos más conocimiento del caso. Lo importante es que pudimos recibir orientación y determinar que esta persona no tenía ningún tipo de vínculo con la civilización, por lo tanto la JO no era competente para avocar conocimiento.

¿Considera que la JO, sus servidores públicos y operadores jurídicos son respetuosos del pluralismo jurídico?

Si, los servidores públicos y operadores jurídicos son muy estudiosos y respetuosos, algo que es inherente al ser humano, son los derechos fundamentales y basados en esos derechos se analiza el vínculo que se pueda tener con la JO y si es competencia de la otra jurisdicción, se traslada a la correspondiente.

¿Cómo concibe usted el derecho propio?

Es respetable, hace parte de nuestra cultura, nuestras raíces y existe un gran número de personas a las cuales se direcciona.

¿Es posible dentro del principio de pluralismo jurídico ubicar el derecho mayor al mismo nivel de la JO?

Digamos que sí, es necesario hacer el cambio de paradigma mental de muchos operadores jurídicos, debemos coexistir, pero de igual forma es necesario asumir en el momento correspondiente de forma responsable conocimiento, es decir proteger sus derechos, lo cual esta soportado además en sentencias de tutela, en las cuales prevalece la protección de los derechos de los niños, en este caso, gemelos, nacimiento no permitido en el pueblo al cual pertenecían, por tal motivo el Estado debió entrara a proteger dichos derechos.

¿Qué noción tiene sobre el pluralismo jurídico?

Considero que debe ser mente abierta, porque ese debe conocer tanto lo argumentativo que existe en la JO, como lo grafico de la ley natural y se debe tener la facultad de asimilar la solución de esos conflictos, pues mientras en la ley penal, se envía una persona a la cárcel, ellos con latigazos y enterrando a las personas en fosas es suficiente

castigo para ellos, es preciso analizar si esos castigos son suficientes, hay que analizar los principios del derecho penal y mirar si hay necesidad de la sanción, si esta es retributiva o no es suficiente.

¿Considera que se ha realizado la adecuación institucional debida para el desarrollo de este principio?

Nada es suficiente, considero que es necesario abarcar más y debe ser más amplio el reconocimiento y su aplicación.

¿El conocimiento de la JEI por parte de los operadores jurídicos garantiza igualdad en el acceso a la justicia?

Nosotros conocemos la jurisdicción y sabemos las competencias y funciones y ese conocimiento nos permite hacer una escisión. Si se está garantizando el acceso a la justicia porque a los indígenas los van a juzgar sus jueces naturales y nosotros, es decir la JO, a los que están determinados en un ordenamiento legal.

b. Belkis Florentina Izquierdo Torres

¿Cuál es el grado de aprehensión de la JEI por parte de los operadores judiciales?

La escuela ha avanzado mucho en la socialización, pero digamos que en esto no puedo hablar de unos porcentajes exactos, creo que se ha hecho la tarea pero aquí habría que mirar de que universidades están saliendo los estudiantes, los abogados, pues considero que uno ya viene con una estructura muy fuerte, y por otro lado la autonomía judicial que a veces nos imposibilita entender el pluralismo jurídico. Precisamente porque por un lado tenemos estereotipos de los pueblos ancestrales, como el hecho de que allá se están generando impunidades, que estamos torturando, que estamos violando Derechos Humanos, etc. Considero, hay casos excepcionales, pero tampoco es la generalidad.

Por otro lado, uno no podría estar hablando de prácticas tradicionales violentas, sino de violencias que se justifican en la tradición que uno recoge. Hay muchas cosas que son internas, que hay que auto reflexionarlas, auto criticarlas, sin embargo, se ha hecho la tarea en un punto de resocialización muy importante, pero al momento de realizar una evaluación a cerca del cumplimiento, considero que hay que seguir realizando el trabajo.

¿Cuáles son los retos que se propone llevar a cabo desde el Consejo superior de la Judicatura?

Se tienen varios retos, uno de ellos es visibilizar que los pueblos, y los representantes de los pueblos no solamente estamos pensando en los derechos de los grupos étnicos sino que estamos pensando en la problemática del país y que tenemos mucho que aportarle, tenemos al país en la cabeza, yo creo que eso es muy importante. Segundo, pasa mucho por el tema de visibilizar la necesidad de interculturalizar la sociedad colombiana, el desarrollo del pacto que hemos hecho en la Constitución colombiana, teniendo en cuenta el pacto de respeto, reconocimiento a la diversidad, protección de convivencia, y es necesario que lo desarrollemos transversalmente, pues debe entenderse que somos un país diverso.

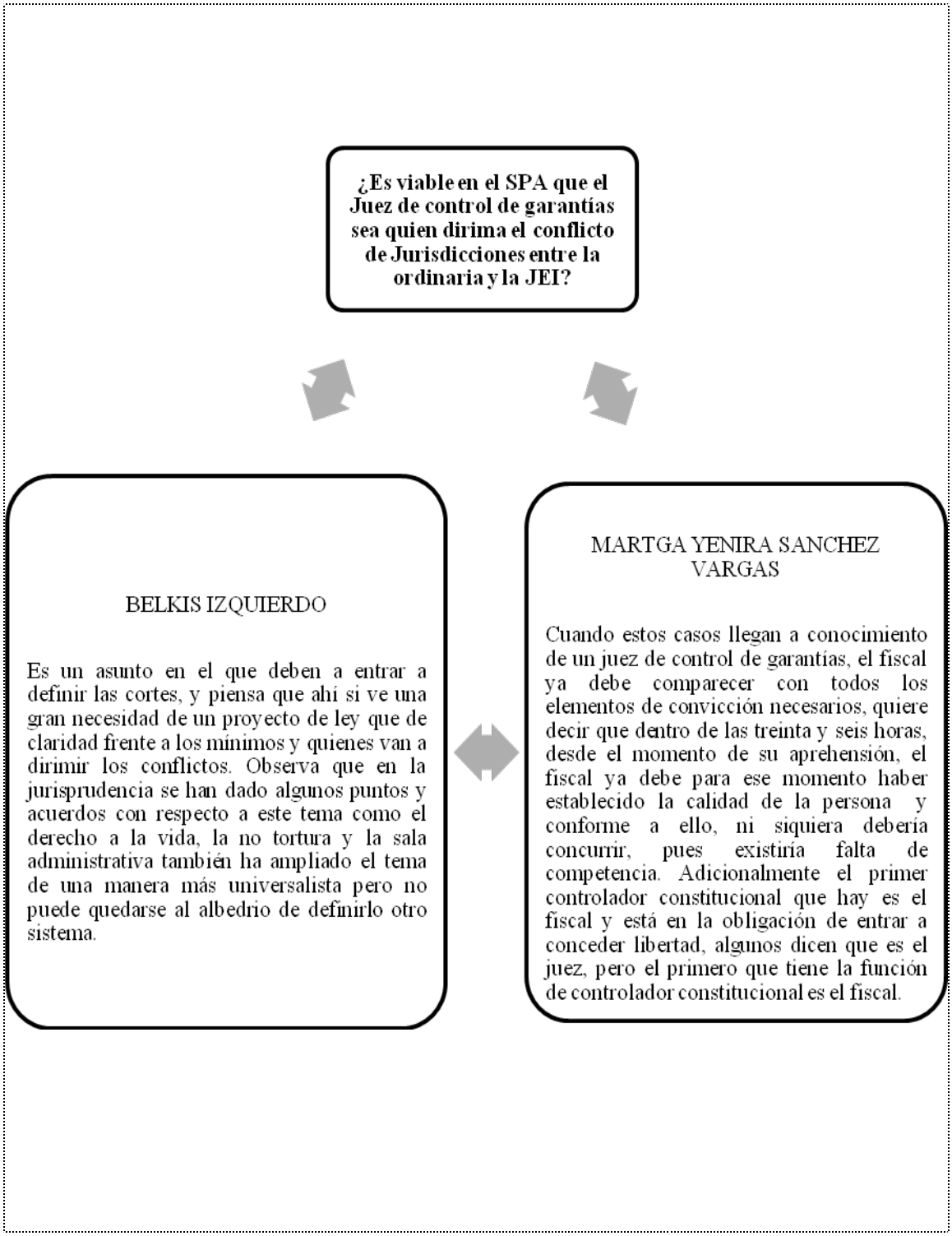
¿Desde su experiencia como abogada cual es la percepción que tiene de la Jurisdicción Ordinaria?

