

Pluralismo jurídico en Colombia: aplicación de la Jurisdicción Especial Indígena en delitos sexuales con víctimas menores de edad

Karen Ximena Martínez Coral

Luis Alberto Vallejo Pantoja

Universidad Cooperativa de Colombia - Campus Pasto
Maestría en Derechos humanos y Gobernanza primer cohorte
San Juan de Pasto

2021

Pluralismo jurídico en Colombia: aplicación de la Jurisdicción Especial Indígena en delitos sexuales con víctimas menores de edad

Karen Ximena Martínez Coral

Luis Alberto Vallejo Pantoja

Director trabajo de grado

Doctor: Álvaro Mauricio Chamorro Rosero

**Trabajo de grado para optar el título en la Maestría en Derechos humanos y Gobernanza
primer cohorte**



Universidad Cooperativa de Colombia - Campus Pasto

Maestría en Derechos humanos y Gobernanza primer cohorte

San Juan de Pasto

2021

Resumen

Este trabajo pretende dar una mirada a los reconocimientos realizados en la Constitución Política de 1991, especialmente en lo que tiene que ver con la posibilidad de que, a la luz del respeto por la diversidad étnica y cultural, los pueblos indígenas tengan la facultad de administrar justicia conforme su derecho propio. Con el paso del tiempo, el resultado de las luchas de las comunidades étnicas ha permitido que, poco a poco, se avance en la ejecución de un diálogo entre las culturas existentes en el territorio nacional, dando paso a la expedición de normas y precedentes jurisprudenciales, como herramientas para su efectiva aplicación. Sin embargo, se observará que no es un tema pacífico y que, de acuerdo con la interpretación que cada administrador de justicia tenga sobre el mismo, el resultado puede variar. Así, habrá posturas de tinte multicultural, basadas en el respeto por los derechos adquiridos, pero, realmente estrictas al momento de interpretar la capacidad de la administración de justicia para que, en casos graves, pueda ser ejercida por organismos distintos a los estatales. También, aquellas que, producto de ese intercambio dialógico entre culturas, propenden a una interpretación intercultural de la Carta Magna que habilita la jurisdicción especial, sin entender como traba la gravedad del hecho, sino que, por el contrario, confía en una institucionalidad de las comunidades originarias, quienes permanecen en continua construcción de su derecho propio.

Palabras clave:

Comunidad indígena; multiculturalismo; pluralismo jurídico; interculturalidad; jurisdicción; competencia; fuero indígena; jurisdicción especial indígena; precedente jurisprudencial; delitos sexuales; menores de edad; autodeterminación.

Abstract

This work aims to take a look at the recognitions made in the 1991 Political Constitution, especially with regard to the possibility that, in light of respect for ethnic and cultural diversity, indigenous peoples have the power to administer justice according to, their own right. The struggles of the ethnic communities have made it possible to progress gradually in the execution of a dialogue between the existing cultures in the national territory, giving way to the issuance of norms and jurisprudential precedents, as tools for their effective application. However, it is observed that it is not a peaceful issue and that, according to the interpretation that each justice administrator has about it, the result may vary. Thus, there is evidence of multicultural stances, based on respect for acquired rights, but really strict, when interpreting the capacity of the administration of justice so that, in serious cases, it can be exercised by organizations other than the state ones. Also, those that, as a result of this dialogical exchange between cultures, tend towards an intercultural interpretation of the Magna Carta, which enables special jurisdiction, without understanding how the seriousness of the fact hinders, but, on the contrary, trusts in an institutional framework of the native communities, who remain in continuous construction of their own right.

Keywords:

Indigenous community; multiculturalism; legal pluralism; interculturality; jurisdiction; competence; indigenous jurisdiction; special indigenous jurisdiction; jurisprudential precedent; sexual crimes; minors; self-determination.

Siglas utilizadas

<i>Nombre compuesto</i>	<i>Sigla</i>
Central Unitaria de Trabajadores	CUT
Censo General	CG
Censo Nacional de Población y Vivienda	CNPV
Consejo Superior de la Judicatura	C.S.Jud.
Constitución Política de Colombia	C.P.
Corte Constitucional	C.C.
Corte Suprema de Justicia	C.S.J.
Declaración Americana sobre los Derechos De los Pueblos Indígenas	DADPI
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos De los Pueblos Indígenas	DNUDPI

Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE

Derechos Humanos DDHH

Fiscalía General de la Nación FGN

Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH

Jurisdicción Especial Indígena JEI

Niños, Niñas y Adolescentes NNA

Organización de Estado Americanos OEA

Organización Internacional del Trabajo OIT

Organización de Naciones Unidas ONU

Organización de las Naciones Unidas para la Cultura,
Las Ciencias y la Educación UNESCO

Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC

Contenido

Resumen	4
Introducción	11
Capítulo Primero.	16
Pluralismo jurídico en Colombia	
I.1 Antecedentes	16
I.2 Surgimiento del pluralismo jurídico en Colombia	22
I.3 Hacia una definición del pluralismo jurídico	27
I.4 El debate entre multiculturalismo y derecho	30
I.5 El debate entre interculturalidad y derecho	35
I.6 Comunidades indígenas en Colombia, marco normativo y de los DDHH	38
Capítulo Segundo.	46
Desarrollo jurisprudencial constitucional sobre el ejercicio de la JEI en Colombia	
II.1 Escenario normativo de delitos sexuales contra menores de edad	46
II.2 Debates sobre la aplicación de un pluralismo jurídico en Colombia	50
II.3 Conceptos jurisprudenciales sobre Fuero indígena y JEI	54
II.4 Criterios para la aplicación de la JEI por la Corte Constitucional en la Sentencia T-617/2010	60
II.5 Reiteración de la jurisprudencia constitucional (Sentencia T-002/2012 - Sentencia T-921/2013 - Sentencia T-196/2015)	75

Capítulo Tercero.	87
Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sobre el ejercicio de la JEI en Colombia	
III.1 Sentencias en sede de casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia	87
III.2 Casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado	91
III.3 Contrastes en la solución de los casos expuestos	108
Conclusiones	112
Referencias	116

Introducción

La Constitución Política Colombiana de 1991 (en adelante C.P.), entre las novedosas concepciones que traería para la vida nacional, impuso un pluralismo jurídico que permite habilitar la coexistencia de varias jurisdicciones dentro del territorio. Con esa visión, este texto pretende analizar el manejo y tipo de procedimientos judiciales aplicables a los delitos sexuales cuando las víctimas son menores de edad que pertenecen a comunidades indígenas.

Los atentados contra la libertad, formación e integridad sexual, cuya ocurrencia quizá siempre ha estado encubierta por temores y barreras sociales como la estigmatización a sus víctimas, en la actualidad, gracias a la visibilidad que confieren las nuevas tecnologías de la comunicación, se filtran a la esfera del conocimiento público y constituyen tema de debate, alentado por grupos o colectivos interesados, así como por el sensacionalismo mediático que transmite detalles revictimizantes y muchas veces incensarios, en ocasiones acrecentados cuando se trata de víctimas menores de edad, quienes dada su evidente fragilidad, provocan reclamos de justicia y castigo para los responsables.

Ese sentimiento de repudio ha llevado a que estos comportamientos sean duramente legislados, con incrementos punitivos, eliminación de beneficios para los perpetradores, incluso hasta la pretensión de cadena perpetua. Esto ha sido parte de la respuesta estatal para proteger a los niños, niñas y adolescentes (NNA) que soportan ese tipo de conductas delictivas, desde un punto de vista eficientista y claro, apoyado en los preceptos constitucionales que consideran a esta población como objeto de protección especial y reforzada. Su idea, entonces, es perseguir con todo el poder coercitivo y en todo el territorio colombiano a quienes atenten contra la integridad sexual de los menores, sin consideración adicional.

No obstante, desde el mismo ordenamiento jurídico se ha planteado y reconocido diversidad étnica y cultural en el país; se ha aceptado la existencia de otras jurisdicciones y es, precisamente allí, en donde podría suscitarse un conflicto en torno a temas tan sensibles como el descrito, en donde aparecen otras miradas, análisis y procedimientos para enfrentarlos, ya no necesariamente desde la óptica de la institucionalidad estatal reconocida.

Se trata de un tema que ha suscitado conflictos entre las jurisdicciones ordinaria e indígena y, ante la falta de desarrollo legal que defina claramente competencias y aspectos procedimentales, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha venido marcando el derrotero, estableciendo una serie de criterios a seguir y cumplir en cada caso, a fin de acceder al uso de la Jurisdicción Especial Indígena (en adelante JEI). No obstante, cuando de aplicar esas directrices se trata, ocurre un distanciamiento en las posturas de las altas cortes que, al analizar un mismo caso, incluso llegan a conclusiones y soluciones diferentes, como se evidenciará en la revisión documental de la jurisprudencia nacional reciente.

Bajo este contexto, ante la elevada producción de decisiones relacionadas directamente con el tema, se revisó un gran porcentaje de ellas y se seleccionó aquellas relevantes para determinar en el caso de la Corte Constitucional (en adelante C.C.), los criterios o factores que son establecidos para dar aplicación a la JEI. Para el caso de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación penal, cómo se da cumplimiento a dichas directrices; y, para el caso de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en sede de tutela, las que permiten constatar cómo se ha modulado el empleo de tales criterios.

Se concreta el problema de investigación, tratar de determinar si realmente se dan las condiciones para una aplicación efectiva de la JEI o si, por el contrario, a pesar del reconocimiento

constitucional, en la práctica se suscitaría complejos obstáculos que deben enfrentar los interesados, demostrando entonces su escasa eficacia.

Como hipótesis, se abordará el estudio para conocer si las herramientas constitucionales y jurisprudenciales (a falta de legales) son suficientes para efectivizar los derechos de las comunidades indígenas; en este caso concreto, en lo que tiene que ver con el desarrollo de su derecho propio, conforme su cosmovisión, usos y costumbres.

Este escenario permitirá apreciar que el pluralismo jurídico en la cuestión que se aborda aún se encuentra en elaboración y discusión, lejos de ser un hecho consolidado o un derecho abiertamente reconocido, como se podría pensar a partir de la C.P. Bajo este entendimiento, existe todavía una serie de limitaciones para su materialización que implican que, para acceder a la JEI, quienes tengan interés deberán afrontar desde el inicio, decisiones negativas al respecto, y que tenga que desplegarse una batalla legal agotando todos los recursos procesales con los que se cuenta, además de acudir a acciones constitucionales para solicitar por esa vía el reconocimiento de un derecho (diversidad étnica y cultural) que se supone ya está estatuido.

El objetivo primordial de esta investigación es estudiar la manera como el pluralismo jurídico se adecúa dentro del ordenamiento legal y jurisprudencial colombiano en torno a las comunidades indígenas y sus procedimientos para administrar justicia; especialmente, concentrándose en los casos en los que están en juego derechos como la integridad y formación sexual de los menores de edad, puesto que se analiza por parte del órgano fallador, la pugna entre los derechos constitucionales de la diversidad étnica y cultural versus el interés superior de los NNA.

Con ese propósito, en primer lugar, se conocerá los antecedentes y contextos en los que se han desenvuelto las comunidades indígenas, incluso desde el ‘descubrimiento’ y la conquista, enmarcadas por comportamientos de abusos, despojos y tratos discriminatorios hacía ellas, pero

también definidas por la lucha constante para reivindicar sus derechos, en la que han obtenido logros significativos que en la actualidad se encuentran plasmados en la Constitución y la jurisprudencia, proceso dialógico que ha ocurrido dentro de tendencias que se mueven entre meros reconocimientos teóricos desde la óptica del multiculturalismo y debates por reconocimientos materiales de sus derechos a la luz de la interculturalidad.

Se pasa luego a encontrar que, pese a la orden constitucional para expedir la normativa aplicable a la JEI, eso nunca se concretó, surgiendo la necesidad de que nuestro órgano de cierre se pronunciara al respecto a través de precedente jurisprudencial constitucional donde la C.C., realizando una interpretación del conjugado de normas que amparan la diversidad étnica y cultural junto con la potestad de administrar justicia por parte de las comunidades originarias, traza una serie de lineamientos a seguir cuando haya conflictos entre la jurisdicción mayoritaria y la especial.

Finalmente, se estudiará la aplicación de los criterios establecidos con anterioridad por parte de los demás tribunales que pueden conocer problemas jurídicos relacionados con la asignación de competencia cuando se trata de asuntos penales en los que se debate derechos de comunidades indígenas y de niños víctimas de conductas de tipo sexual.

Todo lo anterior genera el interrogante de si en verdad se ha establecido un pluralismo jurídico en Colombia o si, en contraste, se reiteran modelos antiguos monojurisdiccionales con lo que se continuaría afectando los derechos humanos de comunidades enteras. Igualmente, genera la duda sobre qué tan factible y eficaz ha sido la aplicación de la justicia propia en las comunidades indígenas cuando se trata de conductas graves.

Las actividades desplegadas para desarrollar los objetivos se concretan en la revisión de textos, normas y jurisprudencia que contienen temas como el pluralismo jurídico, su desarrollo histórico en Colombia desde la conquista y la materialización del mismo a través de instrumentos legales y

jurisprudenciales. Sobre la jurisprudencia, es pertinente reiterar que en su producción no hay univocidad de criterios, al comprender el mandato constitucional de la diversidad étnica y cultural, sobre todo en lo concerniente a la solución de sus conflictos en aplicación de su derecho propio.

La presente investigación se centra en un enfoque cualitativo por medio de la revisión documental teórica, normativa y jurisprudencial, con el objeto de comprender el estudio del pluralismo jurídico y los sujetos de especial protección dentro de nuestro Estado social de derecho, al interior de las comunidades indígenas.

Capítulo Primero.

Pluralismo jurídico en Colombia

I.1 Antecedentes

En el campo del derecho del país, el estudio del pluralismo jurídico resulta relevante, por cuanto la indagación de sus contenidos ha permitido identificar y establecer un nuevo orden normativo en el que se incluye grupos sociales, étnicos y culturales del territorio colombiano, en un contexto de reconocimiento de la diversidad de expresiones y en un marco de coexistencia entre ellas.

En Colombia, a partir de la expedición de la C.P., formalmente se prevé y reconoce el carácter plural de su población, fundada en la diversidad étnica, a través de la cual se otorga espacios y se enaltece el respeto a los usos y costumbres ancestrales de los grupos indígenas existentes, propiciando un diálogo intercultural, un acercamiento entre la autonomía propia de los pueblos indígenas y la consagración de los Derechos Humanos.

No obstante, es pertinente revisar la historia y observar lo que ocurría en precedencia a dichos reconocimientos. En este orden de ideas, la llegada de los europeos al nuevo continente a finales del siglo XV, marcó el proceso denominado ‘descubrimiento’, término cuestionado por las comunidades indígenas de América, dadas las nefastas consecuencias de ese encuentro. Y ello es así, ya que, desde el primer contacto, los habitantes originarios fueron vistos como salvajes y tratados como tales.

A partir de comienzos del siglo XVI se da paso a la conquista a lo largo y ancho del nuevo territorio, en cuyo tránsito los españoles encontraron gran diversidad de comunidades y poblaciones en distintos estadios de desarrollo organizacional y de estructuración, destacándose tres civilizaciones avanzadas: Inca, Maya y Azteca.

Una de las características de la conquista era el financiamiento directo que los conquistadores realizaban de su empresa, siendo entonces una actividad netamente particular, ajena a la Corona Española en ese aspecto. Como consecuencia, y con el propósito de recuperar sus inversiones y gastos, los conquistadores realizaron un saqueo indiscriminado y violento de los recursos del continente, concretados en la consecución de oro y otros metales. En esta primera fase de conquista no asiste en los europeos el fin de establecerse en los territorios; su idea era avanzar, depredando todo cuanto encontraban, en busca del preciado metal (Institución Universitaria Escolme, s.f.).

En ese contexto, los conquistadores vieron en los nativos, seres inferiores, bestias para carga y trabajo, a quienes era válido esclavizar, mutilar, violar, torturar o descuartizar, sin ningún tipo de reproche moral, ético ni legal. Esa negación de humanidad llevaba la descarada intención de no reconocerles ningún tipo de derecho, y les habilitaba para ocuparlos en labores de minería y agricultura principalmente, en condiciones de esclavitud (Caballero, 2020).

Al anterior panorama para los indígenas, debe sumarse las enfermedades traídas del viejo continente, así como las matanzas en confrontaciones bélicas, generando una considerable reducción de su población, eventos que llamaron la atención de algunos miembros de la iglesia, quienes testigos de lo sucedido, informaron a la Corona Española. En el año 1500, Colón había llevado hasta Lisboa y Sevilla nativos del nuevo continente, con el fin de venderlos como esclavos, situación que llegó a oídos de la Reina Isabel, quien expidió una Real Provisión mediante la cual conminaba a liberarlos y devolverlos a sus naturalezas, ordenando que fueran tratados como buenos súbditos de la corona y que nadie se atreviera a hacerles mal ni daño (Caballero, 2020).

Para la Corona Española, los nativos americanos eran sus vasallos, súbditos que ocupaban las tierras que ahora pertenecían a esa casa real, desplegando hacia ellos un paternalismo que, en todo caso, procuraba su cuidado y trato digno. Desafortunadamente, la realidad en las nuevas tierras era

otra y esas directrices no fueron acatadas, menos ante la ausencia de autoridades de control en esos primeros tiempos de la conquista; por el contrario, continuó el repartimiento de nativos para explotar su trabajo en punto de esclavitud.

A fin de moderar los comportamientos abusivos, a partir del año 1503, se empieza a establecer los rasgos de la encomienda, figura formalmente instaurada a partir de las Leyes de Burgos en 1512, cuyo antecedente es la denuncia formulada en 1511 por el fraile Domingo Antonio de Montesinos, de la barbarie y crueldad de la conquista para con los indígenas, situación que llevó al Rey Fernando a expedir las nuevas ordenanzas para el nuevo continente (Caballero, 2020).

Las Leyes de Burgos entonces, pretendían proteger a los indígenas, regular su tratamiento y limitar hacia ellos las conductas abusivas de los colonizadores y encomenderos. Reconocían que los indios eran hombres y libres, pero que deberían ser incorporados o sometidos a la civilización; es decir, al dominio de los Reyes de España, incorporación que se llevaría a través de la evangelización y figuras como la encomienda que, jurídicamente, planteó la existencia de obligaciones recíprocas entre un colono encomendero y el grupo de familias indígenas que se les encomendaba. En esta relación, el encomendero estaba autorizado para apropiarse de los tributos que los indígenas debían entregar como súbditos a la Corona, a la par que podía utilizarlos para que trabajasen a su servicio, pudiendo también exigirles prestaciones económicas.

Como contraprestación, el encomendero debía velar por el bienestar de sus encomendados y proporcionarles educación eminentemente religiosa. En su concepción, la encomienda no entregaba al encomendero la propiedad sobre las personas físicas ni sobre las tierras en las que se asentaban los encomendados. Esto no podría ser así, porque las mismas Leyes de Burgos reconocían la calidad de hombres libres a los indígenas (Mayorga, 2005).

No obstante, los encomenderos continuaron abusando de los nativos, generando nuevamente que un religioso, en este caso Fray Bartolomé de Las Casas, denunciara ante el emperador Carlos V, nieto del Rey Fernando, lo que consideraba la destrucción de las indias y de los indios, hecho que llevó a que fueran promulgadas Las Leyes Nuevas de 1542, mismas en las que se dejaba en claro la humanidad, libertad e igualdad de los indios (Caballero, 2020).

La encomienda fue abolida a finales de 1718, aunque quizá en la práctica, por la extensión del continente, se prolongó por más tiempo en algunos territorios. Dada la desacreditación de esta figura, los colonos adoptaron y acogieron una nueva institución: la Mita, un estatus jurídico que reconocía a algunos pueblos indígenas, la condición de vasallos libres del Reino de Castilla, con el fin de cubrir las necesidades urgentes de los colonos por mano de obra para sus actividades de producción. Los indígenas debían pagar un tributo proveniente del trabajo por turnos que realizaban, lo que los forzaba a estar constantemente vinculados a una actividad económica para procurarse un salario con el que pudiesen satisfacer el pago de los tributos (Zuleta, 1973).

La mita y la encomienda explotaron la fuerza laboral de los indígenas en condiciones de abuso. Los esfuerzos de la Corona Española, con leyes y disposiciones para garantizar un trato digno hacía ellos, fueron vanos, en cuanto los colonos deliberadamente las ignoraron, negando derechos a los nativos, en un abuso que casi los extingue.

Para 1809, en medio del conflicto entre Francia y España, en esta última se constituyó la Junta Central Suprema, estableciendo que los territorios del nuevo continente no eran colonias, sino partes integrales del Reino; por tanto, con derecho a participar en el diseño de su gobierno, razón por la que se dispuso la elección de representantes ante ella, proceso que involucró de manera exclusiva a españoles y criollos, excluyendo a los indígenas, sobre quienes fueron planteados aspectos que los involucraban, como lo propuesto por el cabildo de Villa del Socorro que pedía,

entre otras, supresión de las clases estériles, libertad de las tierras y del trabajo, abolición de los resguardos destinados a uso exclusivo de los indios, y más (La Rosa y Mejía, 2013).

Tales ideas evidenciaban el obstáculo que constituían los indígenas en la intención de apropiación y explotación de sus tierras por parte de los colonos, además de la sistemática negación de cualquier tipo de derechos o concesiones en su favor.

Para 1810, se concretó la voluntad y esfuerzos independentistas; el 20 de julio de ese año se firmó un acta de independencia, proclamando autonomía de la Corona y autogobierno. Entre 1811 y 1816 se dio la Primera República, caracterizada por conflictos entre provincias y sus líderes, gestándose una guerra civil entre ellas. La caída definitiva de Napoleón en 1814 restableció a Fernando VII en la Corona, quien decidió retomar el control de América, evento que logró, de alguna forma, unir a las provincias en torno a la causa de expulsar a las fuerzas españolas, hecho que se concretó con la victoria en la Batalla de Boyacá en 1819 (La Rosa y Mejía, 2013).

De 1819 a 1830 se dio la Segunda República; ya sin presencia española en el territorio, se replicó las tensiones entre provincias y sus líderes. El 29 de febrero de 1832 se profirió una Constitución con la que nació la República de la Nueva Granada (La Rosa y Mejía, 2013).

En estos períodos, los reclamos y luchas por la libertad, igualdad, autogobierno e independencia, tuvieron exclusiva referencia a los derechos de los criollos. En esos espacios independentistas no entraron en discusión siquiera, los derechos, necesidades e intereses de los indígenas; nótese cómo *El Memorial de Agravios*, manifiesto que planteaba reclamos y demandaba derechos para los habitantes de América, elaborado por Camilo Torres, que pese a la indignación, inconformismo y crisis que describía, no refería o reivindicaba las notorias violaciones de derechos a los que se sometía a las comunidades indígenas y afros (Moreno, Machado y Rodríguez, 2010).

Así las cosas, de la independencia emergió un Estado de corte liberal, centralista y monocultural, que se concretó con la Constitución de 1886. Allí, las elites económicas, políticas y religiosas, además de garantizar instrumentos para su permanencia, invisibilizaron la presencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes, habida cuenta de que en ningún aparte son mencionadas, con lo que se concretó la negación de sus derechos. Ese modelo estatal pretendía civilizar a los indígenas para integrarlos a la cultura dominante, cumpliendo el ideario liberal de igualdad, que les haría acreedores de garantías civiles y de derechos humanos consagrados para todos los ciudadanos (Moreno et al., 2010).

En ese contexto se expidió la Ley 89 de 1890 “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, norma que, aunque producida dentro del Estado monocultural, resultaría favorable a la causa reivindicatoria de derechos de las comunidades indígenas, dado que introdujo regulación a las relaciones Estado - pueblos originarios, entregando fundamento y herramientas para afianzar sus luchas y reclamos.

Dentro de su contenido, la ley aceptó para los naturales, la existencia de una vida comunitaria, así como la titulación colectiva de tierras para ellos; esto, con un carácter provisional, recordemos que se buscaba adoctrinarlos, eliminar sus creencias y costumbres, para convertirlos en ciudadanos civilizados, momento en que deberían regirse en todo por las leyes comunes, sin excepciones, eliminando además de sus costumbres, el título sobre sus tierras ancestrales.

