

Efectos jurídicos del conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria penal y la jurisdicción indígena Un estudio en el resguardo de Huellas - Norte del Cauca¹

Legal Effects of competence conflicts between ordinary criminal jurisdiction and the indigenous jurisdiction.

A Study: Footprints in the shelter of huellas- Norte del Cauca

LIZANDRO ALFONSO CABRERA SUÁREZ

Abogado y licenciado en ciencias sociales. Magíster en derecho. Estudios de doctorado en realidad Política Uned de Madrid. Líder del grupo de Investigación Hernando Devis Echandia de la Universidad Santiago de Cali.
lizandrocabrera@hotmail.com

Recibido: 6 de Octubre de 2011
Aceptado: 15 de Diciembre de 2011

RESUMEN

En este artículo se examinan algunos resultados de la investigación que se realizó referente al conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria penal y la indígena, resaltando la inseguridad jurídica que se presenta para la comunidad indígena, debido a la falta de coordinación de los procesos que se dan entre las dos jurisdicciones. Del estudio quedó claro que la jurisdicción ordinaria (autoridades tradicionales) tienen competencia global sobre todas las conductas que se realicen dentro del territorio indígena y en consecuencia tienen facultad sancionatoria que es solo una de las posibilidades de actuación judicial concedidas por la Constitución Nacional y que si bien es cierto que existe un reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales del cual se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero y se concede el derecho de ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos dentro de su ambiente territorial en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo, no significa que siempre que un miembro de la comunidad indígena esté involucrado en conducta reprochable la jurisdicción indígena sea competente para conocer del hecho, pues el fuero indígena tiene límites de acuerdo a cada caso. El trabajo de campo se realizó en las comunidades indígenas del resguardo de Huellas en el Norte del Cauca.

Palabras clave: conflicto de competencia, la Constitución Política, Derechos Humanos, la jurisdicción penal ordinaria, la jurisdicción penal indígena

ABSTRACT

This paper discusses some results of the research that was conducted about the conflict of jurisdiction between the ordinary criminal jurisdiction and indigenous criminal jurisdiction. It is highlighted that the legal uncertainty is presented for the indigenous community, due to lack of coordination of the processes between the two jurisdictions. From the study it became clear that the ordinary courts (traditional authorities) have global competition on all behaviors that are performed within the indigenous territory and therefore, they have sanctioning power and also the possibility of prosecution granted by the

¹ Artículo producto de la línea de investigación conflicto armado del grupo de investigación Hernando Devis Echandia. grupo categorizado en A por Colciencias.

Constitution. Moreover, there is a constitutional recognition of special courts which is derived of the right of members of indigenous communities to a jurisdiction and granted the right to be ruled by their own authorities, in accordance with their rules and procedures within their territorial environment in order to ensure respect for their believes. However, this does not mean that whenever a member of the Indian community is involved in reprehensible conduct, the indigenous jurisdiction is competent to solve the conflict because the indigenous courts have limits according to each case. This study was conducted in the indigenous communities located in south east of Colombia.

Key words: *the conflict of jurisdiction, Political Constitution, Human Rights, the ordinary criminal jurisdiction, the indigenous criminal jurisdiction de Huellas en el Norte del Cauca.*

Introducción

Los países andinos a finales del siglo pasado, en la década de los noventa reconocen constitucionalmente que sus Estados están conformados por una diversidad de culturas; buscando así garantizar la pluralidad y la identidad cultural. También se reconoce a los diversos pueblos indígenas y sus derechos, oficializando sus idiomas, protegiendo sus costumbres, y promoviendo su propia cultura. En tal marco, se reconoce también el derecho al propio derecho, esto es, el derecho indígena o consuetudinario. La jurisdicción especial en consecuencia cada día va ampliando su espectro, una sociedad diversa, multiétnica y pluricultural, que ha demandado reconocimiento no sólo dentro de la concurrencia social, sino dentro de un sistema constitucional que se ha limitado a amparar sólo una parte de la población que la conforma.