Yo considero que cuando hago el análisis de la jurisdicción ordinaria, no me gusta decir que es mejor o peor, son diferentes, yo hablo un poco en una comparación de los sistemas de justicia indígena con el tema de la justicia ordinaria. Es visible que tienen principios orientadores muy interesantes, pero ya en la práctica , muchas veces se están quedando en mucha retorica, porque realmente todo se está resumiendo en sancionar y enviar a la gran mayoría a las cárceles, entonces cada vez es necesario fortalecer y prevenir para la no comisión de delitos , tiene que ser todo un tema que tienen que trabajar de manera coordinada con las instituciones educativas, con otro tipo de instituciones que permitan realmente fortalecer los principios y valores y la ética porque de lo contrario no se están haciendo procesos de transformación que es realmente lo que plantea como una justicia debe ser transformadora como debe llegar a la verdad, y la verdad es la luz. Hay unas diferencias en el sentido que la justicia de los pueblos indígenas está pensada desde la familia, desde la necesidad de transformar no solamente al hombre físicamente si no al hombre espiritual y energéticamente, relacionado con el territorio relacionado con la comunidad.

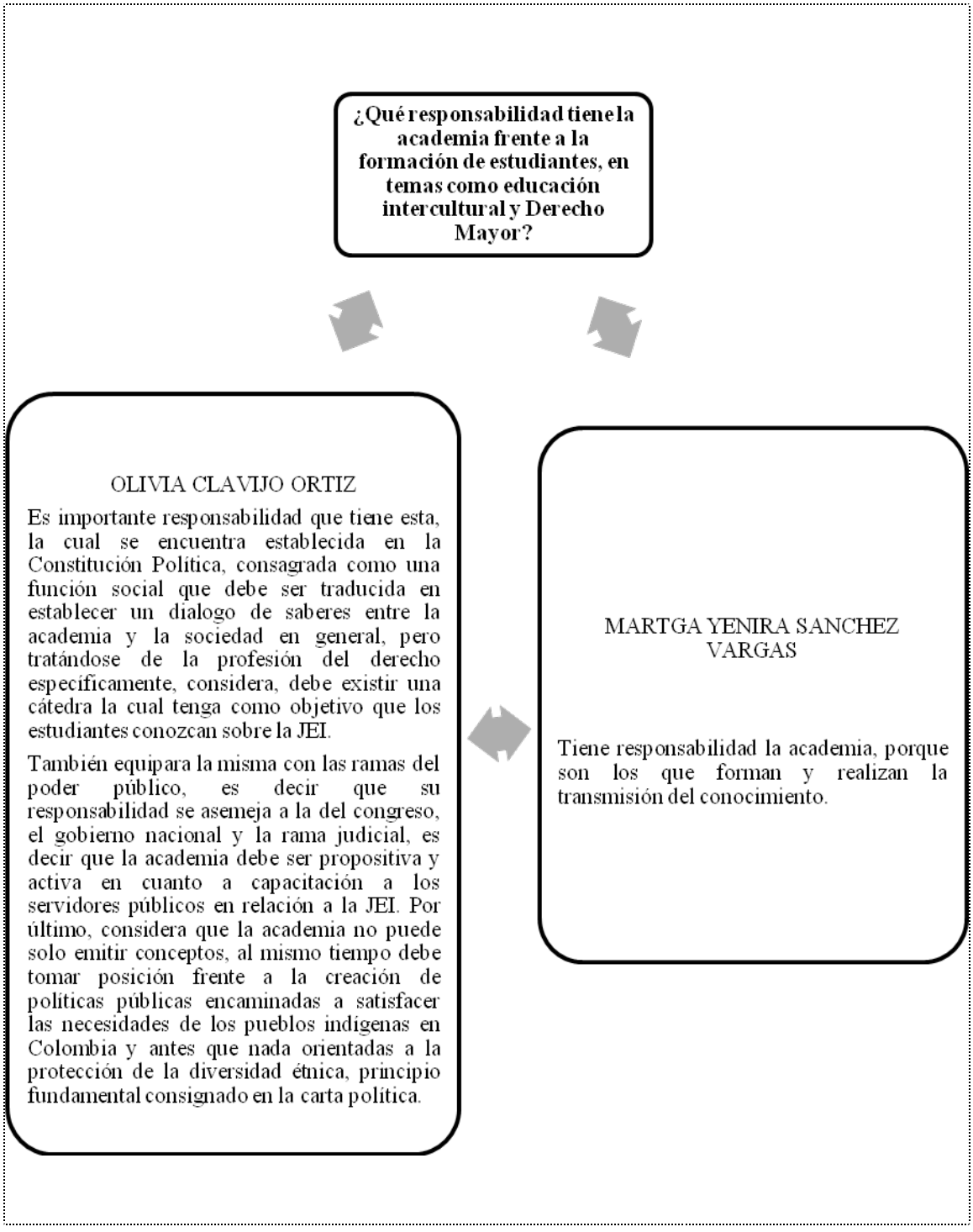
Por lo tanto, considero que hay muchos elementos interesantes que se deberían apoyar y en general creería que es necesario hacer una revisión, porque muchas veces, en la medida que todo se reglamenta se vuelve un código, del mismo modo se tiende a deshumanizar la particularidad el individuo, entonces se deben analizar los casos concretos, en la misma familia, los casos colectivos, fortalecer el valor de la palabra, la tradición oral. Tiene además, elementos muy importantes que apoyan por ejemplo en temas de descongestión.