Esos reconocimientos legales permitieron que los indígenas tomaran la ley como un instrumento fuerte frente a las presiones de latifundistas, ya que había dado lugar a un área del derecho exclusiva para ellos. Al reconocer un régimen comunal de los **resguardos** y su gobierno propio por medio de los cabildos, se configuró un tipo de fuero especial. Todo esto, de alguna

manera, constituía el eje de lo que había sido su lucha, sus peticiones y reclamos desde la colonia misma (Moreno et al., 2010).

Si bien los resguardos son establecidos en esta ley, sus orígenes se remontan a la colonia, como institución jurídica y agraria que apareció a finales del siglo XVI, prevista por la Corona Española con el propósito de proteger a los indígenas del fracaso de la encomienda, tratándose de una figura que también fue diseñada para facilitar la recolección de tributos, habida cuenta que al concentrarlos en territorios, separándolos de españoles y criollos, se alcanzaba un recaudo más eficiente (Morales, 1980).

Es lo cierto que, la creación de los resguardos concedió un proceso de recuperación a las comunidades indígenas en muchos sentidos; además de rescatar su población, les permitió el reencuentro con ellos mismos, con sus usos y costumbres, con su propia cultura suplantada. Igualmente, les reconoció un autogobierno.

Esta institución logró evitar la desaparición física y cultural de dichas comunidades y, aunque creada con una intención segregacionista por la Corona Española, terminó asegurando la supervivencia de estos grupos, con tal efectividad que luego de 529 años desde la llegada de los españoles, es una entidad que persiste con todas sus características.

I.2 Surgimiento del pluralismo jurídico en Colombia

Desde el año 1974, cuando se diera por terminado el llamado Frente Nacional, sectores no tradicionales del país se planteaban la necesidad de propiciar un cambio en la organización y estructuración del Estado, que se mantenía anclado en el tiempo, con instituciones y concepciones obsoletas.

Una serie de eventos como el Paro Cívico Nacional de septiembre de 1977, quizá la más significativa protesta popular de la segunda mitad del siglo XX, convocado por sectores estudiantiles, obreros y sindicales, resultó de tal trascendencia, que forjó la unidad sindical en la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), ánimo de integración que también llevó a la creación de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), así como una convergencia de movimientos cívicos y regionales a lo largo del país. Incluso, el movimiento guerrillero se reorganizó y fortaleció su lucha contra el Estado, cuya respuesta fue la imposición del decreto de *estado de sitio*, prácticamente permanente hasta finales de la década de los ochenta, cuyo fin era debilitar o eliminar todo intento de unidad popular (Archila Neira, 2016).

Ese ambiente de crisis había derivado en un serio problema de gobernabilidad que gestó la necesidad del cambio y ajuste constitucional, cuya iniciativa no surgió en la anquilosada clase política, sino en el levantamiento ciudadano, con el movimiento de la séptima papeleta, en contra de la violencia y la clase política tradicional que en todo el territorio había sido permeada por las mafias del narcotráfico (Indepaz, 2013).

Entonces, el contexto histórico y político que propició el movimiento ciudadano del proceso constituyente, se caracterizaba por situaciones extremas que ya resultaban intolerables: primero, una situación de violencia generalizada que mantenía a la nación en una guerra interna; segundo, una absoluta falta de legitimidad de las instituciones del Estado, traducida en una ausencia de representatividad de varios sectores y minorías de la población; tercero, la falta de opciones para gestar cambios, pues reformar la constitución hasta entonces vigente (1886) o modificarla, además de prácticamente imposible, no ofrecía una solución de fondo (Correa Henao, 1990).

En esta coyuntura, las comunidades indígenas tuvieron la oportunidad de alzar su voz y demostrar su presencia; participaron activamente en el proceso de elección de constituyentes ante

la Asamblea Nacional Constituyente, obteniendo dos escaños con Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, elección y participación que, de entrada, marcaba un hito en la historia del país, al participar indígenas en el nuevo diseño del Estado y, a la vez, asegurar su lugar a futuro en la vida nacional.

La participación y propuestas de aquellos constituyentes, pese a las dificultades que sus pretensiones presentaban para los intereses de quienes hegemónicamente habían gobernado, encontraron eco dentro de la Asamblea que, además, logró sintonizarse con el movimiento latinoamericano de un nuevo constitucionalismo, enmarcado dentro del reconocimiento y reivindicación de la diversidad étnica de las naciones de este continente.

La labor de los constituyentes indígenas resultó relevante en, al menos, tres aspectos que quedaron plasmados en la Nueva Carta:

1. El ordenamiento territorial; 2. La apertura de espacios políticos y sociales de participación para los indígenas y los demás grupos étnicos, en especial la circunscripción especial indígena para el Senado y la circunscripción especial para los grupos étnicos; 3. El reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de nuestro país y la garantía a derechos territoriales y culturales de los indígenas en la nueva Constitución. (Londoño Toro, 2002, p. 44)

Esos aspectos constituyen el punto de partida de la multiculturalidad, por cuanto se traducen en el reconocimiento de ser una nación con diversidad étnica y cultural, alejándose del modelo hegemónico y monocultural que desde la conquista había imperado y, a la vez, se admite que en Colombia existen muchas regiones con características y culturas particulares, con lo que se les concede y permite recuperar su identidad y dignidad; pero, a la par, y de gran relevancia como complemento, se erige un principio de autonomía administrativa y judicial de las autoridades indígenas, previsto esto último en los Arts. 246 y 330 de la C.P. (Moreno et al., 2010).

En cuanto a la autonomía judicial, es el reconocimiento de la existencia de verdaderos sistemas normativos, propios y ancestrales en las comunidades y pueblos indígenas, que les permite su ejercicio conforme a sus normas, procedimientos, usos y costumbres, condicionado eso sí, a una aplicación dentro de sus territorios y sin contrariar la Carta Constitucional ni las leyes nacionales.

Concesión de tal dimensión, que permite a esas comunidades, identificarse como parte de su propia cultura y no sentirse ajenos a ella, al enaltecer el respeto a sus formas ancestrales de control social, hecho que debería propiciar un diálogo intercultural, así como también un acercamiento entre la autonomía propia de los pueblos indígenas y la consagración de los Derechos Humanos. Allí cobran sentido y trascendencia los conceptos de pluralismo jurídico y reconocimiento de la diversidad, pues “la identidad étnica representa un marco tan fundamental, como la identidad de género” (Sánchez Botero y Jaramillo Sierra, 2007, p. 54).

Surge de la norma en comento tal relevancia para la concreción de la autonomía judicial indígena, que ha debido tener desarrollo legislativo; sin embargo, no ha ocurrido así y se ha quedado en intenciones fallidas, como por ejemplo, con el Proyecto de Ley Estatutaria 003 del 2000 “por medio del cual se establece los principios, criterios fundamentales y los mecanismos de coordinación entre las Autoridades Indígenas y el sistema Judicial Nacional, de conformidad con el Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia”, conjuntamente con el Proyecto de Ley Estatutaria 246 de 2010 del Senado “por medio del cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dicta otras disposiciones”. Ambos, archivados y puestos fuera de la agenda del órgano legislativo, sin que haya interés o premura para retomarlos.

Lo anterior quizá, se deba a que la dimensión multicultural plasmada en la C.P., de una u otra manera, genera tensiones ante conflictos aún no resueltos, si bien la Carta Magna hace unos

reconocimientos de derechos para los pueblos indígenas, en la práctica aún persisten visiones de exclusión de todo aquello que implica lo diferente.

Muestra de esto es que, pese a cumplirse 30 años de la expedición de la C.P., se debata aún entre maximizar la autonomía de los pueblos indígenas o minimizarla, con argumentaciones que acuden a la prevalencia de los derechos humanos individuales y de la soberanía del poder central sobre cualquier complejo de normas propias y de autonomías territoriales, posturas que corresponden, la primera, a la firme e histórica convicción de las comunidades indígenas y de sus defensores; y la segunda, a sectores y personas apegadas a la tradición hegemónica, monocultural y liberal decimonónica, que miran hacía las comunidades étnicas diferentes con superioridad y desprecio (Moreno et al., 2010).

De ahí que resulte pertinente acudir a las herramientas contenidas en la misma Constitución, en el bloque de constitucionalidad e instrumentos específicos como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que, en sus Arts. 8, 9 y 10 establece el deber de respetar y conservar los métodos indígenas tradicionales de solución de conflictos.

Consecutivamente, la Ley 21 de 1991, “por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989”, ha logrado una ampliación de la voluntad constituyente de construir un Estado multicultural, reconociendo las pretensiones de los pueblos indígenas al asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico, que fortalecerá su identidad, idioma y creencias, dentro del marco del Estado Nacional Colombiano en que se encuentra, previsiones que se hallaban contenidas en el fallido Proyecto de Ley Estatutaria 003 de 2000.

Podría concluirse que, el surgimiento formal del pluralismo jurídico en Colombia, ocurre con la expedición de la C.P., norma que, desde el comienzo de su articulado, identifica a la nación como un Estado pluralista, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, el respeto a la autodeterminación de los pueblos, que incluye las lenguas y dialectos en los territorios de los grupos étnicos, entre otros (Título I).

I.3 Hacia una definición del pluralismo jurídico

Desde antaño, las sociedades se han caracterizado por buscar mantener un orden y una estabilidad que les permita su sostenibilidad. De esa necesidad, ha surgido el derecho como producto social que ha desarrollado herramientas de carácter normativo, para resolver los conflictos que se susciten y se ha determinado la potestad del Estado, como el único creador del sistema jurídico válido al interior de una nación.

Sin embargo, como se ha visto hasta este punto, no existe una homogeneidad social o cultural, sino que, por el contrario, la heterogeneidad es una propiedad de nuestra especie; por tanto, no puede en la actualidad hablarse de sociedades puras y uniformemente compuestas.

Ese escenario hace posible una disputa por la apropiación de la potestad para producir el derecho y su ámbito de aplicación, así como de los sujetos y objetos del mismo, llegando a cuestionar la autoridad o criterios por los que un grupo se impone a otro, poniendo en escena debates sobre si el derecho debe ser común a todos los individuos o, por el contrario, generar normas específicas y diferenciadas (Sánchez, 2009).

Este tipo de discusiones y tensiones son la evidencia de que ya no nos movemos en terrenos de exclusividad de un anquilosado monismo jurídico, por lo general de tinte clasista y excluyente,

habiendo una movilidad a apreciar que, en otros sectores que constituyen minoría, también hay sistemas jurídicos, incipientes o estructurados en donde se produce derecho.

Téngase en cuenta que un sistema jurídico puede estar construido por leyes, escritas o no, al igual que por un cúmulo de costumbres o usos sociales, compartido por una colectividad y sus integrantes, desplegable en procedimientos y operado por personas reconocidas también por la comunidad (Cruz, 2013).

Hablamos entonces, de la presencia en un mismo espacio geográfico de varios grupos con posibilidades de construir derecho para sí mismos, en medio de la preexistencia de otros sectores con la misma posibilidad y sentido, conllevando una existencia alterna de sistemas jurídicos que podrían operar por separado, en conjunto, en armonía, en conflicto, con legitimidad o sin ella; pero, en todo caso, con la potestad de resolver conflictos (Cruz, 2013).

Por supuesto, dentro de un espacio territorial definido, generalmente hay un grupo mayoritario, generador de normativa, que pretende llegar a todo habitante del mismo, reservándose desde su postura dominante, el aval de validez o rechazo de otras formas de expresión jurídica. “Nuestros países, herederos de una tradición liberal, eurocéntrica, reconocen la existencia de otras culturas y su esquema jurídico, en tanto no atenten o interfieran con su estabilidad” (De Sousa Santos y Exeni, 2012, p. 20).

En esos términos, nos aproximamos al fenómeno del pluralismo jurídico, genéricamente descrito como el hecho de la existencia de más de un sistema jurídico dentro de un mismo territorio (Cruz, 2013), concepción en torno a la que se ha construido muchas otras líneas de definición, determinadas por los criterios y particularidades de las sociedades, razón por la cual no podría hablarse de un concepto acabado y definitivo. De Sousa Santos (2009) menciona que, pese a la

universalidad del pluralismo jurídico, las sociedades le atribuyen “un perfil específico” (p. 75), producto de especificidades históricas, sociales, culturales, económicas y políticas.

Colombia no es la excepción a esa fenomenología; su trasegar histórico, social, político, jurídico y cultural, produce un pluralismo jurídico que responde a su contexto y que, para De Sousa (2009), se distingue por ser compleja, en la medida en que el derecho institucional compite tenazmente con los otros derechos paralelos, tratando de limitar sus espacios y reduciendo sus alcances.

En esa descripción, lejos estamos de abordar con verdadero criterio de igualdad, la integración con las culturas minoritarias, como lo son las comunidades y etnias indígenas del territorio. Esto implica un punto de crisis, pues pese a haber reconocimiento constitucional del carácter multiétnico y pluricultural de nuestra población, así como de la JEI, eso queda en el plano meramente formal dado que, en el material, el derecho mayoritario no registra actividad eficiente, en vías de desarrollar y fortalecer la integración entre sistemas.

Los temas previamente abordados siembran la necesidad de que todas las previsiones constitucionales encuentren procesos que los consoliden, pero, sin esperar que los mismos surjan exclusivamente desde la sociedad mayoritaria; eso sería mantener posiciones hegemónicas y monistas. No podría esperarse, por ejemplo, que el Congreso de la República de Colombia reglamente y defina legislativamente el tipo de dinámica de la JEI inconsultamente, ya que, si se ha reconocido actualmente esa otra jurisdicción, su sistematización debería ser el producto de concertaciones e interacción entre sus representantes; de no hacerlo, se llega a afectar derechos fundamentales como el del acceso a la justicia.

En ese contexto, la C.P. prevé la existencia, en el mismo territorio, de la justicia indígena y la justicia ordinaria, pasando de un fuerte monismo jurídico, a uno plural. Esa enunciación incorpora

dos esferas legítimas para el reclamo o restauración de derechos, debidamente representadas por sus autoridades e instituciones, actuando en paralelo (Ariza Santamaría, 2010).

Ese gesto constitucional le quita al Estado el monopolio como centro productor de normas jurídicas; pasa a compartir esa potestad con grupos sociales y culturales diferentes y, a efectos de proyectar la potencialidad de este pluralismo, es necesario comprender si son las visiones multiculturales o de interculturalidad, las que alimentan el espíritu de entender y asumir lo diverso, puesto que, los resultados en uno u otro caso, podrían diferir entre el fracaso de construir nación o, en el éxito de integración y respeto de las diferencias.

I.4 El debate entre multiculturalismo y derecho

El arribo de Colón y los europeos al territorio del nuevo continente marcó un encuentro entre culturas, el cual no obedeció a esa afirmación históricamente planteada como el encuentro de dos mundos, en ese contacto fortuito ocurrido a finales del siglo XV, por un lado, arribó la cultura española, para entonces la monarquía más poderosa de Europa; y, por otro, habitaban ya en esta latitud, un sinnúmero de culturas nativas que transitaban por distintos estadios de desarrollo que, a su vez, ya se habían interrelacionado entre sí.

En todo caso, este encuentro suscitó una interacción caracterizada desde sus inicios por la presencia de tensiones y conflictos, de tanta profundidad que, con el avance del tiempo, no han logrado ser resueltas y, por el contrario, persisten en la actualidad, muestra de lo complejos que resultan los procesos de comunicación humana.

Desde disciplinas como la antropología o la sociología, se ha observado y estudiado ese tipo de eventos en los que ocurren encuentros, relaciones e interacciones de grupos humanos, constituidos en culturas. El contacto cultural es entonces, una constante de la historia humana, así como el

hecho de que se dé en medio de dificultades y crisis, debido a que no puede perderse de vista que cada cultura cuenta con su propia historia, lógica, visión y significación de sí misma y su entorno, fuente de la identidad y la diversidad a la vez (Gómez y Hernández, 2010).

Precisamente, la aproximación a esos momentos del contacto entre Colón y los pobladores de lo que será América, puede permitirnos entender aspectos trascendentales de nuestras relaciones actuales. En su obra *La conquista de América, el problema del otro*, el filósofo Todorov (1998) nos descubre a un personaje que, frente a la magnífica oportunidad de haber ‘descubierto’ un nuevo mundo, con riquezas de todo orden, se centró, desde su mentalidad medieval, en la obtención de riquezas materiales y la descripción de la variedad y belleza natural de esta parte del mundo.

Pero en ese ejercicio, bajo una visión absolutamente etnocéntrica de superioridad europea, no se atrevió siquiera a observar en los nativos, asomo alguno de humanidad. Para Colón, todos ellos eran iguales en estatura, color de piel, aspecto físico, sin idioma, sin lengua, sin religión, sin costumbres, sin ley, sin cultura; en suma, se trataba de ‘salvajes’ que no coincidían con los orientales que esperaba encontrar, aquellos que Marco Polo había descrito en sus relatos (Todorov, 1998).

De allí que, como se narrara previamente, pretendió comerciarlos como esclavos y solo la intervención de la Reina le impidió ese cometido. Bajo este entendimiento, hay un desinterés absoluto por conocerlos; no hay aspecto diferente al oro o trabajo que pueda servir de ellos; en esta visión de superioridad europea, el “otro” no tiene cabida.

La actitud de Colón hacía los nativos se replica en idénticas circunstancias en la conquista; posteriormente a la colonia y, prácticamente hasta hoy, actitud que descansa en dos características distinguibles: la primera, consiste en verlos como seres humanos, con los mismos derechos, pero que se enmarca dentro de un asimilacionismo concretado en la intención perenne por

‘cristianizarlos’ o ‘civilizarlos’ en busca de la igualdad liberal. La segunda, parte de la diferencia, pero desde un plano de relación superioridad - inferioridad, donde no debe hacerse esfuerzo para saber qué lugar ha correspondido y corresponde a los indígenas (Todorov, 1998).

Ese paradigma dio cabida al magnicidio de nativos y poblaciones enteras, cuyos sobrevivientes han resistido los incesantes esfuerzos de asimilación desde la cultura dominante, la que, en ese cometido, ha empleado también el aparato judicial, en especial el derecho penal, para apagar rezagos de lo diferente (‘salvaje’), sin lugar a diálogo entre las partes, siendo una de ellas la que ha tomado las decisiones, imponiéndose.

Hasta aquí, se identifica tensiones al momento de abordar las relaciones con comunidades indígenas, las que se fundan en la reticencia para aceptar la existencia de esas otras culturas, etnias o pueblos, por parte de la sociedad dominante, sobre todo, por el desinterés hacía ellas, negando encuentros y diálogos que propicien conocimiento recíproco; no en vano, menciona Todorov (1998), “uno puede descubrir a los otros en uno mismo, darse cuenta de que no somos una sustancia homogénea” (p. 13).

Ese tipo de crisis sucede en la presencia y el contacto entre culturas. Autores como el filósofo mexicano Mauricio Beuchot (2013), identifican como multiculturalismo, “al fenómeno de la multiplicidad de culturas que se da en el mundo, y en la mayoría de los países [...] En efecto, es un hecho o situación: la existencia de varias culturas en un mismo estado...” (p. 13). Y, precisamente, como cualquier fenómeno humano, puede ser analizado desde ópticas distintas, a fin de enriquecer la discusión y comprensión del tema, como ocurre al estudiarse desde disciplinas como la política, antropología, sociología, filosofía; inclusive, desde el derecho.

La situación que describe el multiculturalismo ha ocurrido a lo largo de la historia humana, pero su análisis y estudio rigurosos en el escenario global se ubica desde la mitad del siglo XX,

especialmente en países como Canadá y Reino Unido, en donde se busca la “reivindicación de derechos de minorías, habitualmente ignoradas, como los esquimales en Canadá y varias etnias y grupos religiosos que vivían bajo el manto del imperio británico” (Cuchumbé, 2012, p. 53).

A su vez, en Latinoamérica, los movimientos constitucionales de los años 90, abordan con una visión propia el tema del multiculturalismo, en un trabajo de construcción o rescate de identidad, que, por supuesto, propendía por el reconocimiento de la existencia de comunidades indígenas y afros en nuestros países, minorías a quienes era el momento de reconocerles derechos, tradicionalmente negados (Cruz, 2013).

En Colombia, el impulso que abre las puertas al multiculturalismo, empoderando a grupos minoritarios, viene con la expedición de la C.P., que la erige como un Estado plural y libre, con inclusión de los distintos fenómenos sociales, reconociendo la variedad étnica de la población, que la enaltece como una expresión que promueve la no discriminación por razones de raza o cultura. En este entendido, el multiculturalismo debería surgir como un modelo de política pública, que pretenda proteger esa variedad y la inclusión de las minorías, exigiendo el diseño de mecanismos que, efectivamente, reconozcan y garanticen los derechos que propicien su subsistencia, en condiciones justas y de dignidad humana.

Ese deber ser cobra relevancia en cuanto al momento de verificarse en el plano real, la garantía de derechos; desde el multiculturalismo se ha debatido si implica tan solo tener presente el respeto y ánimo de convivencia con las culturas minoritarias o, si, por el contrario, “se debe avanzar hasta el reconocimiento de derechos y la expedición de leyes diferenciadas para esas minorías” (Conill, 2002, citado por Cuchumbé, 2012, pp. 53-54).

Autores como Kymlicka (1996), en su obra *Ciudadanía Multicultural*, plantean que las sociedades modernas se enfrentan a un “reto del multiculturalismo” (p. 25), en la medida en que

hay un incremento de grupos minoritarios en pie de reclamos de reconocimiento por identidad y derechos, advirtiendo que un modelo de multiculturalismo limitado, basado en la tolerancia entre culturas, si bien llega hasta la identificación de minorías que deben ser atendidas, no avanza en procesos para adentrarse en el conocimiento auténtico de ellos y, los reconocimientos que pide para esas minorías, terminarían en una especie de segregacionismo, al mantener distancia comunicativa, lo que se traduce en una no integración de las minorías con la sociedad mayor.

Por su parte, Bocarejo (2011) analiza al multiculturalismo desde una postura política, en el seno de las democracias liberales contemporáneas estimando que gran parte del multiculturalismo radica en fortalecer una cultura política que promulgue ideales de tolerancia, convivencia e igualdad entre los ciudadanos de un Estado, aspecto que se ejerce en medio de complejas disputas y reclamos provenientes de diferentes actores sociales, tanto beneficiarios como no beneficiarios de derechos diferenciales.

Estas visiones resultan en un multiculturalismo que trata de atender política y jurídicamente la diversidad y diferencia de esas comunidades minoritarias en medio de una desconexión y desigualdad, en que hay una parte que domina la situación (sociedad mayoritaria), produciendo de esa manera, un pluralismo jurídico desigual que adopta políticas y leyes meramente paternalistas.

No obstante, no puede desconocerse la determinación del multiculturalismo como modelo de gestión de la diversidad cultural en el entorno de sociedades multiculturales que conviven en un mismo espacio. Tiene y ha aportado puntos positivos que, por supuesto, deben ser mejorados y replanteados, aspectos como los mencionados por Salazar (2009), en las dimensiones de promover y fortalecer el respeto hacía las culturas minoritarias, luchar contra el racismo y la discriminación, establecer programas educativos que propicien la unidad en la diversidad existente, entre otros.

Se observa entonces, que se trata de tareas y compromisos que denotan trabajo coordinado desde todas las instancias y partes involucradas, pero sin dudas, es un reto necesario que se encamina a fortalecer valores sociales en equidad y justicia en medio de las diferencias, aspirando a la integración y conocimiento mutuos de quienes habitan un mismo territorio.

I.5 El debate entre interculturalidad y derecho

Hasta ahora, se ha visto el conflicto agudo suscitado para el tema de estudio específico, entre la cultura dominante con aquellas culturas o pueblos étnicos minoritarios, como los son las comunidades indígenas, en una línea de tiempo que data desde el desembarco de Colón en América y el inminente contacto con sus pobladores, culturas diversas puestas en contacto de manera abrupta.

Igualmente, la historia de esa relación ha transitado un camino de imposición de la cultura dominante y de sometimiento de los pueblos nativos americanos, quienes, al levantar reclamo por su reconocimiento y concesión de derechos, han sido reiteradamente estigmatizados y vistas sus causas, como una resistencia al cambio (modernidad). “Esa es, la reducción a la que se ha llevado al movimiento indígena en Colombia y, obviamente, en el continente americano” (Gómez y Hernández, 2010, p. 15).

Así las cosas, se identifica en esta disímil relación entre culturas, una postura necia en la parte dominante, para reconocer y aceptar la existencia y presencialidad de otros, a quienes se pretende mantener conformes, realizando concesiones de tipo político y jurídico. Y esto evidencia otra característica negativa de esta relación, que sería la inexistencia de canales claros y honestos de diálogo y comunicación.