La Constitución Política de Colombia de 1991, consagró en su artículo séptimo la diversidad étnica y cultural en la siguiente forma: "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana." Como respuesta a una realidad socio cultural que ha estado presente durante toda la historia del país. El legislador otorgó con base en este principio una serie de prerrogativas y derechos constitucionales a favor de las minorías étnicas, principalmente de las comunidades indígenas a quienes no sólo se les otorgó derechos individuales como personas y ciudadanos, sino que así mismo se les reconoció como miembros de un colectivo y con una organización política y social específica cuyas costumbres, normas y procedimientos, fueron de igual forma incorporados dentro del orden jurídico nacional a través de la Jurisdicción Especial Indígena. Dicha Institución, consagrada en el artículo 246 de la Carta Política, supone el derecho a la existencia cultural alterna, dentro de un marco de tolerancia, respeto y aceptación de los modos diversos de entender el mundo e implica la intención de integrar dentro del sistema jurídico nacional el conjunto de sistemas múltiples de solución de conflictos paralelos a ese.

El reconocimiento implica el derecho de las comunidades a gobernarse y administrar su propio territorio de acuerdo a sus costumbres, tradiciones e instituciones. Dispone el artículo 246 de la Carta Política lo siguiente:

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

La intención constitucional, no es del todo suficiente, pues se dan situaciones como el desconocimiento de las diferentes comunidades que habitan el país y de la diferenciación entre sus respectivas culturas, la apatía, la falta de reconocimiento por parte de algunos sectores de la sociedad y la falta de formas claras de coordinación entre el sistema jurídico nacional y la jurisdicción especial indígena que han impedido que se establezcan bases conceptuales que sustenten la institución, no obstante el hecho que su ejercicio se encuentra vigente en la medida que la norma constitucional es de aplicación inmediata, por cuanto dicho ejercicio no se encuentra sujeto a la expedición de norma alguna.

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia ha logrado esclarecer muchos aspectos relevantes de la Jurisdicción Especial Indígena brindando herramienta importante de interpretación, pero quedan todavía una serie de interrogantes en cuanto a los conflictos de competencia que se suscitan entre la jurisdicción ordinaria penal y la jurisdicción especial indígena.

Conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria.

El texto escrito por Burgos, F (2008) y que hace parte de su investigación sobre Accesos a la justicia, en el cual hace un análisis del camino que ha seguido la jurisdicción Indígena en Colombia señala la evolución del conflicto de

competencias que surge entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran consagrados mediante la ratificación que se hace con la ley 21 de marzo 4 de 1991 del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo y posteriormente con la promulgación de la Constitución de 1991, pero para la comunidad indígena colombiana ha sido difícil lograr su aplicación, por lo cual se han visto en la necesidad de exigir estos derechos a través de la acción de Tutela.

La Corte constitucional marca la pauta al hacer a los pueblos indígenas el reconocimiento de "sujetos colectivos de derecho autónomo, diferente a los miembros que lo componen y por ende, con derechos y obligaciones como tales" (Corte Constitucional, sentencia C-380 de 1993) porque con ello da trascendencia a los demás derechos como el de la identidad cultural, étnica y política. Este paso da lugar a que las demás Cortes dejen atrás los conceptos de la política de asimilación cultural que han venido aplicando, abriendo el camino para que los indígenas den aplicación a sus propias normas y resuelven a su manera los conflictos que se les presentan en las diferentes comunidades, de acuerdo con sus costumbres.

La constitución de la jurisdicción indígena comenzó a presentar inconvenientes al originarse conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria; se presentaron casos en los que debido a la interrelación con la comunidad mayoritaria no se sabía que jurisdicción debía conocer de la situación en concreto.

La Corte Constitucional ha venido haciendo pronunciamientos¹ de interpretación de la normas y ponderación de los principios que entran en juego para encontrar soluciones a cada caso en particular, porque se debe partir de la cosmovisión de la comunidad en particular, ya que siendo un país multicultural, en el que cada pueblo indígena tiene sus propias normas y costumbres, se debe apoyar en personas especializadas como antropólogos y sociólogos que le muestren al juez las características socioculturales que den la pauta para solucionar los conflictos que se presenten entre las dos jurisdicciones.