3.3.2 Preguntas Generales

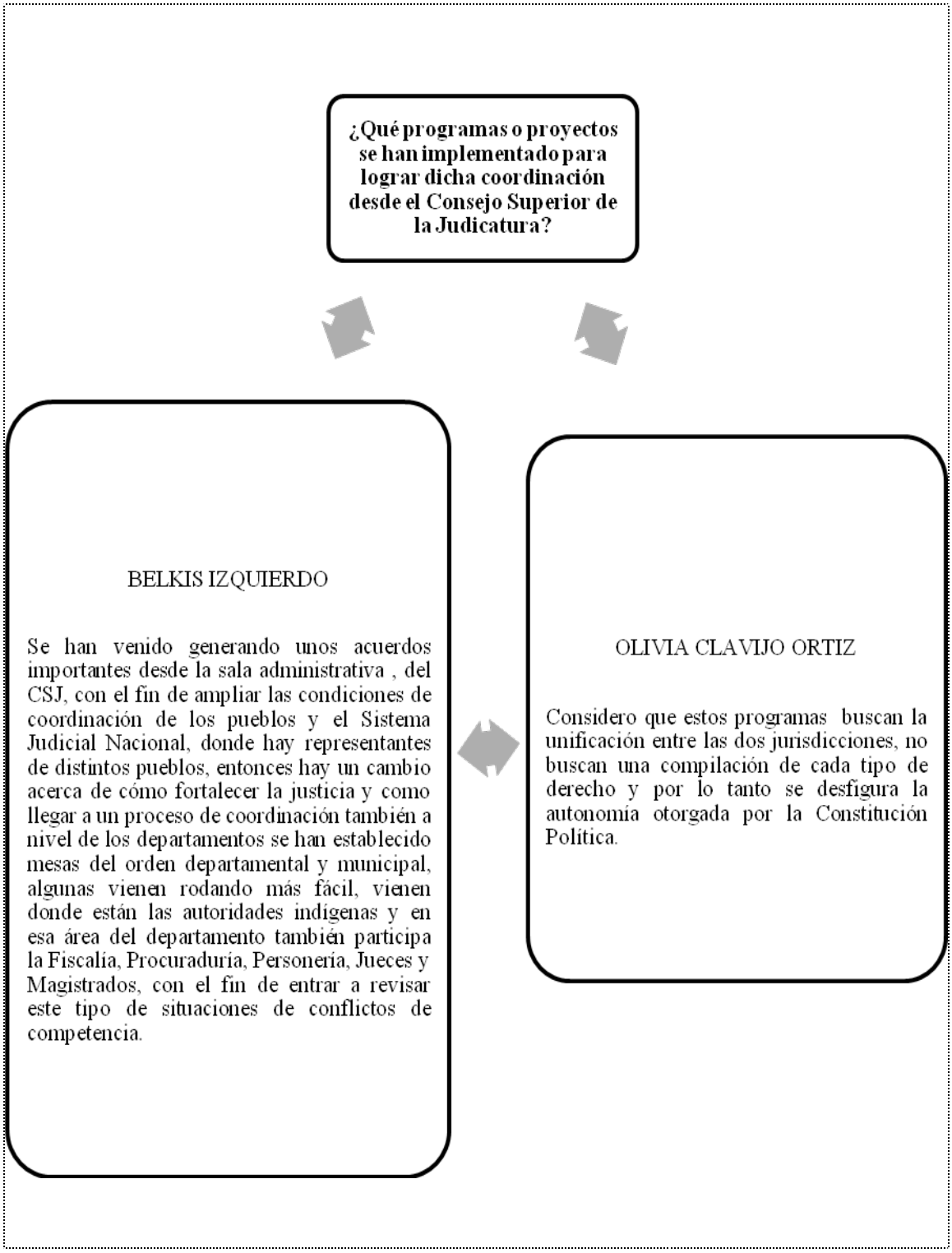
CONFLICTO DE JURISDICCIONES



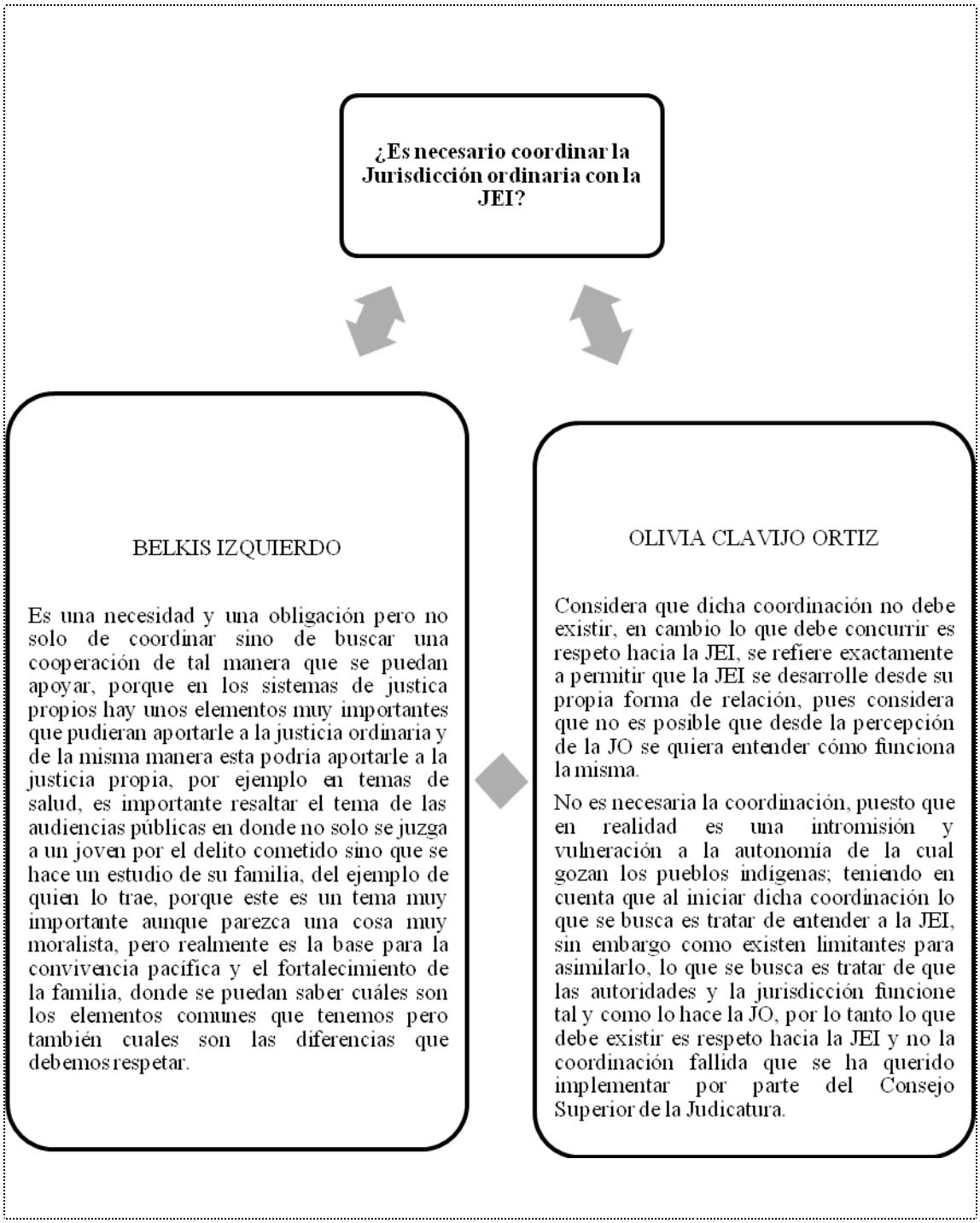
EDUCACIÓN INTERCULTURAL EN LA FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS



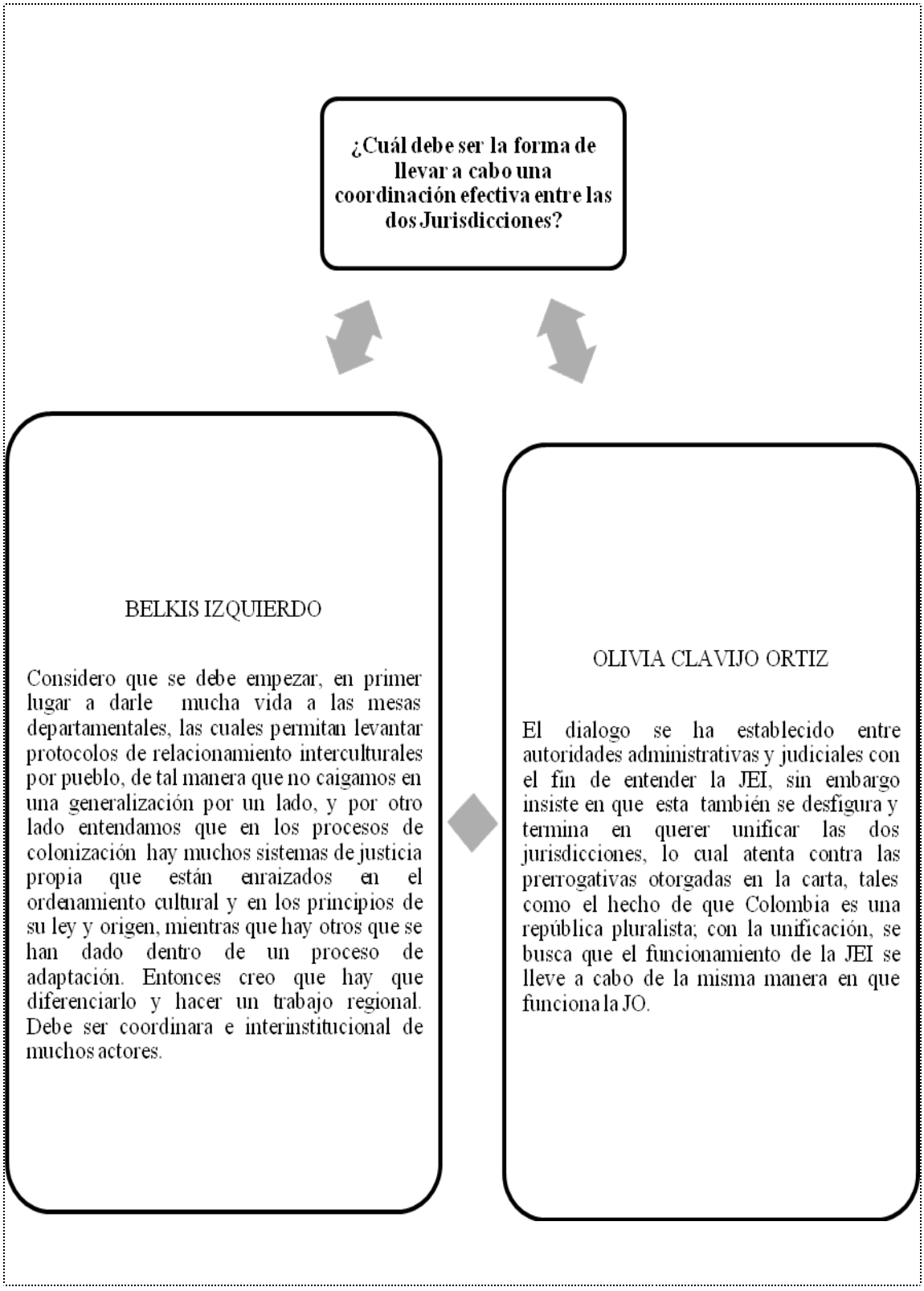
INICIATIVAS PARA COORDINAR LAS DOS JURISDICCIONES



PERTINENCIA DE LA COORDINACIÓN



ALTERNATIVAS PARA EMPRENDER LA COORDINACIÓN ENTRE LAS DOS JURISDICCIONES



3.3.3 Diálogo con la Autoridad Indígena

Dialogo realizado con Cristian Felipe Hurtado Tombé (YASGUEN) el 11 de septiembre de 2014, miembro del pueblo Misak quien se desempeña en diferentes actividades de

formación educativa, como en el Apoyo al Cabildo de Guambia en el proceso de fortalecimiento de la Autoridad Ambiental, el Proceso de fortalecimiento de la Educación Propia – Derecho Mayor en la Misak Universidad. Y de igual manera en el Proceso de fortalecimiento de la economía Propia, Asociación Multiactiva de productores Agropecuarios – AMPROCAM.