La C.P. avanza en el reconocimiento de la multiculturalidad, que redundando en un pluralismo jurídico con una concepción positiva, evidentemente, pero que se construye nuevamente de forma fragmentada e incompleta. Esta réplica de errores pasados, adicional a la permanente ruptura entre culturas, no ha permitido ni permite establecer un proyecto de unidad nacional. La ausencia de diálogo y de integración han impedido forjar los cimientos para construir una nación en la que todas las partes sepan quiénes son, así como, trazar una carta de navegación que sea favorable a todos, logrando descartar definitivamente “la concepción de una cultura hegemónica y otras subalternas” (Gómez y Hernández, 2010, p. 17).

Los pasos dados desde el multiculturalismo, a través de sus ópticas filosófica, política, jurídica, etc., permiten realizar un diagnóstico e identificar que, dentro de una cultura dominante, habitan otras y que, como tales, requieren atención específica por parte del Estado, permitiendo una discusión en torno a qué aspectos deben mejorar esas relaciones, buscando dar un paso adelante en pro del progreso de los modelos teóricos, luego aplicables en la realidad.

Ese avance está previsto en la interculturalidad, que debe entenderse como un proceso de comunicación e interacción entre las personas y los grupos con identidades culturales específicas, que hace posible que cada una de las ideas y acciones de una persona o grupo cultural, no primen por encima del otro, sino que, en contraste, exista entre los mismos un respaldo mutuo y continuo a través del diálogo, la concertación, la integración y convivencia (Gómez y Hernández, 2010).

La interculturalidad tiene su fundamento en el multiculturalismo y en el pluralismo cultural, pero hace énfasis en la intensificación de la interacción entre culturas, misma que ya existe, pero ahondando, ya no únicamente en lo que las hace diferentes, sino en aquello en lo que podrían coincidir; también en los vínculos, valores e intereses comunes de desarrollo y construcción de

sociedad, aspirando al fin a esa identidad nacional. “Esto solo podría ejecutarse en un diálogo entre iguales, en medio de las diferencias” (Salazar, 2009, p. 18).

La aspiración de las sociedades modernas se debe centrar en evitar el ejercicio de la violencia, como recurso para imponer ideas, para reclamar o defender derechos que se considera vulnerados. El anhelo de una convivencia pacífica resulta muy exigente en las condiciones actuales de la sociedad. Desde la interculturalidad se plantea como alternativa de solución, al debate entre las culturas o partes en conflicto, una capacitación para aprender a dialogar, expresarse, escuchar, proponer, concertar; en síntesis, “poder comunicarnos adecuadamente sobre los puntos en tensión, y los derechos en conflicto con otras culturas, en una actividad argumentativa eficaz” (Beuchot, 2005, p. 7).

De ahí que, la interculturalidad propicie un mayor alcance analítico a las discusiones entre culturas diversas, haciendo que sucedan en un rango más amplio que la diversidad misma, superando el límite que imponen las visiones de tolerancia, ascendiendo al nivel de respeto auténtico. En ese proyecto, la convivencia, la igualdad y la justicia de las comunidades diferenciadas, se daría en punto de lo sustancial y no lo meramente formal, dándose una sincera gestión de lo diferente, por medio de un debate continuo que no se agote por las crisis que inevitablemente suceden. Vista así, la interculturalidad se levanta como un nuevo paradigma, “que apareja una ética renovada, tendiente a gestar la transformación de las culturas” (Comboni y Juárez, 2013, p. 12).

Por tanto, la interculturalidad debería constituirse como un proceso y actividad continuos; sobre todo, una práctica de toda la sociedad, de niveles grupales a los individuales propios de las actividades cotidianas, en el firme propósito de reconstruir la sociedad, hasta la extinción de

hegemonías abusivas, legitimando todas las presencias culturales (Universidad Mayor de San Andrés, UMSA, Bolivia, s.f.).

Esta construcción de interculturalidad debe nacer de la vista crítica del contexto de nuestros países, de sus encrucijadas y potencialidades, apropiando sus contenidos para revisarlos y readecuarlos, en la medida en que resulte favorable a los objetivos de sociedades verdaderamente democráticas y participativas, aspirando a que las minorías no sean solo datos, sino compañeros de vida.

I.6 Comunidades indígenas en Colombia, marco normativo y de los DDHH.

Luego de recorrer los contenidos anteriores, es pertinente hacer una aproximación a los pueblos indígenas que ocupan el territorio del país, para lo cual, es necesario tener clara alguna información sobre ellos. Según el Censo Nacional de Población y Vivienda (CNPV) adelantado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) en el año 2018, fueron identificados 115 pueblos indígenas nativos, frente a 93 que habían sido identificados en el Censo General (CG) del año 2005, en razón a nuevos reconocimientos étnicos, tendiendo una población de 1.392.623 personas para el CG 2005 y de 1.905.617 individuos en el CNCP 2018, equivalente a un incremento del 36,8 % en la población indígena, crecimiento que se atribuye no solo a los niveles de fecundidad, sino también por la inclusión de nuevos integrantes, en razón a un “aumento del autorreconocimiento étnico indígena” (DANE, 2019).

Estas cifras, alentadoras en principio, reflejan más bien la persistencia de los pueblos originarios para sobrevivir, su entereza para mantener activas las luchas por reconocimiento, respeto y garantía a sus derechos. Esa larga y difícil historia transitada les ha obligado a adaptar medios e instrumentos de defensa, conforme el devenir de los tiempos; en la actualidad, una herramienta

que resulta viable a su cometido, es precisamente la de utilizar la institucionalidad para procurar una clara definición de sus derechos fundamentales, acompañada de la concreción formal y práctica de los mismos.

Lo anterior implica una dimensión teórica en la que esos derechos deben estar contenidos y descritos formalmente en normas que sean claras y, a la vez, resulten obligatorias o vinculantes. De ello se desprende la dimensión práctica, que le dé sentido y vida a esas normas; esto es, el diseño de políticas públicas, de programas eficientes y de compromisos y tareas que, ante todo, puedan ser verificables y exigibles (Roldan, 2005).

No obstante, la discusión en torno a los derechos de los pueblos originarios, ha resultado una actividad poco fluida en escenarios locales e internacionales, quizá, como consecuencia de la herencia colonial sustentada en la aniquilación, reducción y asimilación de esas comunidades, traducida en una negación de todo lo que ellas representan.

En ese tipo de escenario, es en el siglo XX cuando empieza a ser parte de la agenda internacional lo relacionado con las comunidades étnicas y sus derechos, llevando a la generación de instrumentos normativos que los contienen; esos derechos étnicos pueden ser entendidos como “prerrogativas o garantías de que son titulares los Pueblos Indígenas como entes colectivos [...] logro reciente al que se llegó mediante la defensa de los derechos humanos vulnerados por el racismo, la segregación de las minorías y la intolerancia frente a las diversidad cultural ” (Roldan, 2005, p. 289).

Los instrumentos que se ha desarrollado, en su mayoría no tienen carácter vinculante para los Estados, siendo escasos los que cuentan con esa condición, pero que, en cualquier caso, han contribuido a la evolución de los derechos étnicos, generando el ambiente adecuado para el reconocimiento de derechos concretos. De manera cronológica y sucinta, se menciona este marco.

En el año 1919, al fin de la Primera Guerra Mundial, se erige la Sociedad de Naciones y a su amparo se constituyó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo que en la siguiente década adelantó estudios del trabajo de las poblaciones nativas en las colonias, llegando a elaborar en 1930 el Convenio sobre Trabajo Forzoso (Roldan, 2005.)

Los Congresos Indigenistas Americanos, congresos gubernamentales, se instalaron desde 1940; el primero tuvo lugar en Pátzcuaro, México, al que concurrieron representantes de gobiernos y también de comunidades o naciones indígenas. Allí fueron aprobados 72 acuerdos, entre los que destaca la creación del Instituto Indigenista Americano. Se llevó a cabo once congresos, siendo el último en 1993, suspendidos por las crisis y tensiones ocasionados por las propuestas de los Estados frente a los reclamos de los pueblos indígenas. En el año 2009, el Instituto terminó sus operaciones; entre las funciones que tenía, estaban la investigación de asuntos indígenas, actuar como entidad consultora para las oficinas indigenistas de los gobiernos de los Estados miembros; fue creado mediante la Convención Internacional de Pátzcuaro en noviembre de 1940, convención ratificada por 17 países, entre ellos Colombia (Toro, 2012.)

En 1945, en la Conferencia de San Francisco, se constituyó la Organización de Naciones Unidas (ONU), que en 1947 creó la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías. En 1948 se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pilar de todos los derechos, incluidos los étnicos. Hacia 1948, en Bogotá, se constituyó la Organización de Estados Americanos (OEA) (Roldan, 2005).

Para comienzos de la década de los 50, la OIT que, para 1946 se convirtió en Agencia Especializada de la ONU, investigó la situación de los trabajadores indígenas que sirvió de sustrato para elaborar el Convenio 107 de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, dada la calidad de Convenio, generaba poder vinculante para quienes lo ratificaran y sería el primer intento de

codificar derechos para los indígenas en un instrumento internacional en temas como la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales, el derecho a educación de sus niños en sus lenguas. Curiosamente, no hubo participación de pueblos originarios en ninguna de las fases de su confección, quienes, reunidos en el Segundo Congreso Mundial de Pueblos Indígenas de 1977, lo rechazaron (Acosta, 2019).

Para diciembre de 1965, la ONU adopta la Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial (en vigor desde 4 de enero de 1969), instrumento contemplado como fundamento del Derecho Internacional para los Pueblos Indígenas. En 1966, la Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación (UNESCO) proclamó un instrumento relevante: la Declaración sobre los Principios de Cooperación Cultural Internacional, que reconoce el derecho que tienen los pueblos a su cultura, que llevó a que agrupaciones de indígenas demandaran reconocimiento de su identidad. Para 1978, la UNESCO genera la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (Roldan, 2005).

Nuevamente la OIT, hacía el año 1986 revisa la vigencia y validez del Convenio 107, dejándolo de lado y abordando el estudio de un nuevo instrumento que responda adecuadamente a la problemática indígena, esta vez, con participación de representantes de estos pueblos (sin voto), llegando en 1989 a la adopción del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, entrando en vigencia en el mismo año, dejando de lado el Convenio 107 para ratificación y convirtiéndose así, hasta la actualidad, en el único instrumento jurídico con carácter vinculante en cuyo contenido hay reconocimiento de derechos de los Pueblos Indígenas; hace parte entonces del ordenamiento jurídico vía bloque de constitucionalidad que impone también obligaciones a los Estados para

evitar políticas de asimilación de los pueblos originarios y respetar su autonomía en todos los temas que les son propios (instituciones, identidad, lenguas, cultura, jurisdicción, etc.).

Dentro del marco internacional, quedaría por mencionar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), adoptada en 2007, luego de cerca de 24 años de discusiones y disertaciones al seno de la ONU, con votación a favor de 143 y 4 en contra (Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia) y 14 abstenciones; curiosamente Colombia fue una de ellas, el único Estado de la Región, situación que deja entre ver cuál es la visión del Estado frente a los temas indígenas. Se trata de un instrumento sin fuerza vinculante, pero que aporta relevantes elementos en el reconocimiento de derechos (Acosta, 2019).

En el Sistema Interamericano, la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) es el instrumento regional en el tema; además de ser el de más reciente producción, fue aprobado el 14 de junio de 2016. Colombia objetó artículos relacionados con temas de consulta previa, territorios ancestrales y desmilitarización de territorios indígenas. En este caso igualmente, el proceso para llegar a él tomó un tiempo considerable: cerca de 17 años en razón a las ineludibles dificultades que los reclamos de los Pueblos Indígenas representan para los Estados (OEA, 2016).

Adicional a los enunciados, se cuenta con muchos otros instrumentos que, desde el orden internacional, coadyuvan en la causa del reconocimiento y defensa de derechos de los Pueblos Indígenas, pero de todos ellos se destacan los siguientes derechos o garantías: 1) derecho a la identidad étnica, 2) derecho a la autonomía de gobierno, 3) derecho a la tierra y al territorio, 4) derecho de acceso a los recursos naturales, 5) derecho a consulta previa en tema de aprovechamiento de recursos naturales, 6) derecho a la justicia y de acceso a la justicia, 7) derecho a una jurisdicción propia, 8) derecho a los servicios públicos básicos, 9) derecho al desarrollo

propio, 10) derecho a la participación política, 11) derecho a la participación administrativa, 10) derecho a la comunicación fronteriza (Roldan, 2005), a los cuales se les puede sumar protección contra el genocidio, rechazo de la asimilación, garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, respeto por los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, protección al patrimonio cultural y de la propiedad intelectual (Acosta, 2019).

Esta serie de disposiciones, en elaboración y revisión constantes, satisfacen la necesidad que se documente y catalogue cuáles son los derechos de las comunidades indígenas; no obstante, la secuencia práctica que debería seguirle, para materializar esos reconocimientos, encuentra obstáculos, dada la discordancia entre las reivindicaciones por autonomía total de los pueblos autóctonos y la limitada concesión de la misma por los Estados.

En Colombia, el tema indigenista no está en el primer plano de sus intereses estatales, situación nada novedosa que, reiteradamente, queda en evidencia, tanto interna, como externamente, en donde su postura es negatoria de derechos y restrictiva frente a la autonomía de los pueblos originarios, pese a las directrices y mandatos constitucionales para fortalecer esos ítems.

Es precisamente, la promulgación de la C.P. cuando el Estado entra en sintonía con lineamientos progresistas en el reconocimiento de derechos a las comunidades nativas; previo a ella, no hay legislación ni políticas garantistas fuertes de esos derechos, salvo particulares casos como el de la Ley 89 de 1890, sobre la cual ya se ha hecho algunas menciones. Esto ha llevado a que la vía jurisprudencial de la C.C., sea la que acoja y desarrolle esos contenidos, a partir de normas como el artículo 7 de la C.P., en donde se prevé que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación, dándole un lugar e importancia que articula otras normas de la misma Carta (Preámbulo, arts. 1, 2, 171, 176, 246, 330) en torno a la definición conceptual y enunciación de los distintos derechos fundamentales desarrollados en pro de estas comunidades (Semper, 2006).

En decisiones como la SU-510 de 1998, la C.C., hace un reconocimiento de los derechos centrales de los pueblos y comunidades indígenas, descritos como aquellos que se encaminan a asegurar sus territorios, a fortalecer su autodeterminación y a garantizar una participación en el Estado y sus instituciones de manera justa. En este proveído, la C.C. enumera esos derechos: 1) derecho a la subsistencia, derecho a la vida (art. 11 C.P.); 2) derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica (art. 12 C.P.); 3) derecho a la propiedad de tierra comunitaria; 4) derecho a participar en decisiones y medidas que puedan afectarlas –recursos naturales-. (C.C. SU 510/1998, 1998); 5) derecho a reconocimiento y protección de las prácticas medicinales tradicionales (C-377/94, T 214/97).

Quizá esa enunciación aún deje por fuera muchos otros que han venido siendo reconocidos, pero es una línea de pensamiento que, en algún momento, se espera pueda plasmarse, pero más allá de eso, acompañada de herramientas tangibles para su efectivización.

De entre todos los derechos reconocidos a las comunidades indígenas, a partir del art. 7 Superior, se desprendería el de su autonomía, que se comprende como la posibilidad de organizarse social, económica, política, administrativa y jurídicamente según sus saberes y necesidades, designando sus propias autoridades, estableciendo su sistema educativo y de salud sin injerencias o perturbaciones por la institucionalidad (Semper, 2006).

De entre esos reconocimientos, el que se sustrae como objeto de estudio de este trabajo, es el atinente al derecho a una jurisdicción propia, previsto en el art. 246 de la C.P., el cual es una materialización de la autonomía indígena, de la composición plural y diversa de las sociedades, negada por mucho tiempo, pero que, respondiendo a los estándares internacionales sobre derechos de Pueblos Indígenas, reconocen la posibilidad para que estos puedan desplegar y activar una

jurisdicción conforme a sus usos y costumbres, posibilidad que entra en conflicto directo con el anhelo del Estado que ha buscado una unidad nacional, en concreto de una unidad jurídica.

La JEI en Colombia no encuentra consolidación que le otorgue operatividad efectiva, temas pendientes como la elaboración de una Ley de Coordinación entre ella y la Jurisdicción Ordinaria, que provenga del diálogo igual entre las autoridades de cada lado, enredan su esencia y sentido, pues sigue sometida a conceptos y decisiones que provienen de instituciones estatales, difuminando el respeto que se enarbola por la diversidad étnica y cultural.

Capítulo Segundo.

Desarrollo jurisprudencial constitucional sobre el ejercicio de la Jurisdicción Especial

Indígena en Colombia

II.1 Escenario normativo de delitos sexuales contra menores de edad

Los NNA han sido objeto de amparo a lo largo de la historia a través de instrumentos internacionales e internos, de los que se destaca la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la C.P. y la Ley 1098 de 2006, por mencionar algunos. Del artículo 44 constitucional se desprende la cláusula de prevalencia, que indica que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Título I). Ha de entenderse que se trata de sujetos de especial protección constitucional a razón de la vulnerabilidad que implica la etapa de su crecimiento físico y desarrollo mental en la que se encuentren, lo cual genera un trato preferente por parte del Estado, incluso desde antaño, previa a la expedición de la normativa vigente.

Es precisamente bajo este presupuesto que dentro de los estatutos penales que ha tenido Colombia, a partir de su primera redacción en el Código Penal de la Nueva Granada de 1837, se incluyó un aparte que se refiere a delitos sexuales con víctimas menores de edad, aunque en dicha época, con diferencia conceptual a la que hoy se conoce. Una agresión sexual era entendida como ‘abuso deshonesto’ y tenía como sanción años de trabajos forzados, así como destierro del lugar donde se cometió el delito; así mismo, para “el que abusare deshonestamente de un niño o niña que no haya cumplido la edad de la pubertad”, se estipulaba una pena más grave (Código Penal de la Nueva Granada, 1837, arts. 69 y 70).

Para 1873, con la expedición del Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, se introduce el término ‘estupro’, relacionado con la comisión de conductas delictivas de tipo sexual

con menores de edad, describiendo que, según el Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, 1873, arts. 525, 526 y 527, “comete estupro el que abusa deshonestamente de un niño o niña que no ha cumplido la edad de la pubertad”, insertando agravantes en la pena si del abuso deviene enfermedad o lesión que afecte al niño o niña, o si fuere cometido por funcionario o empleado público (Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, 1873, arts. 525, 526 y 527).

En 1890, en el Código Penal de la República de Colombia se hace referencia a la ‘corrupción de jóvenes’, entendiéndose por corruptor de esa índole, a la persona que pervierte o prostituye jóvenes impúberes “enseñándoles la ejecución de actos torpes, como la cópula entre los dos sexos, u otros de naturaleza semejantes” (art. 429 núm. 1), así como “los que incitaren a jóvenes menores de diez y seis años, a ejecutar actos carnales con un tercero, por medio de dádivas, ofrecimientos, engaños o seducción” (art. 429 núm. 2), con agravantes similares a los anteriores.

Para 1936, el Código Penal habla de ‘violencia carnal’, en un título denominado “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL HONOR SEXUALES”, en el que recoge los conceptos de legislaciones anteriores con algunas modificaciones; por ejemplo, la violencia carnal se refiere al sometimiento a otra persona a acceso carnal sin consentimiento y con violencia física o moral; el estupro ya no se refiere a víctimas menores de edad, sino mujeres quienes han sido engañadas bajo promesa de matrimonio para ser accedidas carnalmente; los abusos deshonestos ahora son aplicados para mayores de 16 años y son exclusivamente actos erótico sexuales diferentes al acceso carnal. En esta norma está penalizado el acceso carnal homosexual, sin importar la edad de los involucrados. La corrupción de menores se refiere a la ejecución de actos eróticos sexuales, diferentes al acceso carnal en menores de 16 años y al acceso carnal a mujer entre 14 y 16 años aun con su consentimiento. Aparece el proxenetismo como delito, que entraña

el ánimo de lucro para inducir al comercio carnal o prostitución a una persona honesta (Código Penal, 1836, arts. 317 y ss).

Para 1980 se expide el Nuevo Código Penal; se conserva un título bajo el nombre de “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL PUDOR SEXUALES”, diferenciando los tipos de violación como: acceso carnal violento, acto sexual violento y acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. Se mantiene el estupro, como acto sexual y acceso carnal mediante engaño en personas entre 14 a 18 años. Se tiene el acto sexual abusivo, como acceso carnal con menor de 14 años o con incapaz de resistir y la corrupción de menores como actos sexuales en menor de 14 años o en su presencia, se conserva el proxenetismo como inducción o constreñimiento a la prostitución. Se crea delitos como “trata de mujeres y menores” y “estímulo a la prostitución de menores” (Decreto Número 100, 1980, arts. 298 y ss.).

En el año 2000 se expide el Código Penal Colombiano, vigente en la actualidad, cuyo título correspondiente se denomina “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES”; además de iterar las conductas de la normativa anterior, trae como novedad, el delito de ‘acoso sexual’, entendido como la persecución física o verbal con fines sexuales no consentidos de otra persona. Se conserva los delitos de acceso carnal y acto sexual con menor de 14 años y se introduce delitos como “estímulo a la prostitución de menores”, “pornografía con menores” y “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores”. Se elimina el estupro (Ley 599, 2000, arts. 208 y ss.).

Posteriormente, en el año 2006 se expide el Código de la Infancia y Adolescencia, cuyo objeto es “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes” (art. 2), así como “garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política

y en las leyes, así como su restablecimiento” (art. 2); inserta un deber de corresponsabilidad de tal garantía a la familia, la sociedad y el Estado. Define las edades de niños y niñas de 0 a 12 años y adolescentes entre los 12 y 18 años. Ratifica el amparo constitucional reforzado de interés superior y prevalencia de los derechos de los NNA frente a los de cualquier otra persona (Ley 1098, 2006, arts. 2, 8, 9 y 13).

Esta norma trae como novedad la específica protección para NNA de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, quienes “gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de DDHH y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social”. Se implementa el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, así como procedimientos especiales para cuando son víctimas de delitos. En el caso específico de adolescentes indígenas y demás grupos étnicos, establece: “serán juzgados según las normas y procedimientos de sus propias comunidades conforme la legislación especial indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política, los tratados internacionales de DDHH ratificados por Colombia y la ley” (Ley 1098, 2006, arts. 139 y 156).

Finalmente, como herramienta de protección de los derechos de los NNA víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, se determina la eliminación de beneficios para los agresores como: medidas no privativas de la libertad, detención domiciliaria, extinción de la acción penal por reparación integral, sustitución de la ejecución de la pena, ni ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo (Ley 1098, 2006, art. 199).

Como instrumento de protección, surge la Ley 1146 de 2007 “por medio de la cual se expide normas para la prevención de la violencia sexual y atención de los NNA abusados sexualmente”, creando el comité que lleva nombre similar y definiendo pautas para prevención y atención (Ley 1146, 2007). Para el año 2008, con la expedición de la Ley 1236, se incrementa las

penas en delitos de abuso sexual. En el año 2021, a pesar de haber sido aprobado en último debate el proyecto de ley que pretendía reformar la C.P. para permitir prisión perpetua de violadores de NNA, además de tener la sanción presidencial correspondiente, la C.C. al ejercer el control constitucional respectivo, consideró que el Congreso trasgredió su poder de reforma al incluir pena de prisión perpetua revisable en la norma superior, estimando un retroceso en materia de humanización, política criminal y garantía de resocialización de condenados.

En lo que tiene que ver con el bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 superior, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen DDHH, hacen parte del ordenamiento jurídico interno. Bajo ese presupuesto, los derechos de los menores han sido estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada como tratado internacional de derechos humanos en 1989 y ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991. Concurren otros instrumentos internacionales que han sido ratificados por Colombia, como diversos convenios y los Protocolos Facultativos de la Convención en distintos temas, que han originado la expedición de leyes internas, que a su vez han generado la modificación o creación de la normativa atrás descrita (Código Penal, Código de la Infancia y Adolescencia y leyes de reforma).

II.2 Debates sobre la aplicación de un pluralismo jurídico en Colombia

Si bien el reconocimiento de la JEI viene de la promulgación de la C.P. en 1991, resulta interesante cómo, de tiempo atrás en la C.S.J., se planteó el tema del juzgamiento de los indígenas, al ser excluidos (al menos en su estado salvaje o semisalvaje) del imperio de la ley, incluida la penal. En dichas oportunidades, aunque no se trató el tema específico de delitos sexuales o víctimas

menores de edad indígenas, es claro que fue el primer asomo de discusión en el juzgamiento de personas pertenecientes a comunidades indígenas.