¹ La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado muchas veces sobre el tema de la principalística y del bloque de constitucionalidad, ejemplo de ello son las sentencias C-225 (1995); C-486 (1993)/ T-296 (1994), etc. La vía jurisprudencial se justifica porque es misión inherente a toda administración de justicia, crear, interpretar, integrar y renovar el ordenamiento y ello en muchas ocasiones es posible hacerlo acudiendo a los principios. Varios excelentes ejemplos para el caso en estudio son la sentencia T-011 (1993) al pronunciarse sobre la buena fe y la sentencia C-112 (1993) sobre la igualdad ante la ley, cosa juzgada, la sentencia C-543 (1992), debido proceso la sentencia T-516 (1992), derecho a la defensa la sentencia T-097 de 1994.

La ausencia de una ley de coordinación hace que las altas Cortes fijen los parámetros para establecer la competencia jurisdiccional, así los casos son sometidos a un estudio pormenorizado en los que se tiene en cuenta los factores culturales, que permitan ponderar los principios fundamentales que se encuentran involucrados y dar prelación al mayor.

En cuanto al aspecto territorial y de fuero personal la Corte Constitucional ha desarrollado doctrina² respecto de a quien y en que casos se debe aplicar la justicia indígena, porque se debe tener en cuenta que mientras la relación jurídica se dé entre miembros de la misma comunidad y dentro del mismo territorio no hay problema y la autonomía es clara, mientras que en las relaciones con la sociedad mayor se presentan muchas variantes como por ejemplo: Que se demuestre la pertenencia a un grupo o pueblo indígena; que los hechos se hayan desarrollado dentro del territorio de un resguardo indígena, o que alguna de las partes no pertenezca a la comunidad indígena sino a la mayoritaria; cuando la conducta desarrollada no es sancionada en la comunidad indígena pero si en la sociedad mayoritaria; o que la conducta sea sancionada en la comunidad indígena y no en la mayoritaria, o que los hechos constituyan para la justicia ordinaria delitos que afectan a la sociedad en general, o que la justicia indígena no garantice imparcialidad en ciertos casos, o que la jurisdicción indígena se aparte de conocer un caso específico y lo envíe a la jurisdicción ordinaria cumpliendo con todos los aspectos necesarios para pertenecer a la jurisdicción indígena. Son todas estas diferentes situaciones que se pueden presentar y que darían lugar a un conflicto de competencia entre las dos jurisdicciones, pero como se ha afirmado ya, a través de la doctrina constitucional³

² Ver: Sentencia de Tutela n° 496/96 de Corte Constitucional, 26 de Septiembre de 1996: Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

³ Ver: Sentencia de Tutela n° 009/07 de Corte Constitucional, 19 de Enero de 2007: Derecho al debido proceso, la integridad étnica, cultural y social, la autonomía indígena y el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afecten dentro de proceso laboral en que se condeno al cabildo indígena de la laguna de Siberia al pago de unas acreencias laborales al comunero del cabildo que se desempeño como conductor al servicio del cabildo presentándose una usurpación de competencia para la decisión del conflicto de competencia planteado en el proceso. Solicita se deje sin efecto alguno las sentencias proferidas en el proceso laboral y dejar el proceso a disposición del cabildo indígena o de la asociación de cabildos ukawex nacaxab de Caldono. Alusión a la jurisprudencia constitucional sobre la jurisdicción especial indígena.

se han venido solucionando en la medida en que se van presentando los casos en concreto.

Características del conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena

La Jurisdicción es la potestad que tiene el Estado para aplicar el derecho y decidir de manera definitiva los conflictos de intereses. Esta potestad es general ya que el Estado está investido de soberanía en cuanto a la aplicación de la ley, por eso para una mayor eficacia en el desarrollo jurisdiccional, ha dividido esa función en materias que se conoce a manera general como jurisdicción, por ejemplo: La jurisdicción Ordinaria cuyo máximo tribunal es la Corte Suprema de Justicia y que a su vez está dividida por materias en lo civil, de familia, agraria, penal, laboral, La Jurisdicción Contencioso Administrativa que tiene como máximo tribunal el Consejo de Estado, la Jurisdicción Constitucional cuyo máximo tribunal es la Corte Constitucional y la Jurisdicción Especial que está conformada por los Jueces de Paz y la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas. De ahí que se entiende como jurisdicción la división operativa de la facultad jurisdiccional del Estado.