Nosotros hablamos de Derecho Mayor o de la Ley de Origen como dicen los Arhuacos porque somos los primeros en habitar estas tierras de Abya Yala -"Tierra de Florecimiento" entonces entendemos este derecho milenario por encima del Estado y las normas Constitucionales, es la Ley regida por la naturaleza. El Derecho Mayor está concentrado en todos los seres vivos, y el derecho a vivir, refleja una integralidad profunda de la armonía con la naturaleza, por eso nosotros defendemos las normas del Derecho Mayor, las normas del todo.

Las normas de la JO, defienden al individuo, no a lo que nos rodea, el universo, la madre tierra que nos rige y no nosotros a ella, porque somos parte de ella no los dueños. En nuestro territorio hablamos de preconcepción cuando una pareja se une para tener un hijo, se piensa en que hijo van a tener y después de esto se habla de la concepción de acuerdo a los ciclos lunares, para definir si va a ser un hombre que trabaje la tierra, un buen cazador o quien cultive la tierra. Después de la concepción se entierra la placenta en el centro de la cocina y se establece una relación profunda con la naturaleza en el espiral del tiempo ya que no concebimos el tiempo como algo lineal, a partir del nacimiento empezamos a enrollar el camino del conocimiento. Es desde este momento que tenemos el derecho a ser libres, porque nacemos libres y tenemos la educación de nuestros padres en el centro de las montañas con nuestra medicina propia, que nos enseña el camino con garantías como ser humano, con respeto a la familia, a los hermanos y al espíritu del agua.

Antes de 1492 éramos más libres, teníamos una formación más profunda, pero la religión trata de finiquitar procesos de los pueblos, como poner nombres nativos, orar, o la ritualidad. A pesar de esto existe el sincretismo, desde el conocimiento se ha guardado la medicina y la importancia de mantener armonía con la naturaleza para el crecimiento del ser humano, de igual manera es necesario mantener el Derecho con los constantes rituales y las reuniones de los Cabildos.

En la Asamblea Nacional Constituyente los líderes indígenas pelean el reconocimiento de los derechos mediante un proceso de lucha que deriva en el artículo 246 de la Constitución Política, estableciendo un reconocimiento pero a su vez un desconocimiento al colocarlo bajo la supremacía de la misma.
En 1980 como mecanismo de lucha, el pueblo Misak establece el primer Manifiesto Guambiano en donde se busca recuperar tierras para rescatar dones, costumbres y la forma de vivir, buscando la reivindicación del derecho ya que es un lucha de nosotros y de ustedes puesto que el pensamiento del pueblo Misak no se cierra, se abre, es intercultural. De esta manera el objetivo es devolver a nuestras tierras la salud,

educación, el ejercer el derecho en el centro de justicia, por medio del cabildo, de los Taitas y las Mamas para que nos enseñen el equilibrio del cómo vivir o buen vivir.

Es evidente que en el derecho occidental no hay un proceso de reconocimiento de la Madre Tierra, no se acoge la naturaleza y por el contrario se promueve la extracción minera y se genera contaminación, por esto para poder realizar una coordinación con los operadores jurídicos es necesario que haya un respeto por las propias normas y los derechos naturales. Es visible que no hay educación en las universidades, y es un deber del Estado sensibilizar a la sociedad y entender la diferencia entre supervivencia y pervivencia, promover el conocimiento de sí mismos, pues es evidente que no nos damos cuenta pero estamos desarraigados. Mucha gente está en una búsqueda espiritual profunda, porque no se tiene identidad, y nosotros si tenemos identidad, yo soy Misak, no indio no Indígena.

Debemos empezar a comprender la comunicación, el lenguaje natural de los pájaros, las nubes, el viento, y como dijo una Mama; bajar de las montañas para compartir el conocimiento, porque mucha educación que se da hoy en día te quita los derechos que se tienen y no se profundizan en los derechos propios ni los de nuestro alrededor, pero el Derecho Mayor acoge a todos por eso es necesario implementarlo en las universidades y promover el respeto. Si te fijas la Constitución de 1991 ha cambiado mucho y ahora nos educan para que seamos esclavos de un conocimiento que no trasciende, aprendemos de memoria y no entendemos, por eso es necesario despertar conciencia y entender que como me dijo una vez un Taita podemos ver más allá de cuando se oculta el sol.

Nosotros somos autoridades ambientales del subsuelo y pertenecemos a todo lo que nos rodea, y no solo de lo que estamos encima como dice el Estado, nuestro Derecho está en el equilibrio y en la medicina, en las enseñanzas de los abuelos como el viento y las montañas, y es importante que occidente entienda que pide paz para unos pocos mientras no entienda y reconozca estos derechos y la educación propia.

Nosotros buscamos armonizar la justicia, estar cerca de la familia y del pueblo para no salirse del camino, con palabras y medicina, esto sería bueno aplicarlo en la justicia occidental que sufre de tanta corrupción en su sistema. Hay que buscar pelear los derechos de la madre tierra, respetar los derechos humanos, diferenciar lo espiritual de lo material, implementar el conocimiento y cambiar el modelo educativo para lograr el buen vivir.

3.4. VALORACIÓN

De acuerdo a las entrevistas realizadas a las juristas y la conversación sostenida con la autoridad indígena, se logro evidenciar algunos elementos claves en el dialogo propuesto por el grupo investigador. De esta manera se pudo concluir:

El gran punto de convergencia entre los entrevistados tiene que ver con el reconocimiento de la existencia de dos jurisdicciones, la JEI y JO, punto de partida y estructura del presente dialogo intercultural, teniendo en cuenta que la metodología de análisis utilizada para el desarrollo del mismo es la hermenéutica diatópica.

El dialogo propuesto por el grupo de investigación tiene como objetivo establecer una conversación desde la diferencia, manteniendo una posición horizontal entre los participes, donde no se refleje una posición hegemónica, pues cada uno de ellos debe ubicarse en la posición del otro, sentir como el otro, a fin de permitir cambiar paradigmas a cerca de la cultura diversa, además de entender la cosmovisión del otro, sus costumbres, procedimientos, estructura jurídica positiva o no y el ejercicio de la misma basados en el respeto. Si bien es cierto el objetivo es encontrar puntos de convergencia entre las posiciones de los participes, es preciso hacer referencia a los puntos en los cuales no confluyen, pues estos también deben ser analizados y valorados con la misma importancia que los primeros, teniendo en cuenta que forman parte de los hallazgos valorados para la construcción del dialogo, pues en el desarrollo de este, es posible lograr acuerdos entre los participes y evolucionar así en punto de convergencia, atendiendo a la metodología propuesta por el grupo.