Como primer precedente se tiene decisión que data de 1941, en la cual en un caso de “homicidio cometido por un indígena no civilizado”, en lugar de la pena impuesta de nueve años de presidio contenida en código penal anterior, se aplicó medidas de seguridad contenidas en el nuevo código. La sala de Casación en lo Criminal de la época, invalidó el fallo que impuso la sanción inicial y, ordenó experticias a Medicina Legal en aras de determinar “el grado de civilización del indígena para saber si se trata o no de una persona normal, capaz de valorar el alcance de sus acciones en el momento del delito” (C.S.J., Sala de Casación en lo Criminal, G.J., L.I., No. 1970, 1941, p. 309). El resultado de la pericia arrojó que el reo es un “indígena no civilizado y aunque puede expresarse en imperfecto castellano la resultante psíquica de sus sentimientos, voliciones y tendencias fundamentales son las de un sujeto que ha estado al margen de la vida civilizada sin ser penetrado por esta” (C.S.J., Sala de Casación en lo Criminal, G.J., L.I., No. 1970, 1941, p. 313).

Considera la Corte con ese resultado que el reo es asimilable a “un retrasado o a un deficiente mental, lo que permite evitarle la rigurosa sanción impuesta” (C.S.J., Sala de Casación en lo Criminal, G.J., L.I., No. 1970, 1941, p. 309) y en dicha condición ser acreedor de una medida de seguridad, específicamente ser “recluido por un tiempo no menor a cuatro años, y hasta que deje de constituir un peligro para la sociedad, en la colonia agrícola especial que señale el gobierno” (C.S.J., Sala de Casación en lo Criminal, G.J., L.I., No. 1970, 1941, p. 313). Es de tener en cuenta que no se exime de responsabilidad al procesado.

El segundo caso data de 1948, también por homicidio y en él se analiza la “aplicación de la legislación a los indígenas” (C.S.J., Sala de Casación Penal, G.J., LXIV, No. R-006954, 1948,

p. 863). La Sala de Casación Penal de la C.S.J, define que para determinar si un indígena se encuentra en estado salvaje o semisalvaje, es necesario practicar examen pericial a cargo de médico legal, quien como experto podrá establecer que el indio es un “ser cuyos planos instintivo, afectivo e intelectual no tienen el nivel correspondiente al hombre medio de nuestra civilización, o sea no dispone de los elementos psíquicos necesarios para valorar sus actos, en sus aspectos moral y social” (C.S.J., Sala de Casación Penal, G.J., LXIV, No. R-006954, 1948, p. 866).

El tercer caso, también de homicidio, es decidido por la Sala de Casación Penal en el año 1970. El juzgado ordenó el examen respectivo al Departamento de Medicina Legal y su resultado definió al sindicado como “analfabeto con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas. Es una persona primitiva, en estado salvaje” (C.S.J., Sala de Casación Penal, G.J., CXXXIV, No. 2326-2328, 1970, p. 303), se siguió juicio contra el procesado y es condenado a medida de seguridad de “Reclusión en una colonia agrícola especial o en un establecimiento industrial” (C.S.J., Sala de Casación Penal, G.J., CXXXIV, No. 2326-2328, 1970, p. 319), por el término mínimo de 48 meses, al encontrarlo responsable del delito de homicidio consumado.

En esta oportunidad, la Corte realiza serias consideraciones acerca de la normativa legal en el ámbito penal, el principio de territorialidad y la aplicación de la ley para todos los habitantes de la nación, para formularse cuestionamiento relacionado con: “si los hechos de los indígenas, configurantes de infracciones penales, a la luz del Código vigente, caen bajo su imperio, pues aquellos deben ser asimilados a los anormales” (p. 310), entiéndase éstos como quienes ostentan una “conciencia deficiente, equivalente de los estados oligofrénicos y las medidas aplicables son las de seguridad” (p. 310). Evoca el contenido de la Ley 89 de 1990 que excluyó a los indígenas en estado salvaje y semisalvaje del principio de igualdad jurídica y los asimiló a menores de edad, también la Ley 72 de 1892, que suspendió los efectos de la legislación ordinaria para los aborígenes

y facultó al Gobierno para delegar en los misioneros la competencia judicial civil y penal (C.S.J., Sala de Casación Penal, G.J., CXXXIV, No. 2326-2328, 1970, Págs. 303 a 319).

A pesar de la legislatura, la Sala considera que los aborígenes, por el hecho de serlo, no son deficientes ni retrasados mentales, pero tampoco menores de edad, discrepa también del concepto de pensadores de la siquiatria contemporánea que los asimila. Comparte el criterio de quienes sostienen que la justicia es un servicio público a cargo de la Nación, por tanto, no puede existir ningún régimen de juzgamiento fuera del que corresponde a las autoridades judiciales siendo abolidas las jurisdicciones particulares (la de los misioneros, Ley 72 de 1892).

Como consecuencia, al estar excluidos los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y al ser la figura de los misioneros opuesta a la C.P., por ser la competencia jurisdiccional privativa de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, “la situación de los indígenas en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentran comprendidos dentro de la esfera penal, carecen de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes” (p. 316). Invalida la sentencia condenatoria, declara nulo todo lo actuado en el proceso penal y ordena la libertad inmediata del procesado.

Como se observará a lo largo del análisis jurisprudencial que se desarrolla a continuación, incluso desde estos escenarios iniciales, los debates en torno a la aceptación de un pluralismo jurídico han sido bastante complejos, en el entendido que dos de los magistrados que componen la sala de decisión salvaron su voto, al considerar que las leyes invocadas se encuentran derogadas por el código penal vigente; por ende, el principio de territorialidad aplica para todos los grupos que habiten la república sin excepción, asegurando el principio de soberanía nacional.

II.3 Conceptos jurisprudenciales sobre Fuero indígena y JEI

El artículo 246 de la C.P., señala que la ley debe establecer las formas de coordinación de la JEI, con el sistema judicial nacional. No obstante, a la fecha, aunque se ha intentado ese desarrollo legislativo, han sido archivados los proyectos de ley presentados en ese sentido. Razón por la cual, como complemento al pronunciamiento de la Carta Política al respecto, se ha proferido una serie de decisiones en la jurisprudencia constitucional, que han hecho referencia a los reconocimientos hacia los pueblos indígenas y su forma de materializarlos, donde la aplicación de la doble jurisdicción no ha sido la excepción.

Es así como, la Sentencia T-704 de 2006, hizo un recuento general de los derechos de los que son titulares las comunidades indígenas, entre los cuales encontramos, por mencionar algunos, el derecho a la integridad étnica y cultural (Ver Sentencias T-428/1992; T-528/1992; C-169/2001; C-620/2003; SU-383/2003; C-401 de 2005), a la supervivencia cultural y la preservación de su hábitat natural (Ver, entre otras, las sentencias T-045/2003; SU-039/1997; C-169/2001; T-1117/2002; C-620/2003; C-041/2005), a la propiedad colectiva (Sentencias T-188/1993; T-652/1998 y C-180/2005), a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (Sentencias T-254/1994; T-349/1996; T-523/1997; T-1121/2001; T-782/2002; T-811/2004, entre otras) (C.C., T-704/06, 2006).

Como se observa, son múltiples los pronunciamientos que tienden a propender por el respeto a la diversidad étnica y cultural, siendo innumerables las providencias a las que se podría hacer alusión, razón por la cual, se hará referencia a las que se ha considerado más representativas o, que han marcado diferencia en lo que tiene que ver con el manejo de los reconocimientos constitucionales aludidos, específicamente en el tema jurisdiccional.

Es al momento de tratar de dar aplicación a ese derecho de administrar justicia de los pueblos

indígenas, donde surgen pugnas con la jurisdicción ordinaria o mayoritaria, conocidas como conflictos positivos de competencia entre jurisdicciones, en los cuales cada una reclama ser la adecuada para continuar con el conocimiento del asunto. Dichas controversias, conforme el artículo 256-6 constitucional, corresponde resolverlas al Consejo Superior de la Judicatura (en adelante C.S.Jud.).

Conviene enfocarse ahora, en las que se considera contienen el desarrollo más significativo, tratándose del tema de estudio: el establecer el conjunto de criterios que debe cumplirse para la activación de la JEI, correspondientes a los factores: personal, geográfico, objetivo e institucional, tal como se describe en la Sentencia T-617/2010, que los enmarca como requisitos indispensables para que la competencia de un asunto radique en esta jurisdicción especial.

No quiere decir esto que, de antaño no se haya empleado tales requisitos en decisiones similares anteriores, sino que, es a partir de esta providencia donde se inicia una línea jurisprudencial que tiene que ver con el conflicto entre derechos a la diversidad étnica y cultural y los derechos de niños víctimas de delitos sexuales, derivando de ella, varios pronunciamientos posteriores que analizan el conflicto de competencia entre jurisdicciones, específicamente en casos que involucran derechos a la integridad y formación sexual de menores de edad, como la T-002 de 2012, T-921 de 2013 y T-196 de 2015.

Se encontrará también, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha emitido una única providencia: la Sentencia SP15508-2015, que se pronuncia sobre el tema de competencia entre jurisdicciones ordinaria e indígena, pero esta vez en sede diferente a la de tutela y lo hace como Sala de Casación Penal, ante la inconformidad de las sentencias de primera y segunda instancia por parte de la defensa del acusado, quien activa el recurso extraordinario, resultado de lo cual, se decreta la nulidad de lo actuado y se ordena remitir el caso a la JEI.

Lo que se observará no ha ocurrido, al menos en la mayoría de los procesos, de los seis que se abordará, en los que ha sido la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, los que, en sede de tutela al decidir cuestiones similares han negado el amparo constitucional impetrado, cuya consecuencia ha sido que el asunto se tramite en la jurisdicción ordinaria.

La única excepción de las decisiones que se revisará, es la proferida por la Sala Penal, en la que se amparó los derechos invocados y se ordena al C.S.Jud. decidir la competencia en defensa de la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los derechos de la víctima, los dos últimos bajo la perspectiva de diversidad cultural, decisión que no fue unánime al contar con salvamento de voto por una de las magistradas, quien se aparta de la posición mayoritaria.

Sobre la Sala Penal, es factible también anunciar que, en una de las providencias a estudiar, ejerció como juez constitucional de tutela en primera instancia, donde amparó los derechos a la diversidad cultural deprecados; sin embargo, dicha decisión fue objeto de impugnación y su homóloga, la Sala Civil, revocó lo resuelto en inicio para, finalmente, negar el amparo y ordenar que la competencia del asunto continuara en la jurisdicción ordinaria.

Antes de entrar de lleno al estudio de las providencias anunciadas, es preciso realizar unas aclaraciones previas: (i) el juez natural en materia de conflicto de jurisdicciones; (ii) la clase de pronunciamientos de la C.C. como órgano de cierre que, para el caso que nos interesa, es la sede de revisión de tutela; y (iii), la clase de pronunciamientos que pueden realizar las altas cortes (Corte Suprema de Justicia en cualquiera de sus salas de decisión: Civil, Laboral y Penal; y el Consejo de Estado).

Iniciando entonces, por: (i) el juez natural en materia de conflicto de jurisdicciones a la luz del artículo 256-6 de la C.P., es el C.S.Jud., el encargado de dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. No obstante, con el Acto Legislativo No. 02 de 2015,

“por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dicta otras disposiciones”, se modifica el numeral 11 del Artículo 241 constitucional, en el sentido de otorgar a la C.C., la función de “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”, ante la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que, en su momento reemplazará al C.S.Jud. (Acto Legislativo No. 02, 2015).

Mientras eso sucede, todas las decisiones que se estudiará en punto de asignación de competencia entre jurisdicciones, han sido proferidas por el C.S.Jud., corporación encargada de interpretar la C.P., a la luz de los precedentes jurisprudenciales constitucionales en la materia, para dar cumplimiento a la función encomendada. Los pronunciamientos en ese sentido tienen carácter de sentencias, que pueden ser controvertidas a través de la interposición de recursos ordinarios.

De mantenerse la decisión inicial, queda la posibilidad de controvertirla a través de acción de tutela, mecanismo que prevé varios requisitos para su procedencia, siendo el más utilizado cuando se trata de una vía de hecho judicial; es decir, contraria a la constitución. Por lo general, esto sucede cuando el sujeto procesal inconforme observa que la interpretación que realiza el C.S.Jud. de la C.P., está errada, o no se observa sujeción a su primacía.

En cuanto a: (ii) la clase de pronunciamientos de la Corte Constitucional, una vez ejecutoriada la decisión que resuelve la tutela, debe remitirse a la C.C. para su eventual revisión. Es precisamente en esta sede, donde el órgano de cierre selecciona los fallos que considere de trascendencia y se pronuncia sobre el fondo de los mismos. El alcance de la decisión en sede de revisión es tan significativo, que permite a esa Corporación dejar sin efectos las decisiones anteriores, para dar cumplimiento a lo que estima acorde con la C.P. (Dec. 2591, arts. 31 a 36, 1991 y C.P., arts. 86 y 241- 9, 1991).

Finalmente, (iii) la clase de pronunciamientos que pueden realizar las altas cortes. La acción de tutela contra providencias proferidas por el C.S.Jud. o la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, según las reglas de reparto, puede ser conocida tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado y, también tiene la garantía de la doble instancia pues ante la inconformidad con lo resuelto, es posible impugnar la decisión, misma que una vez en firme pasa a la C.C. para su eventual revisión (Dec. 1983, 2017).

Esto sin dejar de lado que, a pesar de que el tema principal sea el conflicto de competencias entre jurisdicciones, por tratarse de asuntos cuya naturaleza es la posible comisión de un delito, dentro de la jurisdicción ordinaria, es el área penal la que se encarga de la investigación y juzgamiento de estas conductas, con todas las fases e instancias que implica el proceso penal.

Es así como, esa etapa inicial de investigación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación (FGN), quien luego de recopilar los elementos necesarios desata un proceso ante los jueces penales, encargados de coordinarlo, junto a la práctica probatoria para luego proferir sentencia, la que puede ser objeto de recursos ordinarios y extraordinarios por la parte inconforme.

En este sentido, se revisará las providencias constitucionales seleccionadas, iniciando en el año 2010 cuando el alto tribunal traza criterios claros que, de cumplirse, permiten dar aplicación a la JEI, terminando en 2015, donde se encuentra el último pronunciamiento, para un total de cuatro sentencias. Posteriormente, se estudiará la única sentencia que se ha encontrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, donde se aborda un tema de conflicto de competencias al resolver recurso extraordinario de casación.

Por último, ha de referirse a la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia y el Consejo de Estado, que versa sobre el mismo tema; valga decir, esta vez aplicando los criterios previamente establecidos por la C.C., iniciando en el año 2018 y terminando en el año 2020, donde en un total

de seis decisiones, observaremos notorias diferencias al aplicar los mismos preceptos, claro está, con matices que permiten a cada sala de decisión estructurar sus consideraciones al caso concreto.

Con la Sentencia C-463 de 2014, la C.C. declaró la inexecutable del artículo 11 de la Ley 89 de 1990, que tenía por objeto: “determinar la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”, y cuyo contenido específico, hacía alusión a las reglas para resolver controversias entre indígenas de una misma comunidad, o de ellos en contra de los cabildos, providencia, que además adoptó definiciones de fuero indígena y de JEI, con apoyo en la Sentencia T-552 de 2003, estableciendo una marcada diferencia entre ellas. Allí, se aclaró que:

Fuero es una parte de un derecho subjetivo que tiene como finalidad, proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas, en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional. (C.C. C-463, 2014)

Mientras, que:

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad. (C.C. C-463, 2014)

El primer concepto hace alusión a la persona misma sujeto de persecución, como perpetrador de un hecho delictivo que, a su vez, ostenta la calidad de indígena, criterio bajo el cual, es merecedor de un tratamiento diferente. El segundo hace referencia a un todo, sobre el cual se construye un andamiaje en el marco de la institucionalidad, que permite hacer efectivo el derecho a la diversidad étnica y cultural a través del ejercicio del derecho propio y del que hace parte el fuero.

II.4 Criterios para la aplicación de la JEI por la Corte Constitucional a partir de la Sentencia T-617/2010

Esta providencia tuvo origen en acción constitucional promovida por el Gobernador del Cabildo Indígena de Túquerres (pueblo de los pastos), invocando la protección de los derechos fundamentales a la autonomía y diversidad cultural de la comunidad indígena de Túquerres y, al debido proceso y diversidad étnica del señor ‘Mario’, quien venía siendo investigado por la FGN, en asunto relacionado con hechos de abuso sexual a una menor de 14 años de edad de nombre ‘Claudia’, ambos pertenecientes al mismo resguardo.

En el transcurso del proceso ordinario, el gobernador del Resguardo de Túquerres solicitó la remisión del caso a las autoridades tradicionales del mismo con base en el Art. 246 constitucional. Frente al pedimento planteado, el conflicto positivo de competencia con la JEI ante el C.S.Jud., este último lo dirime a favor de la jurisdicción ordinaria, providencia objeto de estudio en sede de tutela.

Para el peticionario accionante, dicha decisión constituye una vía de hecho al desconocer los derechos fundamentales impetrados debido a errores de carácter fáctico, sustantivo y procedimental en los que habría incurrido la corporación accionada. El defecto fáctico lo encuentra

en que “para determinar si el peticionario ha sufrido un proceso de aculturación es necesario contar con dictámenes científicos o técnicos y no simplemente basarse en una afirmación de la víctima”. El defecto sustantivo configurado por “la errónea interpretación del artículo 246 constitucional, en tanto la accionada consideró que la JEI no opera cuando están involucrados menores de edad, suponiendo, sin sustento que las comunidades indígenas no respetan los derechos de los niños”. Y el defecto procedimental, considera, se presenta cuando la decisión “priva al señor ‘Mario’ del derecho a ser juzgado por su juez natural, en detrimento del principio de igualdad ante la ley” (C.C., T-617/10, 2010).

En cuanto a las decisiones proferidas con ocasión de la acción de tutela, se tiene que los fallos de primera y segunda instancia fueron adversos a las pretensiones, por lo cual es en selección de revisión por la C.C., donde se analiza de fondo lo solicitado. Para ello, requirió conceptos en el ámbito académico a varias universidades, obteniendo sí pronunciamiento del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).

Dicha entidad describe cómo está conformado el pueblo de los pastos, tanto geográfica como socialmente, así como el compromiso de estas comunidades con el fortalecimiento de sus formas de gobierno y su derecho propio, plasmado con la creación de la Asociación de Autoridades y Escuela de Derecho Propio. Como aspectos relevantes del derecho de los pastos, indica que es de carácter público, consensuado y restaurador del equilibrio, con una perspectiva resocializadora de la pena, procedimientos estructurados de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad. La sanción se concibe como “autorreflexión o consejo, a manera de limpieza espiritual para las partes” (C.C., T-617/10, 2010).

Relaciona los antecedentes en los que se ha aplicado justicia propia en casos que involucran la integridad sexual de menores de edad, mencionando dos eventos sucedidos en los resguardos de

Mueses y Pastas, ambos remitidos por la FGN, donde se dio aplicación a la JEI y se ‘armonizó’ a los victimarios, a quienes se les impuso sanciones que involucraban satisfacción de los derechos de las víctimas.

Relaciona la estructura de las autoridades tradicionales del Resguardo de Túquerres, las herramientas escritas con que cuentan, como el *Manual de justicia propia – Sumak Kawsay*, y los conceptos de antropólogos residentes en el departamento de Nariño. Concluye y recomienda que, en caso de ser remitido el asunto a la justicia propia, se realice el respectivo acompañamiento en el proceso deliberativo de la comunidad, así como la presencia de otras autoridades del pueblo Pasto, para lograr un mayor fortalecimiento institucional del resguardo, aumentar la confianza de la comunidad en la administración de la justicia y obtener el equilibrio mencionado, principio rector del derecho propio y garantía esencial para evitar posteriores venganzas entre las familias implicadas en el asunto.

Por su parte, la Corte plantea como problema jurídico, determinar si la decisión tomada por la autoridad accionada de otorgar competencia a la justicia ordinaria, vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor. Para resolver dicho interrogante, anuncia, reiterará jurisprudencia en temas como: interés superior del menor, principios de diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas, criterios para solución de conflictos que pueda haber entre la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos individuales de sus miembros, los elementos determinantes de competencia de la JEI y fuero indígena.

En cuanto a lo relacionado con la JEI y el fuero indígena, se deriva de ellos subtemas relevantes como la inimputabilidad por diversidad cultural (para consulta, providencias del órgano de cierre: Sentencias T-496 de 1996, T-728 de 2002, C-370 de 2002, T-1238 de 2004, entre otras), entendida

a la luz del artículo 96 del Código Penal de 1980, vigente para el tiempo de ocurrencia del primer conflicto de competencias entre jurisdicciones, resuelto con la Sentencia T-496 de 1996 (C.C., T-617/10, 2010).

Providencias como la T-728 de 2002, incluyen dentro de los elementos del fuero, además de la identidad del procesado, el deber de acreditar un aspecto personal, según el cual “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su comunidad”; y uno geográfico o territorial, que permite a las comunidades indígenas “juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas” (párr. 3) (C.C., T-617/10, 2010).

Indica también que, la ausencia de uno de estos factores habilita al juez que deba dirimir ese conflicto, a tomar en cuenta criterios como el grado de aculturación del sujeto o el nivel de aislamiento de la comunidad, para definir la jurisdicción correspondiente de acuerdo a parámetros de equidad y razonabilidad.

En cuanto a la inimputabilidad por diversidad cultural, hizo alusión al tratamiento del indígena en el derecho penal mayoritario, indicando que la ausencia de conocimiento sobre la ilicitud del comportamiento o, la incapacidad para determinarse de acuerdo con ese conocimiento por motivos de inmadurez psicológica, no podría ser el fundamento de la inimputabilidad en estos casos, al ser Colombia un Estado que reconoce y valora la diversidad étnica y cultural.

En consecuencia, su reconocimiento implica una obligación al funcionario judicial, consistente en verificar si en el caso de estudio, el involucrado es una persona indígena y si su forma de entender el mundo incidió en su conducta, caso en el cual se podría aplicar el fuero indígena. Apareja este análisis con la posterior Sentencia C-370 de 2002, donde se ocupó de la constitucionalidad de la norma que contiene la inimputabilidad por diversidad cultural, al parecer

incompatible con los principios de no discriminación, autonomía jurisdiccional indígena y diversidad cultural, esta vez a la luz del Código Penal del año 2000, vigente en la actualidad.

Dicha providencia resuelve declarar la exequibilidad condicionada de la norma, en el sentido de que el juez que examine un caso en el que se involucre la diversidad cultural, deberá evaluar si el imputado incurrió en un error invencible de prohibición. De ser positivo ese análisis, procederá a su absolución. A su vez, la reintegración a su medio cultural no debe concebirse como una medida de curación, sanción o rehabilitación, sino exclusivamente de protección a la diversidad cultural.

En el siguiente aparte, la providencia aborda el análisis conceptual de los criterios aplicables para la activación de la JEI, **elemento personal** que “hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena” (C.C., T-617/10, 2010).

Subreglas del elemento: 1) cuando el indígena incurre en la conducta penal o nociva **dentro** del ámbito territorial de su comunidad, ésta tendrá competencia para conocer el asunto; 2) cuando el indígena incurre en la conducta penal o nociva **por fuera** del ámbito territorial de su comunidad y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa. 2.1) si la respuesta es positiva, el juez deberá absolver. 2.2) si la respuesta es negativa, pero se logra establecer que la persona actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a la JEI. 2.3) Si la respuesta es absolutamente negativa; es decir, no hubo error invencible y no hubo condicionamiento por parámetros culturales diversos en el actuar del infractor, es dable concluir que ha sufrido un proceso de aculturación, cuya consecuencia es que el asunto lo conozca la jurisdicción ordinaria.

Frente al **elemento territorial**, tiene en cuenta que se presentó como constitutivo del fuero desde la Sentencia T-496 de 1996, junto con el elemento personal. Este permite a cada comunidad, juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio. Indica como subregla relevante, que “la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos dentro del territorio de la comunidad indígena, es un requisito indispensable para la procedencia del fuero” (C.C., T-617/10, 2010).