Ahora bien, la competencia es la capacidad funcional y territorial de un funcionario para ejercer la jurisdicción, es decir, que el Estado confiere capacidad para atender determinados asuntos y dentro de un territorio que el mismo Estado le demarca.

A partir de la Constitución de 1991, se dio reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación Colombiana, se hizo posible la inclusión del artículo 246 que establece:

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

La anterior situación creó la necesidad de establecer una forma de coordinación entre el sistema de justicia estatal y la jurisdicción especial indígena, ya que al comenzar a funcionar dicho sistema judicial entrarían en choque diversas situaciones en las cuales se ven involucrados principios fundamentales que deben ser garantizados por el Estado.

El Congreso de la República no ha cumplido con el mandato Constitucional de reglamentar la forma de coordinación entre las dos jurisdicciones, en consecuencia le ha correspondido a la Corte Constitucional, a los altos tribu-

nales y al Consejo Superior de la Judicatura, determinar la forma de aplicación de la jurisdicción Especial indígena y sus alcances, de acuerdo con casos concretos que se han venido presentando y que dan la pauta para su aplicación. De esta forma la Corte Constitucional ha establecido los parámetros de la autonomía de los pueblos indígenas y ha ratificado o corregido sus fallos⁴ haciendo prevalecer los derechos fundamentales y los principios constitucionales, situación que niega la independencia de la jurisdicción indígena ya que quedan supeditados a la revisión que haga la justicia ordinaria. Con el fin de dar mayor claridad al tema, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura ha sentado jurisprudencia⁵ que Burgos (2008) analiza bajo tres ejes centrales que son: 1- El tratamiento de la independencia frente al ordenamiento nacional; 2.- El ámbito de aplicación como una excepción dentro del territorio nacional y 3.- Las excepciones al fuero. Respecto de la independencia de los pueblos indígenas dice el investigador Burgos que la jurisprudencia Constitucional ha desarrollado tres principios que tienen que ver con maximizar la autonomía de la comunidad, el respeto del núcleo duro de los derechos fundamentales y la proporcionalidad entre autonomía y asimilación cultural. Con el fin de maximizar la autonomía de las comunidades indígenas la Corte Constitucional ha establecido que la costumbre de una comunidad indígena prima sobre las normas legales dispositivas; y las normas imperativas priman sobre las indígenas siempre que estas protejan un principio constitucional superior a la diversidad étnica y cultural. Además esta autonomía debe marchar junto con el respeto por los derechos fundamentales, situación que debe analizarse en cada caso concreto, porque como la jurisdicción ordinaria la jurisdicción especial debe propender por salvaguardar derechos fundamentales como la vida, la prohibición de la esclavitud, el debido proceso, la legalidad de las normas aplicables. Así mismo se debe analizar la proporcionalidad entre la autonomía y la asimilación cultural, porque existen comunidades indígenas que aún conservan sus costumbres arraigadas a sus ancestros mientras que otras por la política de aculturación han perdido muchas de sus costumbres y han adquirido en mayor grado las leyes nacionales.

⁴ Ver: Sentencia de Tutela n° 140/09 de Corte Constitucional, 27 de Febrero de 2009: Derechos a la seguridad social, salud, vida e igualdad supuestamente conculcado por la entidad demandada al negar la afiliación del menor en cuyo nombre se interpone la acción, invocando para el efecto una preexistencia por el padecimiento del recién nacido de síndrome de Down y dificultades cardíacas. La sala reitero que aunque, prima facie, estos conflictos son de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuando la celebración o ejecución de estos contratos involucra la efectividad y eficacia de derechos fundamentales, la tutela se hace pertinente. El derecho a la salud y la seguridad social de los niños es un derecho fundamental. Reglas jurisprudenciales relaciona.