Siguiendo este orden de ideas, un elemento esencial dentro de la discusión en el que se encontró una gran convergencia es la importancia y responsabilidad de la academia en la educación, se logró concluir que es imperativa la necesidad de implementar una formación que rescate los principios de diversidad étnica y cultural, pluralismo jurídico e interculturalidad desde el pregrado, como mecanismo de fortalecimiento del pensamiento de los estudiantes y futuros abogados, logrando así un proceso de formación anterior al desempeño del ejercicio del derecho, permitiendo obtener profesionales mucho más respetuosos y con una visión mucho más profunda e integral sobre la diversidad étnica y cultural existente en el territorio nacional. Este punto afín, resulta de gran importancia, tanto para la academia, como para las dos jurisdicciones en dialogo, pues el contar con servidores públicos y operadores jurídicos conocedores y cuidadosos para asumir una posición respectiva frente a cada una de las jurisdicciones resulta ser una logro enorme y acaba con esas estructuras de conocimiento rígido con el que se llega muchas veces de la formación en el pregrado y que puede desconocer en ocasiones principios de orden constitucional.

Ya que son los operadores jurídicos el instrumento mediante el cual se da la aplicación de los principios consagrados en la legislación y la normatividad, es necesario que exista una eficaz y constante formación por parte del Consejo Superior de la Judicatura en relación a la JEI, reafirmando la importancia de concebir el Derecho Propio como un sistema paralelo al SJN, garantizando todas los prerrogativas otorgadas por la carta política de 1991. De acuerdo a lo denotado en las entrevistas, es preciso hacer referencia a los procesos de formación integrales donde los servidores públicos y operadores jurídicos no reciban criterios en materia de JEI solo por parte del Consejo Superior de la Judicatura, sino que además se logre un plus en dichas capacitaciones, esto es, logrando

información de carácter primario a través de autoridades indígenas, los cuales coadyuven en estos procesos.

De acuerdo a las respuestas entregadas por parte de la jueza y teniendo en cuenta el cargo que desempeña en comparación con las otras dos abogadas, el grupo de investigación denota que a pesar de que sus argumentos están enmarcados en el respeto y un pensamiento que propende por el pluralismo jurídico, la realidad de la rama judicial en el Estado colombiano no es muy acorde con estas afirmaciones. El tema de conflicto de competencia, dirimido por el juez de control de garantías, ampliamente abarcado a lo largo del trabajo de investigación, en cabeza de la tesis planteada por la jueza, precisa de una adecuada formación por parte del fiscal y sobre todo abarca un tema de sensibilización y respeto por la Justicia Propia, que desemboca en la protección de la JEI y a su vez no termina desgastando el justicia.

El pensamiento que tienen los sistemas en dialogo sobre el Derecho Propio, refleja el respeto y reconocimiento que genera este al interior de la cultura colombiana, la conciencia de concebirlo como originario y la importancia de su pervivencia debe no ser solo un concepto aislado, sino que debe entrar a alimentar la formación de cada ser humano. De esta manera en realidad se estará comprendiendo lo que representa su esencia, propender por un buen vivir, educación, salud, equilibrio y protección de la tierra. Así mismo fortalecer la JEI y rescatar principios fundantes de la misma, que se encontraban relegados por las autoridades del SJN, los cuales han sido la base de luchas de mucho tiempo por parte de las autoridades indígenas e instituciones del mismo origen, los cuales siendo reconocidos y enseñados a los integrantes del SJN, constituyen garantías a los pueblos indígenas, sus autoridades y en general a la constitucionalidad de las actuaciones por parte del Estado.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de la investigación se pudo evidencia que establecer la viabilidad de un diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria que posibilite el desarrollo del pluralismo jurídico en Colombia, no es un tema fácil, es cierto que cada vez el Estado se ha preocupado por entender que existen otras formas de

derecho y de administrar justicia, sin embargo, sucede que los funcionarios públicos no se han concentrado en entender la importancia de la diferencia que implica para ellos alguien que no ha crecido bajo su misma cosmovisión, aún siendo un nacional, y que tampoco a ha permitido reconocerse como diferente respecto de ese otro sujeto y en ese sentido no reconocer esas diferencias tan leves, mucho menos le ha sido posible reconocer que de estas diferencias culturales y étnicas, se derivan otras que se presentan mucho más al interior de estas comunidades, como es su propia administración de justicia y sus sistemas jurídicos.

Por ello es tan fundamental para el Estado, que cuando se decida a adecuar su institucionalidad, empiece por la por la necesidad del funcionario público y del operador jurídico de reconocer la diferencia y de que éste diferente también puede ser administrado bajo las premisas y prerrogativas que contiene la constitución, sólo así puede entender que es viable integrar esos sistemas jurídicos diferentes y permitir el crecimiento y la articulación de nuevos instrumentos jurídicos y políticos que permitan potenciar el Estado social de Derecho.

Establecer el estado de la condición actual de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, ha permitido determinar que el reconocimiento constitucional de esta jurisdicción se presenta como una declaración de avanzada en las constituciones de la región, sin embargo al analizar lo que se ha materializado es más bien poco lo que se ha preocupado el Estado por adecuar su institucionalidad para que se garantice el derecho al ejercicio a esta jurisdicción, se debe ser claro, adecuar la institucionalidad no sólo es permitir que administren su justicia en los temas poco sensibles de la administración, implica también permitir y garantizar el desarrollo de sus propios sistemas de formación profesional, en sus propios métodos medicinales, la reproducción y enseñanza de sus lenguas, y en ese sentido, no se avizora cambios en la estructura y organización del Estado que concibió la JEI desde 1991.

Lo que sin duda demuestra que no basta con enunciar un derecho en la constitución, si no se concreta, y ello sin duda invita a proponer que la adecuación de la que se habla debe propugnar por el desarrollo de estos elementos, que hacen parte de esta jurisdicción y a la vez se debe hacer el máximo de esfuerzos por proteger y blindar las condiciones y características propias de los pueblos indígenas que se puedan ven afectadas o limitadas con las reformas estructurales de la administración, porque son estas características las que a la larga pueden enriquecer al Estado.

Los cambios en las formas de Estado en el mundo y en sus constituciones, sin duda son avances que implican una internacionalización de los sistemas de derecho de cada país, ello contribuye a que se presente una continua dinamización de éste y de la forma cómo se articula en la administración de justicia de cada país.