Luego de definir este elemento, acude a la Sentencia T-1238 de 2004, para indicar que el territorio es un concepto que debe entenderse en términos de **ámbito territorial** (entendido como el espacio donde se ejerce la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades), aparejado con la existencia de una institucionalidad adecuada para el ejercicio de la JEI. Considera un eventual efecto expansivo del territorio que permite que, aun cuando los hechos se den fuera del espacio físico - geográfico, puede permanecer el factor territorial en virtud de sus connotaciones culturales; por ejemplo, cuando la comunidad se ha trasladado a otro sitio, pero sigue ejerciendo su autonomía (desplazamiento forzado) (C.C., T-617/10, 2010).

Señala como criterios de interpretación relevantes: 1) el territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico de la misma; es considerado como el ámbito donde se desenvuelve su cultura. 2) excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que implica que la conducta puede desplegarse por fuera del espacio geográfico y, aun así, ser de conocimiento de la JEI, en razón a la cultura.

En lo tocante al **elemento institucional** (también denominado orgánico), enmarca la existencia de autoridades, usos y costumbres y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social (C.C., T-617/10, 2010).

Entiende la institucionalidad, como límite a la autonomía de los pueblos originarios; y, se convierte en una garantía para la eficacia de los derechos de las víctimas, dado que la resolución de conflictos mediante instrumentos previstos por cada comunidad, requiere la existencia de cierto poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo.

En cuanto a los derechos de las víctimas, conforme al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, abarcan la verdad, la justicia y la reparación, postulados que dentro de la JEI deben ser entendidos a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, derivados de la existencia de una institucionalidad que permita la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados.

El primer paso para establecer la institucionalidad, se concreta en la manifestación positiva de la comunidad sobre su intención de conocer y aplicar sus procedimientos, normas y costumbres tradicionales al asunto en cuestión, como consecuencia al reconocimiento constitucional de ese ámbito autónomico; en tanto, antes de 1991, las comunidades indígenas solo podían aplicar sanciones leves para conductas de menor impacto social dado que, al enfrentarse a delitos, debían ser remitidos a la FGN, lo que explica que el derecho propio de las comunidades se encuentre en proceso de formación y/o reconstrucción.

Indica la exigencia de tal requisito, que no puede rayar en que las comunidades estén obligadas a acreditar la existencia de normas escritas o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio está en proceso de formación o reconstrucción. Lo que se exige, es un concepto genérico de nocividad social. Resulta contrario a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia de acreditar un conocimiento jurídico externo de su existencia.

Frente a las subreglas relevantes, se tiene: 1) existencia de institucionalidad social y política que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. 1.1) manifestación de la comunidad de la voluntad para adelantar el proceso. 2) compatibilidad del derecho propio de la comunidad y los derechos de las víctimas, que solo puede ser objeto de un control judicial posterior. 2.1) en casos de extrema gravedad, donde la víctima se encuentre en situación vulnerable, debido a condición de especial protección constitucional o, en estado de indefensión, excepcionalmente, el juez podrá realizar una verificación más amplia del elemento territorial, valiéndose de pruebas técnicas o de la propia experiencia del resguardo para dirimir el conflicto. 3) “el derecho al ejercicio de la JEI, es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad” (Sentencia T-523/12). 4) luego de asumir el conocimiento de determinado caso por parte de la JEI, no podrá renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello; de lo contrario, violaría el principio de igualdad. 5) El debido proceso tiene, en el marco de la JEI, el alcance de **predecibilidad** o **previsibilidad** sobre las actuaciones de las autoridades tradicionales, y la nocividad social de ciertas conductas. 5.1) No puede exigirse a la comunidad, acreditar la existencia de normas escritas para ejercer la JEI, por estar el derecho propio en proceso de formación o reconstrucción. Lo que se exige es un concepto genérico de nocividad social. 6) La exigencia de acreditar un reconocimiento jurídico externo de su existencia, es contrario a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades (C.C., T-617/10, 2010).

Los criterios de interpretación relevantes se contraen a: 1) Los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, pueden variar en el contexto de cada cultura. Y, 2) “El principio de legalidad se concibe en la JEI, como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales” (C.C., T-617/10, 2010).

En lo que tiene que ver con el **factor objetivo**, se introdujo con la Sentencia T-552 de 2003, como tercer elemento definitorio del fuero que, “hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria” (C.C., T-617/10, 2010).

Aduce la Corte que, el C.S.Jud. ha definido competencia con base en los factores personal y territorial en algunas sentencias; en otras, ha tenido en cuenta la pertenencia de la víctima al resguardo en atención al factor objetivo, mientras que, en otras, ha restado relevancia a dicha situación, por considerar que no es la regla definitiva para la exclusión de competencia de la JEI.

Prevé que la última formulación del C.S.Jud. presenta el elemento objetivo en función de la gravedad de la conducta, posición sobre la cual:

Existiría un umbral de nocividad, a partir del cual un asunto trasciende los intereses de la comunidad por tratarse de un bien jurídico universal y, por lo tanto, es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena. Esa posición ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a sustraer a la JEI del conocimiento de asuntos relativos a tráfico de estupefacientes, secuestro, abuso de menores, y delitos o crímenes de lesa humanidad de manera general. (C.C., T-617/10, 2010)

De ahí que, dada la excepcionalidad de las jurisdicciones especiales, el C.S.Jud. hace una analogía de la JEI con la Jurisdicción Penal Militar, último caso en el que el fuero debe aplicarse exclusivamente a conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, y en esa línea de interpretación restrictiva, dicha corporación considera que, en la JEI, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad; es decir, cuando se trata de delitos de especial gravedad, deben ser reprimidos por encima de consideraciones culturales.

Para la Corte, la analogía realizada por el C.S.Jud. respecto de estos dos fueros, resulta injustificada, si se basa únicamente en el carácter excepcional de los mismos o en los fines de cada una de las jurisdicciones, por cuanto la excepcionalidad de ellos no necesariamente implica una concepción restringida; al menos no en la JEI, a la luz del principio de maximización de la autonomía; y, en cuanto a los fines de cada jurisdicción, se ha establecido que son legal y constitucionalmente diversos.

Concluye la Corte que, una concepción de la JEI:

dirigida de forma absoluta y exclusiva a la solución de asuntos internos de las comunidades originarias, ignora la importancia que la C.P. ha dado, en el marco del derecho mayoritario, a la autonomía indígena como fuente de aprendizaje de distintos saberes, y piedra angular para la vigencia de un estado pluralista y participativo. (C.C., T-617/10, 2010)

Señala que, el elemento objetivo debe respetar la maximización de la autonomía, sin exceder los límites legítimos de la misma, considerando que la *vaguedad* con la que ha analizado el tema el C.S.Jud., no le debe restar importancia a la configuración de sus requisitos, que hacen referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por la conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria (C.C., T-617/10, 2010).

Considera que, la exclusión que ha hecho de plano el C.S.Jud. cuando se trata de casos que revisten de especial gravedad para el derecho mayoritario, no puede establecerse como una regla definitiva de competencia, puesto que implicaría una imposición de la cultura mayoritaria, dejando de lado la protección de la diversidad étnica, dado que, lo realmente importante en casos como estos, es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, sino que el juez deberá evaluar con

mayor intensidad la vigencia del elemento institucional, del que entonces realmente depende la efectividad de los derechos de las víctimas.

Traza, como subreglas relevantes para el factor objetivo: 1) si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, se debe remitir el caso a la JEI. 2) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, se remite el caso a la jurisdicción ordinaria. 3) si, independientemente “de la identidad del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica”. 4) cuando la conducta investigada sea de especial nocividad para la cultura mayoritaria, la decisión no puede ser la exclusión de la aplicación de la JEI, sino que corresponde al juez realizar un análisis más detallado de la vigencia del factor institucional, para evitar que la remisión del asunto a la JEI no derive en impunidad, o desprotección a la víctima (C.C., T-617/10, 2010).

Luego de terminar su descripción de los elementos para dar aplicación a la JEI, se ocupa de explicar la relevancia constitucional del caso que ameritó su selección para revisión, se plantea un problema de interpretación del artículo 246 constitucional, con relación a los artículos 1, 2, 7 y 70 de la misma norma, mismos que tienen que ver con los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Al verificar los requisitos de procedencia de la acción de tutela, pasa a analizar el defecto sustantivo por interpretación errónea de la norma en cita, en tanto el C.S.Jud., ha centrado el análisis del conflicto en los elementos personal, territorial y objetivo, dejando de lado el factor institucional y considerando que el objetivo es el determinante para definir el caso que estudia, a la luz de lo dispuesto por la misma C.C.

Frente a esta situación, tiene en cuenta que, llama la atención que el C.S.Jud. excluya de su análisis el factor institucional, que le dé prevalencia al factor objetivo y que haya formulado una regla según la cual la JEI no tiene competencia para pronunciarse sobre asuntos que involucren víctimas menores de edad. Discurre que la omisión del análisis del elemento institucional, resulta particularmente inconveniente, dado que su acreditación es esencial para que las decisiones de la JEI sean eficaces en la conservación del orden social, siendo que, además, existe precedente constitucional en la materia cuyo desconocimiento atenta contra la eficacia del principio de igualdad constitucional.

Indica que, el dar preponderancia al factor objetivo entendido como un umbral de nocividad, es una regla incompatible con la jurisprudencia constitucional, como quiera que excluir de la JEI asuntos de especial nocividad social o trascendencia universal, implica una restricción injustificada a la autonomía de las comunidades indígenas, toda vez que, los derechos de las víctimas pueden imponer restricciones justificadas a la JEI; no obstante, es esto lo que precisamente ha llevado al desarrollo del elemento institucional.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la exclusión de los asuntos que involucren menores del conocimiento de la JEI, refleja una interpretación errónea del artículo 246 supremo, originada en la ausencia de motivación del elemento institucional y el alcance dado al artículo 44 de la C.P., por parte del C.S.Jud.

Sobre el caso en concreto, aduce que la providencia atacada no explica por qué el respeto de los derechos de 'Claudia' entra en tensión con la aplicación del derecho propio del resguardo de Túquerres concluyendo, con base en supuestos y no hechos comprobados que, en la jurisdicción indígena no se respeta los derechos de niños y niñas víctimas, lo que constituye una actitud discriminatoria frente a los pueblos originarios.

Así mismo, en lo que tiene que ver con el alcance del contenido del artículo 44 constitucional, ha de entenderse que el interés superior del menor debe determinarse frente a los aspectos fácticos y normativos relevantes de cada caso y con cada menor individualmente considerado, análisis que se echa de menos en la providencia emitida por el C.S.Jud.

La Corte hace alusión a la técnica de la ponderación, para referirse a la solución de las tensiones que puede darse entre distintos derechos constitucionales, siendo una:

operación que consiste en evaluar, en el marco del caso en que se presenta el conflicto normativo entre dos derechos, los criterios dentro de los cuales la limitación o restricción de un derecho resulta legítima para lograr una mayor eficacia de otro u otros derechos constitucionales. (C.C., T-617/10, 2010)

Indica que es natural que, cuando el conflicto que se suscite frente a derechos de un menor de edad, sean estos los que deban prevalecer; sin embargo, no siempre es así, por cuanto una restricción muy leve de sus derechos puede representar un significativo aumento en la eficacia de otros derechos y principios constitucionales.

En virtud de lo anterior, señala que el deber del C.S.Jud. era realizar un adecuado ejercicio consistente en explicar, a partir de qué hechos y elementos normativos consideró que podría haber una incompatibilidad entre el interés superior de la menor involucrada y el ejercicio de la JEI por parte de las autoridades del resguardo de Túquerres, ausencia de argumentación sin la cual no resulta constitucionalmente legítima una regla jurisprudencial que determine la exclusión absoluta de la JEI del conocimiento de casos que involucren menores.

Pasa luego la Corte a ocuparse del análisis de la presencia de los cuatro factores en el caso en concreto. En cuanto al elemento personal, lo considera plenamente acreditado, en la medida en que se aportó certificaciones de ‘Mario’ sobre su condición de indígena.

Sobre el elemento territorial, aunque lo da por acreditado por no haber sido objeto de controversia al momento de definir la competencia, señala que la madre de la menor víctima alega que los hechos ocurrieron en una vivienda con título privado, lo que implicaría que no se dieron en territorio del resguardo. No obstante, en razón a la información recolectada por la sala en cuanto al territorio de los pastos y al concepto de ámbito territorial que implica el criterio de ancestralidad definitorio de la propiedad colectiva de la tierra por grupos aborígenes y el deber de evaluar en cada caso si los hechos son susceptibles de ser enmarcados en el territorio del resguardo, por ejemplo porque involucran solo personas e intereses indígenas, o porque se ubican geográficamente por fuera del resguardo, pero involucran instituciones indígenas (C.C., T-617/10, 2010).

En cuanto al elemento objetivo, indica que tiene que ver con la naturaleza del bien jurídico afectado y/o la identidad étnica de la víctima y, aunque en el trámite ordinario no hubo controversia al respecto, en sede de revisión, la madre de la víctima trató de demostrar que ‘Claudia’ no tiene la condición de indígena, pues fue incluida en el censo con el objetivo de solicitar la competencia del proceso que, en el pasado había solicitado la certificación para que su hijo no prestara servicio militar con respuesta negativa, que el grupo familiar de su hija no conoce los usos y costumbres de la comunidad y que las autoridades tradicionales han mostrado negligencia y parcialidad en el trámite de regulación de las cuotas alimentarias de ‘Claudia’ y ‘Mario’.

No obstante, de la prueba obtenida por la Corporación, se desprende que en el censo remitido por el Cabildo de Túquerres, ‘Claudia’ se encuentra incluida desde el año 2002, lo que desvirtúa

los dichos de la madre y más bien, lo que logra observar es que su familia desconfía del derecho propio y las autoridades del resguardo, por lo que prefiere que el conocimiento lo tenga la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, aplicando las subreglas establecidas para este criterio, establece que cuenta con la afirmación de la autoridad indígena, lo que en otro escenario habría sido suficiente para acreditar el elemento. Sin embargo, frente al carácter del delito y la condición de la víctima sujeto de especial protección constitucional, realiza un control más intenso, valiéndose de pruebas técnicas que den cuenta de la existencia de esa institucionalidad en el resguardo interesado en ejercer la autonomía jurisdiccional.

Es así como toma en cuenta el concepto emitido por el ICANH, del que extrae situaciones relevantes como que el Resguardo de Túquerres ha desarrollado importantes esfuerzos por consolidar el derecho propio; tanto así, que ha recibido casos donde se ha involucrado la integridad sexual de menores de edad, con resultados positivos que evidencian la protección de la víctima; que el resguardo de Túquerres posee autoridades tradicionales, usos, costumbres y procedimientos internos de distinto tipo para alcanzar la verdad, sancionar al responsable de un desequilibrio y perseguir protección de la víctima.

De igual forma, al presentarse desconfianza en la familia de la víctima sobre la institucionalidad de la comunidad, evidencia que es necesario determinar si surge conflicto entre la JEI y el interés superior del menor, que deba ser resuelto por el juez constitucional, motivo por el cual, hace el análisis de la presencia de cada subregla de este principio para el caso en concreto.

Así, frente al peso abstracto de los principios en conflicto, no duda que se trata de intereses normativos del más alto nivel en el orden jurídico actual. Por un lado, la protección especial reforzada de los menores y, al otro lado de la balanza, el debido proceso como piedra angular del

Estado de derecho, como mecanismo para la erradicación de la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas. Además de la autonomía de las comunidades indígenas, que se dirige a garantizar la supervivencia de culturas minoritarias que son manifestación del carácter pluralista y participativo de la democracia colombiana, parámetros que han llevado a la Corte a establecer una regla de interpretación que persigue la maximización de la autonomía de esos grupos humanos por parte del juez constitucional.

Considera que la gravedad de la afectación para los dos grupos de principios también es alta, aunque en cuanto a su certeza, encuentra evidente que en el caso de la menor ‘Claudia’ **no se presenta**, dado que lo que procesalmente se observa son dudas; incluso, demasiado vagas algunas de ellas. Caso contrario ocurre con los derechos de ‘Mario’, donde **sí existe certeza sobre la afectación de la comunidad indígena y el debido proceso**, si el caso es asumido por la justicia mayoritaria, lo que lleva a dar prevalencia a la protección de estos últimos (autonomía de la comunidad y el debido proceso), como elementos centrales del sistema democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano y cuya afectación se considera cierta en el escenario planteado.

Siendo éstas las consideraciones para resolver amparar los derechos fundamentales invocados y revocar los fallos de primera y segunda instancia, ordenando revocar la sentencia controvertida emitida por el C.S.Jud., en su lugar dispone la remisión del caso al cabildo de Túquerres; igualmente, deja sin efectos todas las actuaciones dentro del trámite ordinario.

II.5 Reiteración de la jurisprudencia constitucional (Sentencia T-002/2012 - Sentencia T-921/2013 - Sentencia T-196/2015).

Ya trazados los lineamientos descritos en el año 2012, nuevamente es necesario hacer alusión al tema; comoquiera que es seleccionada en revisión, una providencia que trata hechos y problemas

jurídicos similares. Se trata de la Sentencia T-002/2012, donde la Corte se ocupa de la revisión de dos sentencias dictadas en procesos diferentes:

La primera, frente a la solicitud de amparo que impetrara el gobernador y representante legal del resguardo La Montaña en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del C.S.Jud., para proteger los derechos fundamentales a la defensa, debido proceso, igualdad, diversidad étnica y a la jurisdicción indígena de su resguardo y del señor ‘Anselmo’, miembro de esa comunidad, presuntamente vulnerados por la accionada, al haber otorgado su caso a la jurisdicción ordinaria.

Los hechos que originaron la investigación tienen que ver con la conducta de actos sexuales abusivos en los que habría participado presuntamente ‘Anselmo’, en calidad de padrastro de la víctima ‘Gina’, para la época menor de 14 años, siendo ambos, miembros de la parcialidad Embera - Chami del Resguardo La Montaña y suscitados al interior de su territorio.

Frente al segundo expediente, los hechos se relacionan con conductas de acceso carnal abusivo, aparentemente perpetradas por el señor ‘Víctor’, en contra de la menor de 9 años ‘Ángela’, nieta de éste, hechos denunciados por la madre, ocurridos en el Resguardo Indígena Chenche Socorro Los Guayabos del Tolima.

En los dos casos, la decisión del C.S.Jud., fue dirimir el conflicto de competencias a favor de la justicia ordinaria, argumentando que los derechos de los niños son de interés superior; por tanto, la C.P., la Ley y el Derecho Universal tienen establecida su protección de manera predominante.

En sede de revisión, la C.C. plantea como problema jurídico, determinar si el C.S.Jud. vulneró los derechos fundamentales a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas de La Montaña y Los Guayabos y, al debido proceso y diversidad cultural de los señores ‘Anselmo’ y ‘Víctor’, al dejar la competencia de sus casos en la justicia ordinaria,

donde figuran como víctimas menores indígenas, a quienes se les habría vulnerado sus derechos a la integridad sexual.

Al analizar tópicos tendientes a determinar la importancia del derecho a la diversidad étnica y cultural, para la Corte, la errada interpretación del artículo 246 superior por parte del C.S.Jud., se convierte en una actitud prejuiciosa y discriminatoria de los pueblos originarios, fomentando una desconfianza injustificada en sus procedimientos, al dar por sentado que, en casos que involucren la integridad sexual de menores, la activación de la JEI implica el irrespeto de los derechos de niños y niñas.

Frente a la presencia de los cuatro elementos para cada caso, encuentra acreditados todos ellos; no obstante, surge una situación especial para el segundo, porque, si bien en inicio habría manifestado su interés por conocer el proceso, en el decurso de la acción de tutela el mismo resguardo indica que no cuenta con la institucionalidad para hacerlo de manera adecuada y conforme al respeto de derechos y garantías fundamentales, tanto del procesado como de la víctima.

En la aplicación de un juicioso ejercicio de ponderación, pone en la balanza los dos derechos constitucionales en pugna: por una parte, los derechos e intereses del menor con cláusula explícita de prevalencia contenida en la C.P. y, por el otro, la autonomía de las comunidades indígenas como manifestación del carácter pluralista y participativo de la democracia colombiana, ambos del más alto nivel en el orden jurídico actual.

Como resultado, para el primer caso concluye la Corte que, al evaluar la certeza de la afectación de cada derecho, “no existe certeza alguna sobre la afectación de los derechos de la menor, ya que la comunidad cuenta con una serie de normas e instituciones tendientes a castigar el delito de la violación de la menor” (párr. 62). Es decir, el resguardo La Montaña cuenta con una

institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de la presunta víctima. Lo que no ocurre con ‘Anselmo’ y la comunidad indígena a la que pertenece, comoquiera que existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad y el debido proceso, si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria (C.C. T-002/12, 2012), siendo estos los argumentos para revocar la sentencia proferida por el C.S.Jud. y conceder el amparo a los derechos fundamentales a la autonomía jurisdiccional de la comunidad de La Montaña y el debido proceso, en la dimensión del juez natural de ‘Anselmo’, ordenando remitir el caso a las autoridades tradicionales de la comunidad, suerte distinta a la del segundo caso que, en razón a la ausencia de institucionalidad, se remitió para seguir en su conocimiento de la justicia ordinaria.

Para el año 2013, el órgano de cierre vuelve a tocar el tema, en esta oportunidad a través de la Sentencia T-921/2013, cuyos hechos se remontan a relación sentimental que tuviere el señor ‘Cesar’ con la adolescente ‘Catalina’, menor de 13 años, con la anuencia de los padres de ambos y de la comunidad, a pesar de la diferencia de edad; los dos, pertenecientes a la etnia Emberá-Chamí, integrantes y residentes del Cabildo Resguardo Indígena San Lorenzo.

Como consecuencia de la relación sentimental y sexual de la pareja, la menor quedó en embarazo, asistiendo a los controles médicos respectivos donde se activa la ruta que desencadena en apertura de investigación de la FGN, por el delito de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años. En curso del proceso, se solicita la remisión por parte de la comunidad a la JEI, generándose conflicto positivo de competencias resuelto por el C.S.Jud., otorgando conocimiento a la justicia ordinaria.

Una vez más, los motivos de la accionada para separar a la JEI del caso, tienen que ver con la prevalencia del interés superior del niño, el grado de aculturación del victimario y la diferencia de

edades, que corresponde al doble de la edad de la víctima, lo que de suyo genera una relación sexual no consentida.

De esta providencia, resulta interesante el acápite de la Sentencia T-921/13, denominado *El derecho penal ante indígenas en un estado pluralista*, donde enuncia los modelos de aplicación del derecho penal, que ha denominado como: “1. Absoluto de la jurisdicción indígena. 2. Clásico de la inimputabilidad. 3. De las defensas. 4. Del error de prohibición (o comprensión) culturalmente condicionado. 5. De los delitos culturalmente motivados. 6. De la inimputabilidad por diversidad cultural” (párr. 10).

Continúa explicando la Sentencia que, el modelo adoptado en Colombia ha establecido tres posibilidades para el tratamiento de asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena, como son: el fuero especial indígena, la inimputabilidad por diversidad sociocultural y el error invencible de prohibición derivado de esa diversidad cultural, último caso en el cual, la persona debe ser declarada absuelta y no inimputable.

Ya en el análisis del caso en concreto y de la configuración de los requisitos necesarios para la aplicación del fuero indígena, encuentra que, tanto el elemento personal, como el territorial e institucional, están acreditados.

En lo que tiene que ver con el elemento objetivo, indica que el bien jurídico de la libertad, formación e identidad sexuales de la menor, fue afectado de manera directa por un miembro de la comunidad indígena, pero no de la sociedad mayoritaria y, en virtud de lo manifestado por la ONIC y el Resguardo de San Lorenzo (conceptos que solicitó en sede de revisión), los hechos sucedidos requieren un análisis especial, de acuerdo con la cosmovisión indígena de la comunidad Embera - Chamí, en consonancia con la autonomía indígena. Por ello, si bien da por sentado el cumplimiento

de los cuatro criterios, ahonda en el análisis que, para este caso, merece la influencia del interés superior del niño indígena.

Invoca que, la competencia de la JEI respecto de la investigación y juzgamiento de estos hechos, no puede variarse por la existencia del interés superior del menor, dado que dicha jurisdicción también tiene la obligación de velar por los intereses de la menor. En ese sentido, no existe siquiera un indicio que permita inferir que, la comunidad no va a tutelar dichos derechos ni a investigar o juzgar adecuadamente al señor ‘Cesar’.