⁵ Ver: Consejo Superior de la Judicatura, sala disciplinaria, Auto del 6 de Diciembre de 2001.

En el ámbito de aplicación como una excepción dentro del territorio nacional, se ha establecido que si los hechos tienen ocurrencia en un sitio por fuera del resguardo la competencia es de la justicia nacional, pero debe tenerse en cuenta que la Constitución Nacional, no se refiere a resguardos sino a territorios indígenas los cuales son considerados de acuerdo con artículo el 2do del decreto 2164 de 1995 de la siguiente manera: "Se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellos que aunque no se encuentren poseídos en esa forma, constituyan ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales".

En el ámbito personal el decreto 2164 de 1995, reglamentario de la ley 160 de 1994, establece que los grupos indígenas son

...conjuntos de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos y costumbres de su cultura así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que los distinguen de otras comunidades tengan o no títulos de propiedad.

De otra parte cabe analizar la situación en que la comunidad indígena se niega a conocer de algún caso específico en el que se dan los factores para que se desarrolle la jurisdicción Indígena y que el Consejo Superior de la Judicatura se ha manifestado rechazando la posibilidad de renuncia de las autoridades indígenas puesto que estarían violando derechos del procesado y negándose al reconocimiento constitucional.

Mediante otros pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura⁶ se ha analizado la situación donde la conducta sea regulada en las dos jurisdicciones, pero que debido al grado de nocividad social se hayan creado excepciones, sobre todo en materia penal, para delitos como Terrorismo, rebelión, narcotráfico, contrabando, porte ilegal de armas de fuego, etc, porque afectan a la sociedad en general, en materia administrativa se ha establecido que las autoridades indígenas no están facultadas para revocar, suspender o anular actos administrativos proferidos por autoridades públicas.

Así se concluyen las características del conflicto de competencia, encontrando que es un tema bastante complejo por las situaciones que pueden presentarse al definir la competencia en casos particulares.

Algunos ejemplos jurisprudenciales

En los últimos años, se ha observado un cambio fundamental de la concepción en la doctrina, sobre los derechos de las comunidades indígenas. El cambio introducido por la Constitución Política de 1991, se ve claramente desarrollado en las providencias judiciales de La Corte Constitucional, La Corte Suprema de Justicia, El Consejo Superior de la Judicatura y los demás tribunales nacionales, al decidir sobre el conflicto de competencia entre las diferentes comunidades indígenas y la jurisdicción Ordinaria. Obsérvese algunos ejemplos en los cuales se da plena garantía de desarrollo a la Jurisdicción Indígena.

Ejemplo 1

Mediante Sentencia proferida el 31 de marzo de 2004, dentro del radicado No. 110010102000 20040196 01 del Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria⁷ se dirimió el conflicto de Jurisdicciones suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, representadas por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto Asís (Putumayo) y Cabildo Indígena "Monilfa-Amena" con ocasión del proceso seguido a Fernando Saita Tapuyima por el delito de acceso carnal violento agravado en la persona de la menor Alexa Fernanda Martínez Silva.

Llegado el proceso a la etapa de juicio la señora Ena Alvarez Díaz, en calidad de Gobernadora del Cabildo Indígena Monilfa - Amena -Etnia Huitoto- presentó solicitud en la que expresa que el señor Fernando Saita Tapuyima pertenece a dicha comunidad y que debe ser sometido a juicio por la comunidad indígena a la que pertenece. El Juzgado de conocimiento denegó la petición y trabó el conflicto positivo de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura.

En primer término, estimó la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que es prudente recordar cómo la razón de ser del fuero indígena tiene su fundamento en la protección de la diversidad étnica y cultural elevada por el Constituyente de 1991 a la categoría de principio fundamental del Estado en el Art. 7º de la Carta, circunstancia que revela la enorme importancia que tiene para el ordenamiento constitucional la preservación de las comunidades indígenas y el trato preferencial que debe recibir, justamente por tratarse de una minoría racial que, entre otras cosas, representa el patrimonio socio cultural autóctono y por ende reviste enorme importancia en términos de ser auténticos representantes de la historia de

⁶ Ver: Sentencia n° 1122 de Sección Quinta, 19 de Marzo de 1996 - lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas.