Se debe rescatar que todos los sistemas de derecho operan bajo dinámicas y lógicas distintas que parten desde la cosmovisión y de la orientación política y filosófica de cada nación, en efecto esas diferentes formas y sistemas demuestran qué tanto han concertado a nivel interno los Estados sus diferencias económicas, culturales y sociales.

La concertación de las diferencias correspondientes a los variados sectores de la población que integran los Estados, ha sido un detonante hacia el desarrollo, y evolución de las constituciones y también de la teoría constitucional contemporánea, adentrándose en la necesidad de una constante transformación y reinterpretación constitucional de las formas de derecho y en consecuencia la adecuación de la institucionalidad, para garantizar los escenarios donde los diferentes sectores puedan concertar sus diferencias y puedan mantener un dialogo, donde a partir de su diversidad, puedan contribuir en un proceso intercultural, que se concrete en las políticas que debe adoptar el Estado para garantizar los derechos incluso de los más diversos.

Esa diversidad en el desarrollo de la investigación, se vio reflejada de diversas formas dentro de la estructura actual del derecho regional y colombiano, con la inclusión de garantías destinadas a los sectores más diversos y desconocidos en la organización del Estado durante siglos. Así es el caso de los pueblos indígenas en la región y su reconocimiento en las constituciones, y la inclusión de la Jurisdicción Especial Indígena en el caso colombiano.

Reconocer e incluir el derecho de los pueblos a la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia, cortó el continuo desconocimiento e invisivilización de sus costumbres y prácticas ancestrales, fijando un espacio dentro de la normatividad constitucional a partir de la cual los pueblos pueden exigir y legitimar sus peticiones. Ese espacio y reconocimiento por vía constitucional implica una serie de adecuaciones institucionales que garanticen el cumplimiento y la protección de ese derecho.

Los espacios de concertación que se requieren para garantizar el ejercicio a ese derecho deben estar acompañados de elementos necesarios e indispensables para el debate sobre la adecuación institucional y la interculturalización de la estructura de derecho nacional, esos elementos que requiere son la diversidad étnica y cultural ya reconocida a los pueblos y sus diversas formas de derecho y administración de justicia.

Así, esta diversidad de los pueblos, sus formas de administrar justicia, más la jurisdicción ordinaria y la legislación colombiana, se deben confrontar, para que se utilice el pluralismo jurídico como instrumento y herramienta que garantice como resultado de ese dialogo de tú a tú, y proponga un sistema jurídico colombiano que reconozca y hable de diversidad, que legitime y legalice las practicas ancestrales, que respete la significancia de las creaciones y de la cosmovisión de los pueblos, no en su versión folclórica, económica y mercantil, sino desde la necesidad y el deber de

valorarla como un practica valida dentro de un Estado verdaderamente pluridiverso, multicultural y autoreconocido como jurídicamente plural, donde el ejercicio de derechos no es solo para los afortunados, sino para todos los administrados sin importar la diferencia.

Es por esto que existe una constante necesidad de visibilizar las prerrogativas de los Pueblos Indígenas consagradas en la carta política, garantizando la participación y el reconocimiento a su forma de justicia y desplegando por parte del Estado todas las herramientas necesarias para la consecución de estos objetivos.

Los procesos de formación intercultural son mecanismos necesarios que requieren implementación desde la academia para la educación de los profesionales, que son quienes en definitiva entran a determinar las relaciones entre los dos sistemas, dirimen conflictos de competencia, crean programas de fortalecimiento y aprendizaje en Justicia Propia, promueven los principios sobre los cuales está fundamentado el Estado Social de Derecho en el cual está constituido Colombia, y es por esto precisa una educación pluridiversa, con respeto y sensibilización por los pueblos originarios.

La propuesta de un diálogo intercultural no solamente va encaminada al desarrollo de un acápite del trabajo por parte del grupo de investigación, es un instrumento necesario para promover relaciones entre diferentes sistemas que conviven bajo una mismo Estado, y de esta manera puedan verse materializadas en temas como la educación, protección de derechos, salud y buen vivir . Propiciando el acercamiento de la sociedad en general con los Pueblos Indígenas, entendiendo que "ellos no son ellos, ellos somos usted y yo", allí radica su gran importancia y por consiguiente el esfuerzo y compromiso institucional e indígena que ello presupone.

Los principios de complementariedad y reciprocidad expuestos para el desarrollo del diálogo entre culturas, trascienden al ejercicio de la política y su voluntad para promover y fortalecer la protección y el acceso a la justicia, el compromiso del Consejo Superior de la Judicatura en el fortalecimiento y seguimiento de los programas realizados y los que se han de efectuar, y el enfoque diferencial que debe ser implementado en la normatividad aplicable a los pueblos originarios.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Aproximación conceptual y crítica del neoconstitucionalismo. En Revista de Derecho Valdivia. Julio 2010. Vol 23. No. p. 79 – 102.

ÁLVAREZ, Leonardo. La Constitución de Weimar. ¿una república sin republicanos? [Citado en 7 de agosto de 2014] Disponible en internet http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/307

ARBELÁEZ DE TOBÓN, Lucía. La Jurisdicción Especial en Colombia y los mecanismos de coordinación con el Sistema Nacional Judicial. Consejo Superior de la Judicatura. Guatemala, 2004.

ARISTIZÁBAL ARBELÁEZ, Luis Hernando. Anotaciones sobre derecho indiano. 1ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 1993.

ARIZA, Rosembert. Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009, p. 17.

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional Número 24. Bogotá DC. El Abedul. 1991. p. 256

BAUDOUIN, Dupret. Pluralismo jurídico, pluralidad de leyes y prácticas jurídicas: Teorías, críticas y reespecificación praxiológica. En: European Journal of Legal Studies : Issue 1. [citado en agosto 20 de 2014] disponible en: http://www.ejls.eu/1/14ES.pdf

BLANCO BLANCO Jacqueline, Tierra, Autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia, Pág. 33 – 34

BENAVIDES ASCUNTAR, Jorge Enrique. La Jurisdicción Indígena en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia: 2011, p.1

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Edit. Trotta, Madrid, 2000.

CAMPAÑA, pablo. Pluralismo Jurídico y Dominación. En: Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja". Año V, Número Especial, 2011. no. p. 580.

CASTRO, Jorge. Los derechos humanos y la jurisdicción especial indígena. En: Criterio Jurídico Garantista. Julio-diciembre, 2010. Año. 2 Núm. 3. ISSN 2145-3381.