Finalmente, la Corte arriba a varias conclusiones importantes, como son: que la C.P. autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; y que, existen limitaciones a esa autonomía indígena, que se contraen a garantizar el derecho a la vida, dignidad humana, prohibición de la tortura y esclavitud y debido proceso.

También aduce que, convergen criterios reconocidos por la C.C. para dirimir conflictos entre la Jurisdicción Ordinaria y la JEI: 1) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; 2) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos 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 y, 4) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales positivas.

También reconocen los elementos para habilitar el fuero indígena que, aun cuando se considere que no se cumple los requisitos para la activación de la JEI, los indígenas tienen derecho a que se analice su situación y, en especial, se estudie: 1) si se puede excluir su responsabilidad por diversidad cultural; 2) si se puede eliminar la culpabilidad del delito por la configuración de un

error de prohibición culturalmente condicionado; 3) las circunstancias especiales en las cuales se cometió el delito y, 4) que la privación de la libertad en un establecimiento de reclusión no puede afectar su integridad cultural.

Adicionalmente, concluye que el interés superior del menor indígena reviste de características especiales que requieren del juez, que dirima el conflicto, no se limite a evaluarlo desde una perspectiva occidental, sino que debe implicar el inescindible interés por asegurar los derechos del niño, bajo el entendido de que es guardián de saberes ancestrales y valores culturales protegidos por la C.P.

Como consecuencia de esta decisión, se revoca los fallos de tutela de primera y segunda instancia, deja sin efectos la decisión del C.S.Jud. y en su lugar, ordena que el caso se remita a las autoridades tradicionales del Resguardo Indígena de San Lorenzo de la etnia Embera - Chamí, para que investigue y juzgue la conducta de tipo sexual en cuestión.

En el año 2015 se retoma el tema, esta vez a través de la Sentencia T-196/2015, oportunidad en la cual se pronuncia la Corte en sede de revisión, dentro de acción de tutela presentada por ‘César’, Gobernador y Representante Legal del Cabildo Indígena Colombia, en contra del C.S.Jud. y otras, en procura del amparo de los derechos fundamentales de la comunidad a la que representa, a la autonomía, a la JEI y, al respeto por la diversidad étnica y cultural.

Fundamenta su solicitud en que el Estado, a través de la FGN inició proceso penal en contra de ‘Juan’, uno de sus comuneros, por delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, pese a que las autoridades del resguardo ya lo habían juzgado y condenado por estos mismos hechos en ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia.

Los hechos tienen que ver con que la señora ‘Jennifer’ denuncia a su compañero permanente ante las autoridades de la comunidad indígena a la que pertenecen, por haber sostenido éste, una relación con su hija de 13 años, quien resultó en embarazo como consecuencia de la conducta.

Producto de la denuncia, el Cabildo ejerció su facultad jurisdiccional y, al encontrar al comunero culpable por mantener una relación sentimental con una menor de 18 años, lo condenó a seis años de trabajo comunitario, 15 fuetazos ante la asamblea pública y la posibilidad de permanecer en la comunidad hasta que su compañera lo defina, además de la obligación de participar en las actividades de capacitación que programase la comunidad y la prohibición de acercarse a la niña, junto con el deber de hacerse cargo de ella y del hijo que esperaba, quienes quedaron bajo el cuidado del cabildo.

Al suscitarse conflicto positivo de competencia entre las distintas jurisdicciones, el C.S.Jud. lo dirimió otorgando el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria con fundamento en el interés superior del menor, invocando varios precedentes jurisprudenciales que abordaron ese tópico. Aunado a ello indicó que, además de verse comprometidos los derechos de una menor de edad al resultar en estado de embarazo, el perpetrador tenía la condición de ser su padrastro y además, era el padre del gobernador indígena que reclamaba tener jurisdicción sobre el caso, todo lo que generó un riesgo de impunidad, a más de no poderse determinar los hechos y las conductas por las cuales el comunero fue sancionado al interior de la comunidad, agregando que se trataba de un caso de violencia de género.

Dentro del trámite constitucional, la Corporación ordenó la práctica de pruebas relacionadas con los hechos, como pedir al Cabildo Indígena Colombia, que informara la forma en que usualmente se juzgaba los asuntos relacionados con actos sexuales con menores de edad, el

procedimiento por el cual se juzgó al señor ‘Juan’, quién tomó la decisión de declararlo culpable y si había cumplido alguna parte de la pena impuesta por las autoridades de la comunidad.

El Cabildo, en su respuesta señala que la madre de la víctima denunció al señor ‘Juan’ por darse cuenta que su hija se encontraba en estado de embarazo, como producto de las relaciones sexuales con él sostenidas. Posteriormente, se realizó cuatro meses de investigación con relación a la familia de la menor, compuesta por siete miembros desplazados a causa de la violencia para, finalmente, llegar a juicio ante la asamblea comunitaria donde fue condenado y se impuso sanción, de la cual habría cumplido en la parte relativa a los quince fuetazos con látigo armonizado y un mes y dos días de trabajo comunitario, entre el día del juicio y cuando fue capturado por la justicia ordinaria.

Continúa señalando que,

En torno al juzgamiento de delitos por parte de las autoridades de la comunidad indígena, manifestó que su justicia involucra un elemento material y un elemento espiritual, estando el primero a cargo de las autoridades políticas del cabildo y el segundo en manos de las autoridades espirituales, que se enfocan en el manejo de la relación con la naturaleza a través de ritos y prácticas culturales, cuyo objetivo es el equilibrio y armonización del universo. Luego de evaluada esta situación, se procede a un juicio público que consiste en una asamblea comunitaria donde se expone el resultado de las investigaciones realizadas por ambos tribunales. En dicha asamblea también está presente la persona sometida a juicio, quien luego de ser valorado con base en criterios como la reincidencia y el grado de arrepentimiento verdadero es sometida al veredicto. (C.C., T-196/15, 2015, párr. 48)

Recolectada dicha información, se adentra a las consideraciones de la providencia, en donde la Corte plantea varios problemas jurídicos a resolver; el primero de ellos, tendiente a determinar si se vulneró o no los derechos fundamentales invocados con la acción constitucional y, el segundo, tiene que ver con la vulneración al principio de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

De las consideraciones de esta providencia resulta interesante, que es de las pocas del grupo estudiado; que además de hacer uso de precedentes jurisprudenciales, cita doctrina en específico para referirse al propósito de la protección a la diversidad étnica y cultural, cuyo enfoque va encaminado a que:

Los distintos grupos humanos encuentren espacios en común y se retroalimenten unos con otros, de tal forma que puedan avanzar de forma conjunta aprovechando el conocimiento acumulado. Así las cosas, la promesa del multiculturalismo se encuentra dirigida hacia el diálogo intercultural y de aprendizaje mutuo. (Pérez Escuredo, citada por la C.C., T-196/15, 2015, párr. 67)

En el análisis del caso en concreto, estima que se da los presupuestos generales para la procedencia de la acción de amparo y, específicamente, considera que la decisión del C.S.Jud. desconoció el precedente constitucional e incurrió en una violación directa de la C.P., dado que la accionada no contempló ninguno de los criterios previamente instituidos para dirimir conflictos entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena en el caso de ‘Juan’. Es decir, dejó de lado las providencias ya estudiadas, a pesar de su similitud.

De igual forma, alude que en este caso específico la decisión cuestionada se ha enfocado en el factor objetivo, que toma como punto central determinar que, por la calidad de la víctima y la gravedad de la conducta, debe conocer el asunto la justicia ordinaria en pos del bienestar infantil y la igualdad de género, preceptos que, la Corte razona: “son dos objetivos primordiales de la Carta que no pueden entenderse como un bien jurídico propio de la cultura mayoritaria, sino de todos los pueblos que conforman el Estado pluricultural” (párr. 172).

Sostener que es dable realizar una división de bienes jurídicos que conciernen a la sociedad mayoritaria o, a los pueblos indígenas, implica una concepción del multiculturalismo que presume

que la nación puede dividirse en grupos que coexisten sin tocarse, interactuar o incidirse de forma mutua (C.C., T-196/15, 2015). Afirmación que, a todas luces se aleja de los preceptos constitucionales, cuya visión del respeto por la diversidad étnica y cultural “tiene como sustento una postura filosófica y política que se cimenta en la idea del diálogo intercultural, como medio ideal para regir las relaciones entre las sociedades mayoritaria e indígenas” (párr. 136). El fin de la diversidad cultural es, entonces, facilitar las herramientas necesarias para que un grupo y otro puedan acercarse y nutrirse de esa simbiosis cultural (C.C., T-196/15, 2015).

La Corte se refiere nuevamente al diálogo intercultural cuando explica que la protección de bienes jurídicos, como los que en estas oportunidades están en juego, valga decir, los derechos de los niños y la diversidad cultural, son elementos comunes para los dos ámbitos de la justicia y, el resultado de dicha interculturalidad es que cada pueblo puede interpretarlos y protegerlos de forma diferente, sin que signifique decir que los derechos de los niños o de las mujeres son exclusivos de la cultura mayoritaria; por el contrario, los derechos de los niños indígenas deben ser respetados al amparo de los derechos de sus comunidades, “pues éste es el entorno cultural del que hacen parte, que les da su cosmovisión y llena de sentido su identidad individual y como miembros de una colectividad” (C.C., T-196/15, 2015).

Para la Corte, generar la dicotomía que ha impuesto el C.S.Jud. en la que se debe optar qué derecho amparar y cuál no, es una concepción errada, dado que debe apreciarse cada caso en concreto y evitar la tensión de la pugna entre los dos derechos, como en este caso, en el cual se evidencia que no hay razones para pensar que el cabildo no garantizará los derechos de la víctima, comoquiera que sus autoridades han sancionado al responsable de la conducta reprochada por su derecho propio.

Extraña del C.S.Jud., no haber realizado un análisis del elemento orgánico que permitía

evidenciar la existencia de autoridades propias con un poder de coerción a la cabeza, que tienen un entendimiento de la nocividad social, también propio. Alude que la decisión cuestionada, si bien nombra los precedentes jurisprudenciales (los mismos tres acabados de estudiar), el resultado de su análisis no se ajusta a las sentencias que evoca, al no haber verificado si el cabildo cumplía con el elemento orgánico y, por tanto, no podía decidir de fondo la acusación en contra de 'Juan'.

Así entonces, para el caso concreto, analiza la presencia de cada uno de los factores a verificar para la aplicación de la JEI, encontrándolos acreditados en su totalidad, haciendo hincapié en lo atinente al factor institucional, del que además de notar su presencia, suficiente para asumir el conocimiento del caso, le agrega que la víctima es del querer que el proceso continúe en la JEI, a la que reconoce como su ley, lo que muestra el respeto por sus costumbres y la institucionalidad de su comunidad.

Con ese fundamento, la decisión consiste en amparar los derechos fundamentales invocados y dejar sin efecto la providencia del C.S.Jud. que resolvió el conflicto positivo de competencia; así mismo, deja sin efecto el proceso penal que se surtió en contra de 'Juan' en la jurisdicción ordinaria. Finalmente, ordena a la dirección del establecimiento carcelario entregar al preso a las autoridades del cabildo indígena.

Capítulo Tercero.

Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sobre el ejercicio de la JEI en Colombia

III.1 Sentencias en sede de Casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

En la exploración de decisiones de la Sala Penal, relacionadas con el ejercicio de la JEI, se encontró una sola: la SP15508-2015, en la cual esta Corporación se pronuncia en sede de recurso extraordinario de casación, habiéndose surtido el trámite procesal ordinario y agotado con sentencias de primera y segunda instancia.

Los hechos investigados aluden a la conducta perpetrada por el señor ‘Helmer’, quien, en su calidad de profesor de la Institución Educativa de Riosucio, Sede Tumbabarreto, invitó a tres menores de 11, 12 y 12 años de edad, a ingresar individualmente al aula de informática para efectuarles un test visual, el que le sirvió de excusa para realizarles manoseos, primero a nivel de la pierna y luego en sus regiones genitales, circunstancias que fueron narradas por los menores a sus padres y a una profesora, quienes acudieron ante las autoridades.

Frente a la actuación procesal se tiene que, surtido el trámite ordinario, el Resguardo Indígena de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña, solicitó la remisión del proceso a su jurisdicción, bajo el argumento de que el implicado y las víctimas pertenecían a dicha comunidad, conflicto resuelto a favor de la justicia ordinaria, en cabeza del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, quien culminada la actividad probatoria, profirió sentencia condenatoria en contra del acusado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en modalidad de tentativa, agravado, con una pena de seis años y seis meses de prisión.

La providencia de primer grado es recurrida por la FGN y la víctima, con el propósito de que la condena sea por delito consumado y no tentado; y por la defensa, con el objeto de obtener absolución por considerar que se trata de comportamiento atípico, pues el simple tocamiento de las piernas de los menores no comporta acto sexual. La alzada fue resuelta por el Tribunal Superior de Manizales, modificando el fallo inicial y condenando al acusado por conducta consumada y no tentada e imponiendo una pena de 13 años de prisión sin concesión de beneficios por la naturaleza del delito y las víctimas.

La defensa entonces, recurre el fallo en casación, de cuya demanda y sustentación pretende el restablecimiento del derecho al debido proceso; en específico, se respete el derecho de 'Helmer' a ser juzgado por el juez natural. Alude, que es factible acceder a sus pretensiones, toda vez que, existe precedente jurisprudencial constitucional que delimita los elementos del fuero y de la aplicación de la JEI, mismos que han sido cumplidos a cabalidad dentro del proceso, situación que no se tuvo en cuenta al momento de asignar competencia.

Como situación que causa curiosidad, en los pronunciamientos de los no recurrentes, tanto la FGN como el Ministerio Público, requieren se acceda a lo solicitado y se otorgue la competencia del conocimiento del asunto a la JEI, esta vez en sede extraordinaria de casación penal.

A su turno, la Sala de decisión inicia sus consideraciones manifestando que, si bien el censor no planteó en las instancias la nulidad, nada impide que lo realice ahora como base de su censura, al ser uno de los fines del recurso de casación, vale decir, la efectividad del derecho material, pues de lo que se trata es de determinar si se vulneró el principio del juez natural y, de ser así, implica la invalidez de lo actuado.

Hace referencia al desarrollo jurisprudencial sobre el fuero indígena y la posibilidad de que las decisiones definitivas de competencia puedan ser objeto de controversia mediante control

constitucional y legal en desarrollo de recurso de casación, entendiéndose que ese tipo de pronunciamientos no son ‘intocables’, siendo procedente verificar en este caso, si la decisión del C.S.Jud. que otorgó competencia a la justicia ordinaria, fue acertada (C.S.J. Sala Penal, SP15508-2015).

Adentrándose en dicha determinación, se tiene que tuvo fundamento el C.S.Jud. en el interés superior de los derechos de los niños, por ser víctimas tres menores de edad y haberse cometido al interior de un recinto educativo por parte de uno de sus profesores, quien pese a ser indígena, es mayor de edad y tiene grado de instrucción técnica, buscando como finalidad, evitar la comisión de hechos futuros de la misma naturaleza.

Estima la Sala que dicha postura no es acorde con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para el reconocimiento del fuero indígena y aplicación de la JEI, elementos que luego de citarlos textualmente, considera han sido parámetros de decisiones previas de la misma Sala, citando al menos tres fallos en los cuales en sede de casación se ha otorgado la competencia a la JEI, a pesar de la negatoria pretérita del C.S.Jud., al haber observado el cumplimiento de los criterios demarcados y darse aplicación al principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, sin que se condicionara el reconocimiento del fuero a la gravedad del hecho, a la calidad de la víctima o a la naturaleza del bien jurídico.

De esta manera, circunstancias como la gravedad de la conducta o la condición especial de la víctima, han sido el soporte para concluir de manera equivocada que la JEI no es una respuesta adecuada y justa para castigar a los perpetradores de delitos, como sí lo haría la justicia mayoritaria a través del aparato represor. Considera que, al existir una decisión del año 2014 en la que, con argumentos similares, la misma Sala Penal negó el reconocimiento del fuero, es dable en esta

oportunidad, unificar los criterios para otorgar una solución similar a casos análogos; esto es, cuando se trate de delitos sexuales cuyas víctimas son niños o niñas indígenas.

Precisa conceptos como aculturación y el principio de congruencia, siendo el primero entendido como la ‘pérdida de la identidad cultural’. No obstante, recalca que dicho fenómeno no se da por el simple hecho de que el indígena reciba formación académica en la cultura mayoritaria, sino que implica que se rompa todo nexo con su comunidad nativa, al adoptar usos y costumbres de la sociedad dominante por fuera del territorio indígena. Y en lo que atañe al factor de congruencia, como componente de la JEI (no del fuero), “impone que el orden jurídico de estas comunidades minoritarias no sea contrario a la Constitución y la ley”, lo que hace analizar la diferencia del sistema sancionatorio de cada cultura, cuando se trata de conductas reprochables para ambas sociedades (C.S.J. Sala Penal, SP15508-2015, p. 21).

Tal diferencia es un asunto estudiado al interior del elemento institucional, que apunta a garantizar los derechos de las víctimas y se torna en definitorio, en casos donde emerge especial interés de protección, tanto por la cultura mayoritaria como para la indígena. Señala que, mal se haría en determinar que, cuando se trate de asuntos de especial interés constitucional para la cultura mayoritaria y la indígena, como cuando están involucradas ofensas contra la libertad y formación sexual de menores de edad, la JEI implicaría un tratamiento débil, permisivo y generador de impunidad. Dicho señalamiento desconocería la autonomía de los pueblos indígenas y trataría a la JEI como incapaz de aplicar justicia en este tipo de eventos.

Para el caso en concreto, verifica el cumplimiento de los elementos que componen la JEI, estando satisfechos el humano, orgánico, normativo, geográfico y el factor de congruencia a cabalidad. Así mismo, comprueba la existencia de los elementos para acreditar el fuero indígena, hallando presentes el factor personal, territorial, objetivo e institucional. Realiza luego, un ejercicio

de ponderación entre los dos derechos implicados: los de los niños pertenecientes a una minoría vulnerable en razón del interés superior que les asiste y, la garantía de los pueblos indígenas de ejercer con autonomía sus leyes y costumbres como manifestación de un Estado pluralista e incluyente.

Para resolver la disyuntiva, haciendo uso del elemento institucional, encuentra que el resguardo cuenta con un sistema de justicia propia que propende por los derechos de las víctimas menores de su comunidad, a través de una represión al implicado; por ende, no se desconoce el interés superior de los niños afectados.

Para la Sala, el C.S.Jud. ignoró la diversidad que caracteriza la sociedad colombiana, reconocida expresamente en 1991 en la C.P., en decisión que, argumentando la naturaleza de la ofensa y del bien jurídico afectado, emitió un errado mensaje que califica a las comunidades indígenas como incapaces de salvaguardar a sus niños y niñas o de sancionar a quienes los agreden, habiendo realizado, además, una interpretación errada de la jurisprudencia constitucional que en su momento invocó.

La decisión es casar la sentencia de segunda instancia, declarar la nulidad de todo lo actuado por la justicia penal ante la jurisdicción ordinaria, remitir las diligencias al Resguardo Indígena Nuestra Señora Candelaria de La Montaña, ordenar la libertad del señor ‘Helmer’, quedando a disposición del resguardo para que sus autoridades definan su situación.

III.2 Casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado

A partir del año 2018, las diferentes salas de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en sus distintas secciones, empiezan a dar aplicación al precedente jurisprudencial constitucional, condensado en las cuatro sentencias referidas en el capítulo anterior. De la labor de

recolección de información realizada, se ha encontrado seis providencias tendientes a resolver problemas jurídicos que tienen que ver con el amparo de los derechos a la diversidad étnica y cultural, versus derechos a la integridad sexual de niños, niñas o adolescentes. A saber:

La primera de ellas, la Sentencia STC 7111-2018, de la Sala Civil, es la única en pronunciarse en segunda instancia de tutela; todas las demás tienen decisión de primera instancia sin impugnación ni revisión conocida hasta el momento de presentación de este trabajo.

En esta ocasión, la Sala Civil se ocupa de la decisión de impugnación interpuesta frente a decisión proferida por la Sala de Casación Penal de la misma Corporación, que concedió acción de tutela promovida por José Rodolfo Guevara Canacué, como integrante del Resguardo Indígena de Inzá, Cauca, para el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y juez natural, presuntamente vulnerados por las entidades a quienes acciona.

Como en los casos anteriores, los hechos constitutivos de conducta de tipo sexual contra una menor de edad, son denunciados ante la FGN, quien inicia la persecución estatal y en decurso del proceso, las autoridades de su resguardo reclaman la competencia para conocer del asunto, cuyo resultado es que el C.S.Jud. la asigne en cabeza de la jurisdicción ordinaria. Esta vez se acude a la acción de tutela en pro del amparo de los derechos invocados, cuyo resultado es inicialmente positivo para el interesado.

En dicha oportunidad, la Sala Penal, en primera instancia fundamentó su decisión de amparo en los cuatro criterios ya estudiados y, en lo que respecta en específico al factor objetivo, haciendo uso del precedente constitucional, sostuvo que el C.S.Jud. vulneró el derecho al debido proceso del actor, en su componente de juez natural, porque la acción imputada que tiene que ver con el bien jurídico de la libertad y formación sexuales de menores de edad, es objeto de reproche tanto en la cultura mayoritaria como en la jurisdicción indígena a la que pertenecen la víctima y su

presunto agresor. Agregó que, en cuanto al factor institucional, la comunidad demostró que contaban con autoridades para administrar justicia, incluso en segunda instancia, acorde con la gravedad del caso.

Al decidir la alzada, la Sala Civil se centra en el análisis del material probatorio allegado al proceso para vislumbrar que el actor es comunero del Resguardo Indígena de Inzá, Cabildo La Gaitana, en el municipio de Inzá, Cauca; que, el representante de dicha comunidad reclamó la competencia para conocer del proceso penal en su contra ante la jurisdicción ordinaria; que la niña víctima y su familia **no** pertenecen a la comunidad indígena ni a otro resguardo, sino al sector campesino de la vereda Sinaí.

De igual forma encuentra que, en dicha comunidad tienen un procedimiento planteado ante casos de conductas sexuales con víctimas menores de edad, ya que lo consideran comportamiento reprochable que merece castigo, sin que ello implique una privación absoluta de la libertad, pero sí una restricción a la misma. Para finalizar, extrayendo que en esta oportunidad no habría garantías para la víctima dentro de este caso en específico, pues ésta no pertenece a la misma comunidad.

Continúa su análisis, indicando que de la revisión que define competencia por parte del C.S.Jud., no se observa que haya existido defecto sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial como lo depreca el actor, dado que los argumentos dichos por ese cuerpo colegiado estuvieron basados en las particularidades del caso, bajo un criterio hermenéutico y razonable de las normas y principios que regulan el tema, encontrándose lejano el pronunciamiento a un capricho de la accionada.

En sus propias consideraciones, la Sala Civil, aplicando las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional, evidencia que el elemento personal se encuentra cumplido, al haberse acreditado la pertenencia del investigado a la comunidad indígena, al igual que el elemento

territorial por haber ocurrido los hechos dentro del territorio del resguardo, no así con el elemento objetivo (naturaleza del bien jurídico tutelado), por ser la víctima menor de 14 años, es mujer, y **no** hace parte del resguardo ni de la comunidad del investigado.

Importante resulta observar de esta providencia, cómo la decisión se enfoca en resaltar los precedentes jurisprudenciales constitucionales atinentes al bien jurídico de la integridad sexual de los niños, al ser de un interés común tanto para el sistema jurídico mayoritario como para la JEI. Considera que, en el caso concreto, no debe perderse de vista que la víctima tiene una doble protección del Estado, al ser mujer y menor de edad. Así mismo, al no pertenecer a la comunidad indígena, se debe propender porque las decisiones judiciales que la involucren garanticen el restablecimiento de sus derechos.

Hace un ejercicio de ponderación en el que, al tratar de obtener la materialización de los derechos de las víctimas, se puede entrar en conflicto con derechos de otras personas o grupo social, considerando que, en este caso, los últimos deben ceder, dada la prevalencia de los derechos de la ofendida, amparada por normas y principios contenidos tanto en la legislación internacional como en la interna.

Al ponderar, entre las prerrogativas del agresor y de la ofendida, hace prevalecer las que amparan a la última, estimando que el otorgar competencia a la justicia ordinaria, no es desconocer la autonomía de las comunidades indígenas, pues aunque cuentan con una estructura institucional, en materia de delitos sexuales, del líbello procesal, se puede extraer que no se ha realizado ningún procedimiento en ese tipo de conductas y que su sistema procesal no contempla mecanismos que velen por la protección de la víctima, en contravía del bloque de constitucionalidad que tiene por objeto, la prevención, investigación, tratamiento y reparación integral de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales.

Es así como, el alto tribunal decide revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, negar el amparo otorgado por la Sala de Casación Penal, devolviendo el conocimiento a la justicia ordinaria.

En el mismo año 2018, posterior a la decisión de la Sala Civil, el Consejo de Estado se pronuncia en similares condiciones, en la Sentencia 11001-03-15-000-2018-02531-00, la cual decide acción de tutela impetrada contra sentencia judicial del C.S.Jud., donde el actor, señor Juan David Reyes, considera vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y diversidad étnica y cultural, al asignar competencia a la jurisdicción ordinaria.

En esta oportunidad, víctima y victimario pertenecen a la comunidad de Sipirra, Resguardo Cañamomo Lomaprieta, etnia Embera-Chami de Caldas. La menor, en compañía de su madre, denuncia al agresor por delitos que involucran su integridad sexual y el suministro de estupefacientes, frente a lo cual el Gobernador del resguardo solicitó su libertad para poder procesarlo y juzgarlo conforme a la justicia propia.

El conflicto de competencia es dirimido por el C.S.Jud. en favor de la jurisdicción ordinaria, cuyo fundamento radica en que el fuero constitucional otorgado a los grupos indígenas no es absoluto y exige el cumplimiento de requisitos: la existencia de autoridades propias que administren justicia en los pueblos indígenas, la sujeción de la jurisdicción y las normas que los regulan a la Constitución y la ley, la pertenencia de las partes a la comunidad indígena y, el derecho de esa comunidad de juzgar los hechos cometidos dentro de su territorio, exigencias que de no cumplirse, llevan a que el conocimiento se radique en la jurisdicción mayoritaria.

Adicionalmente, consideró que se presentaban los elementos: personal, objetivo y territorial, no así el institucional, pues el representante del resguardo señaló que si bien existían tareas comunitarias a las que se sometían los infractores, no indicó las medidas de protección para la

víctima menor de edad ni la manera de garantizar el restablecimiento de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

En trámite de tutela, el Gobernador del Resguardo fue claro en afirmar que no había culminado la construcción del centro de resocialización para el cumplimiento de las sanciones de los comuneros que incurrieran en conductas ilícitas. Afirmó que, no contaba con capacidad locativa ni con recursos económicos suficientes para el sostenimiento de los comuneros que fueran recluidos allí; por tanto, la decisión de no tramitar este tipo de casos obedecía a circunstancias ajenas a su voluntad.

Las consideraciones de la Sala dan por sentados los requisitos de procedibilidad de tutela contra las decisiones judiciales. Respecto la decisión cuestionada, no tiene duda que verificó el cumplimiento de cada uno de los elementos estructurales emanados del artículo 246 de la C.P., y de la jurisprudencia constitucional. En el análisis, encontró satisfechos los elementos: personal, territorial y objetivo, por ser la integridad sexual de la menor, un asunto que concierne tanto a la comunidad indígena como a la mayoritaria.

Frente al factor institucional, menciona que la accionada arribó a su decisión, precisamente porque a pesar de haberse acreditado una institucionalidad al interior de la comunidad, no se mencionó la forma de restablecimiento de los derechos de las víctimas, junto con la manifestación del gobernador, de no contar con los recursos para el funcionamiento del centro de resocialización, concluyendo que, no se daba la inobservancia invocada por el accionante; por el contrario, se realizó una interpretación armónica de la normativa constitucional y jurisprudencial que regula la figura de la JEI, por lo cual, la accionada no incurrió en defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246 constitucional ni violación directa de la misma norma, al haber proferido su providencia de forma razonable y ajustada a derecho, sin que se pueda evidenciar una actuación

grosera o arbitraria que genere vulneración de derecho fundamental alguno, negando entonces el amparo solicitado.

Para el año 2019, la Sala Penal, esta vez en sede de tutela de primera instancia y no de casación, se ocupa de problema jurídico similar y se pronuncia a través de la Sentencia STP 2910-2019. Se ha de recordar, que cuando se pronunció en sede de casación, otorgó competencia a la JEI. Y vale la pena recordar también que, cuando se estudió la sentencia de segunda instancia de la Sala Civil, la Sala Penal había amparado los derechos invocados en inicio, otorgando competencia en la JEI.

Se tuvo la oportunidad de advertir cómo dos salas de decisión plasman sus maneras distintas de analizar y resolver un mismo caso, situación que ratifica que el tema no es pacífico, a pesar de tener aparentemente claros lineamientos aplicables en este tipo de discusiones; incluso, se torna más interesante, cuando al interior de la sala que va a decidir, hay desacuerdo interno, como se presenta en este caso.

Aquí, se trata de acción de tutela interpuesta por el Gobernador y Representante Legal del Resguardo Indígena, reclamando el amparo de los derechos fundamentales a la diversidad cultural, autonomía jurisdiccional e integridad étnica y cultural, entre otros, en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del C.S.Jud., al haber decidido sobre conflicto de jurisdicciones asignando la competencia a las autoridades de la jurisdicción ordinaria.

Refiere el peticionario que, el Resguardo se encuentra ubicado en el campo y que sus integrantes se trasladan constantemente al casco urbano del municipio al que pertenecen, considerando que ambos forman parte de la vida y comunidad indígena, dado que trabajan sus tierras y venden sus productos en el mercado municipal, cabecera donde también ejercen derechos civiles como registrar a sus hijos o recibir ayudas del Estado.

Menciona que, la decisión cuestionada no tuvo en cuenta que los niños de comunidades indígenas también son beneficiarios del artículo 44 constitucional, por lo que éste ha debido aplicarse con armonía a la protección de sus derechos a la diversidad étnica y cultural, a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, en la que es permisible ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

A su turno, la madre de la menor víctima solicitó negar el amparo por considerar que, de otorgarlo, el caso quedaría en la impunidad al sentir que no cuenta con el apoyo del resguardo que está del lado del victimario, insistiendo en que el delito fue cometido dentro y a las afueras del casco urbano del municipio.

En las consideraciones de la Sala, se ocupa de las causales especiales de procedencia, revisando lo esbozado en la providencia impugnada frente al cumplimiento de los elementos: personal, territorial, institucional y objetivo, encontrando que el C.S.Jud. dio por satisfecho el primer elemento en tanto víctima y victimario son comuneros del resguardo. En cuanto al segundo, aunque reconoce que no solo se refiere al aspecto físico- geográfico, sino que abarca el aspecto cultural, lo que implica que excepcionalmente pueda tener un efecto expansivo, lo encontró insatisfecho, en la medida que la madre de la menor señaló que los hechos sucedieron en el pueblo y no en el campo donde queda ubicado el resguardo.

Sobre el tercero, decidió indagar sobre los aspectos que lo componen, requiriendo que el accionante amplíe la información sobre los procedimientos propios con que cuentan para adelantar un juicio, la acreditación del poder de coerción de las autoridades para aplicar la justicia propia, el debido proceso y la eficacia de los derechos de las víctimas.

Recibida la información, la accionada consideró que la comunidad indígena no cuenta con una “tipología penal clara para conductas como las que aquí se investiga, pues solamente hablan del

delito de violación, ni mucho menos, el procedimiento del juicio” (C.S.J., Sala Penal, STP2910-2019).

Frente al último factor, hizo especial énfasis en su incumplimiento, toda vez que debe valorarse desde la gravedad de la conducta de tipo sexual que recae sobre una menor de 14 años, sobrina de la esposa del agresor, último éste quien, además, trabaja como docente al interior de la comunidad indígena, debiendo hacerse efectiva la cláusula de prevalencia superior de sus derechos, frente a cualquier otro.

Indicó también el C.S.Jud., que se apartaba de reciente jurisprudencia de la C.C. y de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que el interés superior de proteger los derechos fundamentales del menor es una responsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado-Nación, sin perjuicio del pluralismo cultural y jurídico, agregando que el caso ameritaba consideraciones especiales sobre la prevalencia de los derechos de los niños y la perspectiva de género.

Condensada la decisión impugnada, la Sala Penal realizó sus consideraciones para dar respuesta al problema jurídico planteado por el actor, llegando a la conclusión de que, en efecto, era dable amparar los derechos fundamentales invocados, pues el C.S.Jud. no ejecutó una adecuada valoración del caso.

Para la Sala, de la prueba arrojada al proceso, se acreditó con suficiencia que la comunidad contaba con una institucionalidad capaz de adelantar proceso penal de conformidad con sus usos y costumbres, que la conducta investigada sí era sancionable, habida cuenta que correspondía con un acto que atentaba contra la libertad sexual y, que la comunidad contaba con medidas de protección en favor de la víctima.

Estima que la accionada incurrió en un defecto fáctico al señalar que el resguardo no tenía reglas escritas (ausencia de tipología de conductas y de procedimientos penales), rigiéndose por sus usos

y costumbres, considerando que los actos sexuales abusivos no son sancionables en ese sentir, razón por la cual encuentra que “hace parte de una perspectiva etnocéntrica el pretender valorar la eficacia del proceso de investigación y juzgamiento” (C.S.J., Sala Penal, STP2910-2019, p. 23) con que cuenta el resguardo, “a la luz de las normas y procedimientos de la sociedad mayoritaria” (p. 23), valoración que es contraria a los principios de diversidad y pluralismo garantizados en la C.P., los cuales irradian la administración de justicia.

Continúa la Sala indicando que si la accionada hubiese valorado las pruebas que decretó, habría advertido que la conducta reprochada si es considerada ilícita en la comunidad, que reviste de gravedad y que tiene previstas sanciones; que existe un sistema propio de investigación y juzgamiento, el cual incluye la participación de la víctima y su núcleo familiar, así como la de los demás comuneros.

Expresa que la accionada debió presentar las motivaciones a partir de las cuales considera que los usos y costumbres del resguardo desconocen o vulneran los derechos de las niñas víctimas de violencia sexual. Respecto de la perspectiva de género, si tenía dudas sobre los derechos de las niñas víctimas de conductas sexuales, era necesario solicitar la información que considerara pertinente, pues de la aportada no es posible inferir que estos no son respetados o garantizados. Por el contrario, considera la Sala que, al indicar que en la comunidad se aplica la justicia restaurativa, se demostró que el sistema con el que cuenta el resguardo busca no solo reparación de las víctimas, sino su empoderamiento en la reconstrucción y fortalecimiento del tejido social.

Resultado de este análisis, la Sala Penal decide amparar lo solicitado y dejar sin efectos la decisión cuestionada, donde el C.S.Jud. radicaba competencia en la justicia ordinaria. No obstante, no fue una decisión unánime. La Magistrada, Patricia Salazar Cuellar, presentó su salvamento de voto frente a lo resuelto por la Sala Mayoritaria, considerando que el fallo hizo exclusivamente

alusión al factor institucional, dejando de lado que jurisprudencialmente se ha establecido que éste tiene preeminencia, pero solamente cuando se haya verificado por satisfechos los demás elementos, citando las decisiones que respaldan su sentir.

Hace hincapié en que la Sala, en su análisis había descartado que se verificara el elemento territorial, por lo cual no podía cobijarse al procesado con el fuero indígena, pues los hechos no fueron registrados dentro de la zona geográfica de la comunidad aborígen; tampoco, el cumplimiento del factor objetivo, derivado de la gravedad de la conducta, que implica acertado el análisis de la accionada, en cuanto a la prevalencia del interés superior del niño víctima de delito sexual, frente a la autonomía de los pueblos indígenas, último éste que debía ceder al resultar necesaria la protección de un derecho fundamental de rango superior en cabeza de una menor de edad.

Cita jurisprudencia que data de 2014, para referir que la protección constitucional de los derechos de las víctimas no tiene excepciones, máxime cuando se trata de mujeres; peor aún, si se trata de niños, cuyos derechos prevalecen y, so pretexto de privilegiar los derechos de los infractores indígenas, no se puede desproteger los de las víctimas pertenecientes a esas comunidades, garantía que no se atendió en la Sala Mayoritaria.

Señala también que la decisión de la que se aparta, no se pronunció sobre el clamor de la madre de la víctima ni del enfoque de género, circunstancias de las cuales sí se ocupó el C.S.Jud. en su decisión, considerando desatinado haber otorgado la competencia en la JEI, al menos en este caso, cuyas particularidades ha descrito.

Al interior de la misma Sala Penal, meses después, se profiere nueva decisión que versa sobre problema jurídico similar; en esta ocasión se pronuncia a través de la Sentencia STP7742-2019, con la cual resuelve tutela presentada en contra del C.S.Jud., por presunta vulneración de los

derechos fundamentales al debido proceso y diversidad étnica y cultural del señor Azael Peña Mavisoy, quien, como perteneciente al Resguardo Inga Guayuyaco, solicita el amparo; en consecuencia, su asunto es conocido por las autoridades del mismo, ubicado en Piamonte, Cauca.

Los hechos se suscitan al parecer, por acto sexual abusivo en menor de 14 años al interior de la escuela de dicho resguardo, por los cuales la FGN inicia investigación en contra del prenombrado, entidad ante la que reiteradamente, las autoridades del Cabildo solicitan se remita el asunto al juez natural.

Sin obtener respuesta, las mismas autoridades solicitan al C.S.Jud. dirima el conflicto de competencia, quien resuelve que se debe continuar en la jurisdicción ordinaria por considerar que no se cumple con los elementos geográfico, orgánico ni objetivo del fuero indígena, lo que, para el actor, constituye una errada valoración por parte del C.S.Jud., en tanto los considera cumplidos.

En las consideraciones, la Sala se refiere a que la acción de tutela contra sentencias solo procede de manera excepcional, y no es una posibilidad que tengan las partes inconformes para reabrir un debate que ya fue resuelto. Acude a precedente de jurisprudencia constitucional para señalar que cuando un problema jurídico admite diversas interpretaciones o soluciones, la que escoja el fallador, siempre que se encuentre debidamente motivada, no puede ser cuestionada a través de tutela.

Todo lo que usa como fundamento para recordarle al accionante que, como requisito de procedibilidad, la carga que le atañe no solamente corresponde en su planteamiento, sino también en su demostración, al gozar las sentencias de triple presunción de acierto y hacer tránsito a cosa juzgada, lo que brinda seguridad jurídica necesaria para un Estado de derecho. Indica que, solamente cuando existen vulneraciones constitucionales de derechos fundamentales claramente demostradas, es posible desvirtuar esa presunción.

Si bien podría entenderse que considera improcedente la acción, estudia el fondo de la solicitud. Para el caso concreto, estima que Azael Peña Mavisoy no demostró los requisitos que configuraban una vía de hecho, al no acreditar que la decisión que lo afectaba, fue fundada en conceptos irrazonables o arbitrarios de tal trascendencia que merecían ser analizados por el juez constitucional de tutela. Examina el contenido de la decisión del C.S.Jud. que, en su momento, solo encontró acreditado un elemento de los cuatro necesarios, que fue el personal.

De los otros tres, indica que no es cierto que el factor geográfico esté claramente determinado, como lo señala el accionante, pues del material probatorio se puede extraer que los hechos investigados por la FGN ocurrieron el 8 de junio de 2017 en Mocoa, Putumayo, y el resguardo tiene ubicación en Piamonte, Cauca, y se desconoce si tiene asentamientos en otros municipios donde desarrolle actividades propias de su cultura.

Frente al elemento institucional, encuentra que el C.S.Jud. indicó que, aunque en apariencia la comunidad tiene derecho propio con un sistema judicial coercitivo, lo cierto es que del material probatorio concluye que no se referencia las medidas y procedimientos que impliquen un verdadero sistema de derechos y protecciones de las víctimas. En gracia de discusión, considera que de encontrarse satisfecho este requisito, se convierte en determinante, solamente cuando se haya verificado a satisfacción la existencia de todos los demás (personal, territorial y objetivo), lo que en este caso no ocurre.

Argumenta que la accionada tampoco encontró el cumplimiento del componente objetivo, al entender que un delito sexual en contra de un menor, no puede ser considerado propio de la cultura ancestral de su comunidad, siendo éste protegido por la C.P., posición que la Sala no considera irrazonable ni arbitraria, al ser prevalente de entre los derechos enfrentados, el interés superior de la menor víctima del delito sexual.

Finaliza exponiendo que en el presente caso no se cumplió con los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, por cuanto el accionante cuestiona la valoración probatoria e interpretación normativa realizada por el C.S.Jud., con consideraciones personales que no tienen el alcance de derruir la doble presunción de legalidad y acierto de la decisión atacada, pretendiendo continuar con el debate en sede constitucional, como si la acción de amparo fuera una instancia más en el proceso.

Por no encontrar acreditada con certeza una actuación arbitraria por parte de la accionada, no se accede a la protección reclamada, negando el amparo constitucional. De esta decisión, no se conoce que haya sido impugnada o controvertida en sede de revisión.

Cabe resaltar que la magistrada ponente de esta providencia, es la misma que discurrió de decisión mayoritaria en el caso anterior, donde se había resuelto remitir el asunto a la JEI y en la que expresó inconformidad salvando su voto.

Una vez más, en el año 2019, es la Sala Civil la que se pronuncia en sede de tutela en primera instancia, a través de Sentencia STC8713-2019, donde el representante del Resguardo Indígena Arhuaco de la Sierra Nevada, impetra acción constitucional en contra del C.S.Jud. invocando los derechos al debido proceso, integridad y diversidad étnica y cultural y autonomía de los pueblos indígenas, por haber sido presuntamente vulnerados por la accionada al otorgar la competencia de asunto que, por delito sexual con víctima menor de edad, se sigue por parte de la FGN en contra de uno de sus integrantes, también menor de edad, a la justicia ordinaria. Decisión que considera el peticionario, desconoce el fuero indígena, los elementos necesarios para su configuración, la autonomía de los pueblos indígenas, la cosmovisión y la ley propia ancestral.

A su turno, la accionada respondió defendiendo su postura, misma que fue adoptada con base en las pruebas allegadas al proceso, de las que se pudo acreditar los elementos personal, territorial

y orgánico, no así el objetivo, porque la víctima es una menor de 14 años, que goza de especial protección.

La Sala analiza los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción en contra de providencias judiciales, de lo cual extrae que la guarda se abre exclusivamente cuando los falladores han incurrido en una aberrante trasgresión del ordenamiento jurídico, al punto que estructuran una vía de hecho, misma que descarta ‘divergencias meramente interpretativas’.

Así mismo, del asunto en cuestión no observa un exabrupto que amerite intervención extraordinaria, dado que la accionada hizo un análisis de la presencia de los cuatro factores para activar la JEI, de cuyo resultado estructuró la decisión (C.S.J. Sala Civil., STC 8713-2019), decisión que considera, guarda correspondencia con precedentes jurisprudenciales de la misma corporación, donde se ha dejado en claro que cuando la víctima es un menor de edad que no pertenece a la comunidad indígena, la investigación y juzgamiento de la conducta debe adelantarse ante la jurisdicción ordinaria, dada la prevalencia del interés superior del menor. Por tanto, niega el amparo.

Lo que resulta curioso de esta providencia, es que no se especifica si en efecto la víctima era o no perteneciente a la comunidad indígena, situación que habría permitido dilucidar con más claridad la presencia o no del factor objetivo. La síntesis fáctica se limita a resumir en el acápite de antecedentes el querer del solicitante; sin embargo, adolece de unos supuestos objetivos que permitan evidenciar las reales circunstancias que rodearon el hecho, como, por ejemplo, la edad y origen de la víctima, o el escenario en el que se desató la presunta conducta delictiva.

De igual forma, pese al precedente jurisprudencial, considera la Sala que es dable la conclusión a la que llega el C.S.Jud., en amparo de los derechos de los niños por encima de los de las comunidades indígenas, con base en la prevalencia de los primeros; es decir, todo lo contrario, a

lo que la jurisprudencia constitucional ha indicado en la materia. Desafortunadamente, esta decisión tampoco fue objeto de impugnación que permitiera conocer más a fondo el caso.

En conclusión, como último pronunciamiento, tenemos el de la Sala Laboral en el año 2020, a través de la Sentencia STL9713-2020, la cual estudia el tema, frente a solicitud de amparo que instaurara el Cabildo Indígena del Resguardo de Jambaló, Cauca, respecto a los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y, de los principios de autodeterminación de los pueblos indígenas, administración de justicia propia, diversidad étnica y cultural y reconocimiento de la JEI y juez natural, presuntamente vulnerados por el C.S.Jud., Sala Disciplinaria.

Los hechos se refieren a que el señor Cardelino Medina, miembro de la comunidad, fue denunciado ante la FGN, por presuntos actos sexuales contra menor de edad, también perteneciente al resguardo, proceso ordinario en el cual se solicitó la remisión ante la JEI, arguyendo que se acreditaba la presencia de los cuatro requisitos jurisprudenciales necesarios. Frente a tal pedimento, se envía el asunto al C.S.Jud. para lo de su cargo, quien resuelve el conflicto de competencias remitiendo las diligencias a la jurisdicción ordinaria.

Para el accionante, la decisión incurrió en defecto fáctico, lo que habilita la procedencia de la acción de tutela, por no haber realizado un análisis integral del acervo probatorio, lo que implicó establecer erróneamente que la presunta víctima no pertenecía a la comunidad indígena, solicitando se revoque la decisión. La accionada, sostiene que la decisión atacada analizó lo relativo al fuero indígena, con base en los argumentos presentados por las dos jurisdicciones en conflicto y en concordancia con la jurisprudencia constitucional vigente en la materia.

Agrega que, el principio de diversidad étnica y cultural, en virtud de los instrumentos internacionales, ha sido fundamento y marco del cual derivan los criterios de interpretación para el juez constitucional, y obliga a reconocer a las comunidades indígenas como sujetos de derechos

fundamentales, los cuales no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos y que los de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos.

Indicó que esos aspectos fueron respetados y ponderados en la providencia refutada, reiterando que se estudió los elementos que componen el fuero indígena, encontrando que, frente al elemento objetivo, en lo tocante con el tipo de conducta, no quedaba duda que dicho comportamiento adquiere notoria gravedad por la cláusula de prevalencia superior, más cuando la niña hace parte de un grupo de especial protección constitucional.

Ahora, la Sala considera que la accionada en su providencia, hizo un estudio a la luz de la jurisprudencia vigente. En cuanto a los criterios para activar la JEI, encuentra que, procesado y víctima son miembros del resguardo indígena, que los hechos se suscitaron al interior del mismo, que **no** era posible determinar si se cumplía el criterio funcional u orgánico, habida cuenta que no se contaba con las normas internas, pese a haberse solicitado dicha información al gobernador del cabildo indígena.

En cuanto al factor objetivo, la gravedad de la conducta y el umbral de nocividad, se transgredió intereses de la comunidad y, por tanto, es excluido de la competencia de la JEI, en razón a que está en juego un bien jurídico universal, reforzando sus razones en la perspectiva de género en las decisiones judiciales, sobre la cual se robustece aún más la especial protección que merece la víctima (C.S.J., Sala Laboral, STL 9713-2020).

Bajo ese panorama, considera que no hay lugar a conceder el amparo, comoquiera que la accionada hizo sus reflexiones dentro de las reglas de razonabilidad y justeza, conforme la gravedad del delito y la calidad de la víctima, haciendo uso del ejercicio de administrar justicia

dentro de su independencia judicial, acorde a la interpretación de las normas y jurisprudencia vigentes para el caso que fue de su análisis.

Para esta Sala de decisión, es claro que la parte actora buscaba reabrir un debate jurídico ya dirimido y finiquitado por no haber resultado afín con sus intereses, recordando que la naturaleza de la acción de tutela no radica en generar un escenario adicional en el que el interesado intente imponer su posición frente a la de los jueces naturales, pues si la decisión en conflicto no resulta descabellada, se descarga de tajo la violación de garantías constitucionales; por ende, la intervención tutelar (C.S.J., Sala Laboral STL 9713-2020), agregando que el juez natural está revestido de autonomía en la formación de su convencimiento y si existe discrepancia en él, no implica necesariamente la vulneración de algún derecho fundamental, y la intervención del juez de tutela solo es viable cuando el proveído es desproporcionado y arbitrario, lo que en este caso no ocurrió.

Nótese cómo resulta palpable la discordancia entre interpretación de criterios, en la medida que, como se ha observado, en casos similares en los cuales se ha debatido problemas jurídicos casi idénticos, ha merecido para otras salas de decisión, un estudio pormenorizado y a fondo, bien sea para amparar los derechos invocados o para negarlos, cosa que en este último pronunciamiento no sucedió.