CASTRO, Jorge. Los derechos humanos y la jurisdicción especial indígena. En: Criterio Jurídico Garantista. Julio-diciembre, 2010. Año. 2 Núm. 3. ISSN 2145-3381.

Centro Virtual Isaacs, Escuela de literatura. Facultad de Humanidades. Universidad del Valle. Lorenzo Muelas en ConversDOS. [video entrevista] Colombia: 2013. 25:03 minutos.

CENTRO DE COOPERACION AL INDIGENA CECOIN. Indígenas sin Derechos. Bogotá, 2007. pág. 37

COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Op. cit.,
COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 533 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254 de 1994 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 349 de 1996 - Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -139 de 1996 - Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 496 de 1996 - Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -728 de 2002 - Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 552 de 2003 - Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -811 de 2004 - Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Artículo 246 de la Constitución de 1991: sesiones de las comisiones. Bogotá: Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la constitución. 1991.

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Artículo 246 de la Constitución de 1991: sesiones de las comisiones. Bogotá: Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la constitución. 1991.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 605 de 1992 - Magistrado Ponente: Dr.EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 99 de Diciembre 22 de 1993. Artículo 76

Colombia, Congreso de la Republica, Ley 270 de 1996 Artículo 12. Del Ejercicio de la función Jurisdiccional por la rama Judicial

COLOMBIA. MINISTERIO DEL INTERIOR, [citado en 26 de agosto de 2014]. Disponible en internet: < http://www.mininterior.gov.co/content/en-cali-preparan-sistema-de-registro-de-indigenas >

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 270 de 1996. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

CONSEJO REGIONAL INDÍGENA DEL CAUCA. Cartilla de legislación indígena: comunidad bienes. Cauca: segunda edición, 1986.

CONSEJO SUPERIÓR DE LA JUDICATURA, Coordinación del sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena en el Amazonas. Bogotá 2012

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa, Acuerdo no. psaa13-9816 de 2013, Presentación Acuerdos Interculturales.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa, Acuerdo no. psaa12-9614 de 2012. Pág.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Minorías raciales y culturales. Art. 7. Bogotá DC:. Leyer. 2009.

Compendio de normatividad de los resguardos indígenas en Colombia en relación con la información estadística. P 12

Crónicas de un despojo. Foro Nacional de Comunicación Indígena. Las Leyes de origen y Derecho Mayor. Taita Lorenzo Muelas. [video] Popayán, Colombia: 2012. 25:07 minutos.

DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, (1994). Citado por: ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 58

ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. 2007, pág. 58

FLOREZ, Alfredo Enrique, las instituciones laborales de la colonia en el nuevo reino de granada, Universidad Javeriana, 1990. Citado por ARISTIZÁBAL ARBELÁEZ, Luis Hernando. Anotaciones sobre derecho indiano. 1ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 1993.

GARZÓN LÓPEZ, Pedro. Pluralismo jurídico. En: Revista en Cultura de la Legalidad. septiembre 2013 – febrero 2014. Vol. Nº5.

GÓMEZ, Herinaldy. Modulo intercultural. Pueblo arahuaco. Universidad del Rosario, Bogotá. Citado por PONCE BRAVO, German Ernesto y RUEDA CARVAJAL, Carlos Eduardo. ¿Es posible la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena en Colombia? Aportes para un diálogo intercultural e interjurisdiccional. Trabajo de grado para magister en derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de jurisprudencia, 2010.

GOYES MORENO Isabel Protección de las minorías indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano, Pág. 17

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constitución y Derechos Sociales. En Revista Derecho del Estado. Diciembre, 2003. vol 15, no. 169.

HOEKEMA André (2002) "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El otro Derecho, núm 26 -27, Pág. 76.* Citado por SÁNCHEZ BOTERO Esther " La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia" Pág. 7

JOSÉ ORTEGA Y GASSET. Citado por: ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Módulo de capacitación intercultural indígena, Bogotá. Ibíd. Pág. 63

LONDOÑO BERRIO, Hernando León. El fuero y la Jurisdicción Especial Indígenas en Colombia. Colombia: p.6

LOPERA MESA, Gloria Patricia y HOYOS CEBALLOS, Esteban. Fronteras difusas. Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal. En: Co-herencia. Julio–diciembre, 2008. Vol. 5, núm. 9.

MÉXICO. Constitución Política del Estado de Querétaro Arteaga. 22, de septiembre 1917, art. 3,4-5.

MORA, Diana Fernanda. Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena. Trabajo de grado para optar al titulo de abogada. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas, 2003.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. Diversidad cultural. Actualizado en octubre de 2013.
[citado en 9 de agosto de 2014] disponible en internet: http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=34321&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

PEÑA GUZMAN, Mireya Maritza. Los desafíos del reconocimiento del derecho indígena: estudio del caso colombiano. En: Boletín de Antropología Universidad de Antioquia. Abril-julio, 2007. Vol. 21. Núm. 38.

PONCE BRAVO, German Ernesto y RUEDA CARVAJAL, Carlos Eduardo. ¿Es posible la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena en Colombia? Aportes para un diálogo intercultural e interjurisdiccional. Trabajo de grado

para magister en derecho administrativo. Bogotá D.C.: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de jurisprudencia, 2010.

REINAGA, Fausto. Tesis India. Bolivia, 2006, p. 81

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ministerio del Medio Ambiente, Decreto 1809 de septiembre 13 de 1993. Artículo1

RIVERA, José Antonio. Temas de Derecho Constitucional. El Neoconstitucionalismo y pluralismo jurídico. Cochabamba: Olimpo Editora de Libros, Mayo 2012. p. 355

RODRIGUEZ, Gloria amparo. Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. Pág. 33

SANCHÉZ – CASTAÑEDA, Alfredo. Los Orígenes del Pluralismo Jurídico. p. 483 [citado en agosto 21 de 2014] disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/29.pdf

SÁNCHEZ BOTERO, Esther. La Realización del Pluralismo Jurídico de Tipo Igualitario en Colombia. EN: Bilbioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [citado en agosto 21 de 2014] Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/71/pr/pr3.pdf

SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia. El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En: El caleidoscopio de las justicias en Colombia. 19ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.

VIAÑA, Jorge. La Interculturalidad como Herramienta de Emancipación. Editorial Campo Iris. La paz, Bolivia. 2009.

VILA CASADO, Iván Fundamentos del derecho Constitucional contemporáneo, LEGIS editores S.A . Bogotá, 2009.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político – epistémicos en marcha. En: Tabula Rasa. julio-diciembre 2008. No.9. p 131-152.

YRIGOYEN FAJARDO Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. p. 20

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 1995.