III.3 Contrastes en la solución de los casos expuestos

Revisadas las providencias de estudio, es posible determinar que la C.C. en las cuatro oportunidades que selecciona asuntos para revisión, que tratan conflictos de competencia entre jurisdicciones ordinaria y especial indígena, con relación a delitos sexuales, intenta plasmar una uniformidad de criterios, estableciendo reglas a aplicar a falta de normativa legal.

Oportunidades todas en las que, revisado cada caso en concreto, decide amparar los derechos a la diversidad étnica y cultural, a la luz del respeto por la autonomía de los pueblos indígenas y sus usos, costumbres y cosmovisión al momento de impartir justicia, sin excluir del ámbito de su jurisdicción este tipo de conductas que, aunque graves y reprochables, se considera viable sean juzgadas de acuerdo a sus saberes ancestrales y forma de gobierno.

Ahora, en lo que tiene que ver con la Sala de Casación Penal de la C.S.J., en la única oportunidad que se pronuncia al respecto en dicha sede, se puede entrever en ella una visión intercultural del problema jurídico planteado, cuando quiera que su interpretación del artículo 246 superior, va más allá de un simple reconocimiento de derechos, que incluso puede tornarse en letra muerta al no tener mecanismos certeros para su materialización; tiene una visión protectora de la diversidad étnica y cultural y propende por su preservación al otorgar ese caso a la JEI.

Esta Sala, también en sede de tutela, hace un intento por lograr la efectividad del derecho reconocido o, al menos, así lo muestra en la mayoría de sus pronunciamientos, pues aparte del de casación, se tiene tres en tutela de primera instancia, de los cuales en dos ocasiones amparó lo solicitado, remitiendo el conocimiento de los asuntos a la JEI, postura que no ha sido compartida ni al interior de la Sala ni fuera de ella, en la medida que una de esas decisiones fue objeto de impugnación y revocada por su homóloga, la Sala Civil; y la otra, fue objeto de salvamento de voto.

Continuando con las decisiones de tutela de la C.S.J., tanto la Sala Civil, como la Laboral y la Penal (en una sola ocasión), como el Consejo de Estado, estiman en cada caso, que es la jurisdicción ordinaria la que debe continuar con el conocimiento del asunto, ya sea porque encuentran acertada la decisión del C.S.Jud. que así lo dispuso, o porque valoran que se está utilizando indebidamente la acción de amparo ante un conflicto que ya se ha resuelto.

Tales posturas, están más bien encaminadas a una visión multiculturalista de los reconocimientos constitucionales a los pueblos indígenas, al menos en lo que a la aplicación de la JEI se refiere, lo que permite observar, en esa pugna de derechos, que la prevalencia del interés superior del niño es la que define apartar a los pueblos indígenas del juzgamiento de este tipo de delitos.

El esfuerzo que habría realizado la C.C. al trazar de manera uniforme los criterios de aplicación para la JEI, incluso en delitos graves como los que involucran la integridad sexual de menores de edad, en lugar de dar claridad cuando se trata de resolver conflictos de competencia, se puede catalogar como incierto, por cuanto se ha observado cómo todas estas decisiones han sido fruto de las negativas iniciales por parte del C.S.Jud., y cuando se estudia el fondo el caso, todo depende de la Sala a la que corresponda su conocimiento.

Gutiérrez y Olarte (2019), en investigación similar, analizan precisamente las decisiones del C.S.Jud. relacionadas con solicitudes de colisión de competencias, cuyo hallazgo incluyó que la mayoría de las veces se fallaba a favor de la jurisdicción ordinaria. Encontraron también que, gran parte de los casos versaban sobre delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de menores de edad, solicitados por comunidades de departamentos como el Cauca, Nariño y Putumayo.

Notaron las autoras que, la constante negación obedecía a la ausencia de alguno de los requisitos jurisprudenciales establecidos, en especial, con los factores objetivo y subjetivo, último éste más relacionado con asuntos cuyas víctimas eran menores en delitos sexuales, cuestión que genera asombro, toda vez que “la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en manifestar que el

criterio objetivo no se puede aplicar de manera automática, basado en la gravedad del delito” (Gutiérrez y Olarte, 2019, pp. 155-156).

Así mismo, han llegado a la conclusión de que:

Este diálogo con las comunidades donde hay una mayor conservación de la identidad cultural, no ha significado mayor autonomía en el ejercicio de sus justicias, sino, por el contrario, se ha limitado a un monólogo profesionalizado, guiado además por la parte a la que se le dotó de legitimidad y que ejerce el poder, sustentada en la incapacidad de los pueblos indígenas de juzgar casos importantes. (Gutiérrez y Olarte, 2019, p. 167)

Así, se encuentra que los contrastes que emergen en las decisiones expuestas, obedecen a una falta de comunicación entre culturas y que, muy a pesar de los esfuerzos por lograr la efectivización de un Estado pluralista, se ha transitado décadas entre reconocimientos y negaciones que, con el transcurrir del tiempo no han logrado permitir una salida consensuada a los conflictos de competencia entre estas dos jurisdicciones.

Conclusiones

Del estudio realizado, es factible llegar al conocimiento de que, con el paso del tiempo y los precedentes jurisprudenciales constitucionales esbozados, se ha hecho más exigente el ejercicio de ponderación de los dos derechos en conflicto; vale decir, la autonomía indígena y los derechos de los menores, víctimas de delitos sexuales, puesto que ya no permite que nada más se enuncie que, entre ellos, priman los de los menores por ser sujetos de especial protección. Más bien, implica un análisis más riguroso de la presencia de los cuatro factores para activación de la JEI y las subreglas de cada uno.

Hablando de los cuatro criterios, es viable realizar el siguiente cuestionamiento: ¿Se convierte el factor institucional en una exigencia de aculturación o civilización de los pueblos indígenas que los obliga a tener sistemas judiciales parecidos a los del derecho mayoritario? Bajo ese entendido, ¿es acorde a la Constitución realizarles dicha exigencia?

En el cierre de una investigación como ésta, luego de observar que los resultados arrojan que Colombia está lejos de la materialización de un pluralismo jurídico acorde con una visión de interculturalidad, es inevitable que surjan cuestionamientos como los indicados, no para reforzar una negación de un reconocimiento constitucional, sino más bien para abrir un camino a un proceso dialógico que permita efectivizar la diversidad cultural característica de nuestras sociedades.

Otro desafío concerniente al cambio del juez natural para resolver conflictos de competencia entre jurisdicciones a partir de este año en cabeza de la C.C., debe partir del interrogante: ¿Qué se espera del órgano de cierre en ese sentido?, cuando al aparecer su postura ha sido de avanzada hacia una interpretación del respeto por el derecho propio de las comunidades. En este sentido, no se inició muy bien con el pronunciamiento de mayo de 2021, en el cual el Tribunal Supremo

determina que los delitos de rebelión y concierto para delinquir desbordan la órbita cultural indígena y por su nocividad social deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, decisión que no ha sido ajena a salvamento o aclaraciones de voto (C.C., Auto 206/2021).

De otro lado, una de las marcadas conclusiones a las previamente mencionadas, es que a pesar de los parámetros constitucionalmente definidos, sigue siendo un tema de debate, pues aún con el cumplimiento de los requisitos impuestos, se observa que en varias ocasiones les es negada la solicitud de activación de la JEI a las comunidades indígenas, negación que se convierte en sistemática y reiterada, obligando a que continúen sus luchas reivindicatorias, esta vez al interior de estrados judiciales, que perfectamente pueden rechazar lo solicitado en considerables ocasiones al interior de un mismo proceso judicial, antes de acceder a ello, si es que lo consideran procedente. Tal como lo menciona De Souza (2009), en su definición de complejidad del pluralismo jurídico en Colombia, en donde “el derecho estatal compite más fuertemente con los ordenamientos paralelos” (p. 59).

Definitivamente, no puede constituir un amparo efectivo a un derecho constitucional, tener que pasar por al menos cuatro decisiones negativas para merecer una revisión detallada de su caso, independientemente de que se falle a su favor o no. Lo cierto es que, de entrada, ante un conflicto positivo de competencias en estos casos, se observa que los jueces están predispuestos a que el derecho que se debe amparar es el de los menores involucrados y poco les interesa ahondar en el respeto a la diversidad cultural que está en juego, o al menos así lo ha demostrado el C.S.Jud. en sus providencias.

Se considera, debe apostarse entonces porque esa primacía de los derechos de los NNA indígenas, se pueda valorar desde los tamices de su propia cultura, a través de un diálogo consensuado que permita respetar sus saberes ancestrales, sin que necesariamente implique una

imposición del derecho mayoritario, proceso para el cual, es necesario que los falladores empiecen a indagar acerca de la autodeterminación de los pueblos, sin que siga siendo tratada una jurisdicción especial como equivalente a la mayoritaria, realizándole exigencias tendientes a que su derecho propio solo es válido, en tanto guarde concordancia con el mayoritario.

El hecho de dejar de lado la emisión de la normativa legal que se encargue de la coordinación de la JEI con la justicia ordinaria, como jurisdicciones coexistentes y válidas en el territorio colombiano, ha permitido que en casos como los estudiados, se esté sujeto a los criterios de interpretación de cada fallador o de cada sala de decisión como se ha visto, situación que lo único que ha generado es una desigualdad marcada frente a casos similares que están condicionados a la suerte del criterio de su enjuiciador.

Si bien es cierto, el C.S.Jud. ha intentado realizar el estudio necesario para concretar una posible coordinación entre jurisdicciones, a través de investigación que surtiera en el año 2005, con la ONIC, cuyo objeto era precisamente emitir el marco legal del que se adolece desde 1991; sin embargo, las resultas de dicha consulta previa con las comunidades, arrojaron como resultado, su manifestación de “no estar preparadas para adelantar este ejercicio reglamentario, así como su percepción de la no viabilidad de expedir una sola ley que recoja los aspectos del ejercicio de la coordinación” (Ariza Santamaría, 2010, p. 38).

Nótese que dicho esfuerzo data de más de tres lustros atrás; no obstante, denota que ha sido un tema de interés para el Estado, propiciando avances en materia de legislación y jurisprudencia en el reconocimiento del derecho a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, para no ser visto como una concesión, “sino como derecho fundamental, cuyo alcance les permite proteger su autonomía e identidad, además de la revitalización de su sistema propio de derecho” (Ariza Santamaría, 2010, p. 130).

Se considera de suma importancia continuar por el camino del diálogo intercultural, de cuyos estudios se evidencia que las posibilidades del ejercicio del derecho propio son tan amplias como la cantidad de comunidades presentes en el territorio nacional, con los matices y las leyes de origen de cada uno de sus pueblos, situación que debe ser capaz de comprender el fallador al momento de otorgar competencia, sin que solamente se limite a evaluar una lista de chequeo, sino que por el contrario, su potestad de recaudar material probatorio al interior de su problema jurídico a resolver, le sirva para nutrirse de la cultura que esté estudiando y pueda, en consecuencia, llegar a una solución realmente protectora de los derechos en pugna.

Referencias

- Acosta, J. (2019). Derechos humanos de los pueblos indígenas en clave de pluralismo jurídico e interculturalidad. *Ánfora*, 26(47).
<https://doi.org/10.30854/anf.v26.n47.2019.632>
- Archila, M. (2016). El paro cívico nacional del 14 de septiembre de 1977. Un ejercicio de memoria colectiva. *Revista de Economía Institucional*, 18(35), 313-318.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962016000200018
- Ariza Santamaría, R. (2010). Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.
https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=fe52ffee-62d2-b65f-0952-20d52f23e4dd&groupId=271408
- Beuchot, M. (2005). Interculturalidad y Derechos Humanos. *Siglo XXI Editores/UNAM, Facultad de Filosofía y Letras*.
- Bocarejo, D. (2011). Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la espacialización de la diferencia indígena y su aislamiento político. *Revista Colombiana de Antropología*, 47(2), 97-121. <https://revistas.icanh.gov.co/index.php/rca/article/view/959/725>

Caballero, A. (2020). *Historia de Colombia y sus oligarquías (1492 al 2017)*. Biblioteca Nacional de Colombia.

[https://bibliotecanacional.gov.co/es-co/colecciones/bibliografica/publicacion/historia-de-colombia-y-sus-oligarquias-\(1492-al-2017\)](https://bibliotecanacional.gov.co/es-co/colecciones/bibliografica/publicacion/historia-de-colombia-y-sus-oligarquias-(1492-al-2017))

Comboni, S. y Juárez, J. (2013). Las interculturalidad-es, identidad-es y el diálogo de saberes.

<https://www.redalyc.org/pdf/340/34027019002.pdf>

Congreso de la República. (29 de mayo de 1837). “Código Penal de la Nueva Granada”.

https://simehbucket.s3.amazonaws.com/miscfiles/codigo-penal-1837-octubre-28_10ky4jj6.pdf

Congreso de la República. (26 de junio de 1873). Ley 112 de 1873 “Código Penal de los Estados Unidos de Colombia”. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1873.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (19 de octubre de 1890). Ley 19 de 1890 “Código Penal de la República de Colombia” <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1890.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (25 de noviembre de 1890). Ley 89 de 1890 “por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4920>

Congreso de la República de Colombia. (24 de noviembre de 1892). Ley 72 de 1892 “Por la cual se dan autorizaciones al Poder Ejecutivo para establecer misiones católicas”. DO: 9001.
<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1621571>

Congreso de Colombia. (24 de abril de 1936). Ley 95 de 1936 “Sobre Código Penal”
<https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1936.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (4 de marzo de 1991). Ley 21 de 1991 “por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989. 39720.
<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/col137355.pdf>

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal” https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_599_2000.pdf

Congreso de la República de Colombia. (26 de julio de 2000). Proyecto de Ley Estatutaria 003 “por medio del cual se establece los principios, criterios fundamentales y los mecanismos de coordinación entre las Autoridades Indígenas y el sistema Judicial Nacional, de conformidad con el Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dicta otras disposiciones”.
<https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/4961/>

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098,2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. DO: 46.446.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Congreso de la República de Colombia. (10 de julio de 2007). Ley 1146, 2997 “Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente”. DO: 46.685. oas.org/dil/esp/ley_1146_de_2007_colombia.pdf

Congreso de la República de Colombia. (23 de julio de 2008). Ley 1236, 2008 “Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”. DO: 47.059. https://www.oas.org/dil/esp/ley_1236_de_2008_colombia.pdf

Congreso de la República de Colombia. (21 de abril de 2010). Proyecto de Ley Estatutaria 246 de 2010 Senado “por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dicta otras disposiciones”. <https://vlex.com.co/vid/proyecto-ley-senado-451470450>

Constitución Política de Colombia. [Const. P.]. (1991). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Correa Henao, N.R. (1990). El proceso constituyente: el caso colombiano. *Facultad de Derecho y Ciencias políticas*, (91). <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4535>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1992). Sentencia T-428/92 de 24 de junio [MP Ciro Angarita Barón]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-428-92.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1992). Sentencia T-528/92 de 24 de junio [MP Fabio Morón Díaz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-528-92.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1994). Sentencia C-377/94 de 25 de agosto [MP Jorge Arango Mejía]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-377-94.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1996). Sentencia T-496/96 de 26 de septiembre [MP Carlos Gaviria Díaz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1997). Sentencia T-214/97 de 29 de abril [MP Alejandro Martínez Caballero]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-214-97.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1998). Sentencia SU-510/98 de 18 de septiembre [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU510-98.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2001). Sentencia C-169/01 de 14 de febrero [MP Carlos Gaviria Díaz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-169-01.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2002). Sentencia C-370/02 de 14 de mayo [MP Eduardo Montealegre]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-370-02.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2002). Sentencia T-728/02 de 5 de septiembre [MP Jaime Córdoba Triviño]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-728-02.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2003). Sentencia SU-383/031 de 13 de mayo [MP Álvaro Tafur Galviz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su-383-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2003). Sentencia C-620/01 de 29 de julio [MP Marco Gerardo Monroy]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-620-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2003). Sentencia T-522 de 27 de junio [MP Clara Inés Vargas H.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-522-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2003). Sentencia T-506199/03 de 10 de julio [MP Rodrigo Escobar Gil]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-506199-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2004). Sentencia T-1238 de diciembre 12 [MP Rodrigo Escobar Gil]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1238-04.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2005). Sentencia C-401/05 de 14 de abril [MP Manuel José Cepeda E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-401-05.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2006). Sentencia T-704/06 de 2 de agosto [MP Humberto Antonio Sierra Porto]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-704-06.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2009). Sentencia T-514/09 de 30 de julio [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-514-09.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2010). Sentencia T-617/10 de 5 de agosto [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2012). Sentencia T-002/12 de enero 11 [MP Juan Carlos Henao Pérez]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-002-12.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2012). Sentencia T-523/12 de julio 6 [MP María Victoria Calle Correa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-523-12.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2013). Sentencia T-921/13 de diciembre 5 [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2014). Sentencia C-463/14 de julio 9 [MP María Victoria Calle Correa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2015). Sentencia T-196/15 de abril 17 [MP María Victoria Calle Correa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-196-15.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2021). Auto 206/21 de 5 de mayo [MP José Fernando Reyes Cuartas] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-196-15.htm>

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación en lo Criminal, (4 de abril de 1941). G.J., L.I., No. 1970, 1941. Págs. 309 a 313. [MP José Antonio Montalvo]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LI%20n.%201970-1976%20\(1941-1942\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LI%20n.%201970-1976%20(1941-1942).pdf)

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, (23 de julio de 1948). G.J., LXIV, No. R-006954, 1948, Págs. 863 a 866. [MP Domingo Sarasty M.]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXIV%20n.%202060-2065%20Bis%20\(1948-1950\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXIV%20n.%202060-2065%20Bis%20(1948-1950).pdf)

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, (14 de mayo de 1970). , G.J., CXXXIV, No. 2326-2328, 1970, Págs. 303 a 319, Págs. 304 a 316. [MP José María Velasco Guerrero]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXIV%20n.%202326-2328%20\(1970\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CXXXIV%20n.%202326-2328%20(1970).pdf)

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (11 de noviembre de 2015). Sentencia SP15508-2015 [MP Fernando Alberto Castro Caballero]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP15508-2015\(46556\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/novejuri/penal/SP15508-2015(46556).pdf)

Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. (2018). Sentencia STC7111 de mayo 31 [MP Margarita Cabello Blanco]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/06/Tutela-STC7111-2018.pdf>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (27 de septiembre de 2018). Radicación 11001-03-15-000-2018-02531-00(AC). 27/09/18. [CP Hernando Sánchez S.] <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/212/11001-03-15-000-2018-02531-00.pdf>

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. (5 de marzo de 2019). Sentencia STP2910-2019. [MP José Francisco Acuña Vizcaya]. [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2019/SP025-2019\(51204\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2019/SP025-2019(51204).pdf)

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Penal. (11 de junio de 2019). Sentencia STP7742-2019. [MP Patricia Salazar Cuellar]. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-842268592>

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Civil. (4 de julio de 2019). STC8713-2019 [MP Octavio Tejeiro Duque].

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Laboral. (28 de octubre de 2020). STL9713-2020 [MP Luis Benedicto Herrera Díaz]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/10/Tutela-STL9713-2020.pdf>

Cruz, E. (2013). Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad. *Revista Criterio Jurídico*, 13(2) 69-101. https://www.researchgate.net/publication/305490705_Pluralismo_juridico_multiculturalismo_e_interculturalidad

Cuchumbé, N.J. (2012). *El multiculturalismo de Charles Taylor y el universalismo de los derechos de Jürgen Habermas*. Editorial Universidad del Valle.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, (septiembre 16 de 2019). Población Indígena de Colombia. Resultado del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/grupos-eticos/informacion-tecnica>

De Sousa Santos, B. (2009). Una ilustración: el pluralismo jurídico en Colombia. En *Sociología Jurídica Crítica* (pp. 75-80). Editorial Trotta. 10.2307/j.ctvt6rkj7.7

De Sousa Santos, B. y Exeni, J. (2012). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. *Ediciones Abya-Yala*.
SantosExeni_Justicia_indigena_plurinacionalidad_e_interculturalidad_Bolivia.pdf (uc.pt)

Gómez, J. y Hernández, J.G. (2010). Relaciones interculturales, interculturalidad y multiculturalismo; teorías, conceptos, actores y referencias. *Revista Cuicuilco*, 17(48), 11-34.
<http://www.scielo.org.mx/pdf/cuicui/v17n48/v17n48a2.pdf>

Gutiérrez, M. y Olarte, Á.M. (Eds.). (2019). Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal. *Universidad Externado de Colombia*.

Indepaz. (2013). La constituyente de 1991. http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/04/La_constituyente_de_1991.pdf

Institución Universitaria Escolme. (s.f.). Unidad # 1: descubrimiento, conquista y colonia del territorio colombiano.
http://www.escolme.edu.co/almacenamiento/oei/tecnicos/historia_geografia/contenido_u1.pdf

Kymlicka, W. (1996). Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías. *Ediciones Paidós*.

<https://www.bivica.org/files/ciudadania-multicultural.pdf>

La Rosa, M. y Mejía, G. (2013). Historia concisa de Colombia (1810-2013). *Editorial Javegraf*.

<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/42482>

Londoño Toro, B. (2002). La constitución de 1991 y los indígenas. *Credencial Historia*, (146).

<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/la-constitucion-de-1991-y-los-indigenas>

Mayorga, F. (2005). Derechos Humanos de los Indígenas. Las instituciones coloniales fallaron en su defensa. *Banrepcultural*.

<https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-156/derechos-humanos-de-los-indigenas>

Ministerio de Justicia. (23 de enero de 1980). Decreto Número 100 de 1980 “Por el cual se expide el Nuevo Código Penal”

<https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/codigo-penal-1980.pdf>

Morales, J. (1980). La división de resguardos en Tierradentro, departamento del Cauca [Ponencia presentada en el *Simposio Manifestaciones Culturales de la Sociedad Colombiana Contemporánea*]. *Revista Universitas Humanística*, 12(12).

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/10424>

Moreno, H., Machado, A. y Rodríguez, A. (2010). El multiculturalismo en la Constitución de 1991: en el marco del bicentenario. *Universidad del Valle*.

Organización de Estados Americanos, OEA. (2016). Fin a 17 años de espera para los Pueblos Indígenas.

https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16

Presidencia de la República de Colombia. (1991). Decreto 2591 de noviembre 19 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html

Presidencia de la República de Colombia. (2017). Decreto 1983 de noviembre 30 “por el cual se modifica los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del 1069 de 2015”.

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201983%20DEL%2030%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202017.pdf>

Roldán, R. (2005). Manual para la formación en derechos indígenas territorios, recursos naturales y convenios internacionales. (2.^a ed.). COICA. *Producciones digitales Abya.Yala*

https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1487&context=abya_yala

Salazar, M. (2009). Multiculturalidad e interculturalidad en el ámbito educativo. Experiencias de países latinoamericanos. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.

https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1520/multiculturalidad_interculturalidad-2009.pdf

Sánchez Botero, E. y Jaramillo Sierra, I.C. (2007). La jurisdicción especial indígena en Colombia (2.^a ed.). *Instituto de Estudios del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación*.

Sánchez, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. *Revista Nueva Antropología*, 22(2), 31-49.
https://www.researchgate.net/publication/43071190_La_realizacion_del_pluralismo_juridico_de_tipo_igualitario_en_Colombia

Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21731.pdf>

Todorov, T. (1998). La conquista de América, el problema del otro (F. Botton Burlá, Trad.). Siglo XXI Editores. <https://antroporecursos.files.wordpress.com/2009/03/todorov-t-1982-la-conquista-de-america-el-problema-del-otro.pdf>

Toro, L. (2012). Curso derecho pueblos indígenas sistema interamericano julio 2012. https://www.oas.org/dil/esp/curso_derecho_pueblos_indigenas_sistema_interamericano_julio_2012_material_referencia_Luis_Toro.pdf

Universidad Mayor de San Andrés (UMSA, Bolivia). (s.f.). Intra e interculturalidad: un acercamiento a la problemática para la educación. Biblioteca Virtual de Pueblos Indígenas. <http://pueblosindigenas.bvsp.org.bo/php/level.php?lang=es&component=50&item=1>

Zuleta, E. (1973). La tierra en Colombia. *Editorial La Oveja Negra*.

<https://es.scribd.com/document/184046558/Estanislao-Zuleta-La-Tierra-en-Colombia>