⁷ Ver: Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia radicado No.110010102000. Mag. Ponente: Temistocles Ortega Narváez.

la nación colombiana, que naturalmente debe privilegiar su preservación y fortalecimiento.

Para su efectiva protección, en materia jurisdiccional el Artículo 246 de la Constitución Política reconoce la existencia de una jurisdicción especial propia facultando a las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, conforme a sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las Leyes de la República.

Para el caso de ejemplo, teniendo en cuenta lo dicho, la Sala procede a realizar el análisis requerido así:

...Elemento Personal: Se encuentra establecido, cuando el procesado desde el inicio de las diligencias manifestó su condición de indígena, situación que fue corroborada por la Gobernadora del Cabildo Indígena "Monilfa - Amena Etnia Huitoto" y el Gobernador suplente al solicitar el envío a la jurisdicción indígena del inculpado Fernando Saita Tapuyima para que se encargue de adelantar el correspondiente proceso e imponer la sanción que amerite.

Elemento Geográfico o territorial, se deriva del hecho manifestado en escrito obrante a folios 127-128 en el que la Gobernadora del Cabildo Indígena "Monilfa - Amena Etnia Huitoto" explica que si bien es cierto su comunidad se encuentra debidamente establecida y reconocida por las autoridades municipales como lo exige la normatividad nacional para los cabildos, no se puede hablar de que posean -un territorio definido como resguardo y viven desde hace más de 20 años asentados en el Municipio de Puerto Asís en el Departamento del Putumayo ejerciendo funciones jurisdiccionales dentro de dicho ámbito.

Para el caso en estudio, no existe prueba tendiente a desvirtuar que la comunidad del cabildo colisionante recree su cultura, usos y costumbres hace más de 20 años en Puerto Asís; de tal modo, siendo que los mismos son sancionados en ambos ordenamientos (nacional e indígena), esto es, que no desbordan la órbita cultural indígena, no se advierte circunstancia alguna que amerite sustraer el presente juicio de la aplicación de las normas, procedimientos y autoridades indígenas, al cual deberá enviarse el conocimiento del asunto en guarda de su autodeterminación, la preservación de su cultura y el respeto por la diversidad étnica, pues como lo indicó la jurisprudencia Constitucional en la providencia atrás transcrita, si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, en virtud de consideraciones territoriales y personales,

las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional⁸.

De esta forma se dirime el conflicto positivo de competencia entre distintas jurisdicciones, suscitado entre el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto Asís (Putumayo) y Cabildo Indígena "Monilfa-Amena" declarando que el conocimiento de la presente actuación corresponde al representante de la jurisdicción indígena.

Ejemplo 2

Mediante la sentencia de 1 de junio de 2000 proferida dentro del radicado No. 20000942 A, decide El Consejo Superior de la Judicatura⁹ el conflicto positivo de competencia planteado entre las jurisdicciones Indígena, representada por el Cabildo Indígena de Toribío, Cauca, y el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Popayán, con respecto al juzgamiento del delito previsto en el artículo 33.1 de la Ley 30 de 1986, (poseer 740 gramos de látex de amapola) atribuido al indígena Jesús Ernesto Ramos Trochez.

Por los hechos inicialmente asumió la investigación la Fiscalía 44 Seccional de Caloto, Cauca. La Fiscalía resuelve la situación jurídica y decreta medida de aseguramiento por el punible referido, restringiendo su libertad, la cual recobra por el efecto del tiempo, al haber transcurrido el término de que trata el artículo 415.4 del C.P.P. Clausurada la investigación, se califica la misma con resolución de acusación y se ordena remitir las diligencias al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Popayán, el cual asume conocimiento y da el trámite que corresponde, ordenando traslado del dictamen pericial una vez agotado el período probatorio en la etapa del juicio.

El Gobernador Principal, Capitán Principal y Alcalde Mayor y sus suplentes y el Alguacil Mayor, en asocio del Secretario Principal de Cabildo de Toribío, suscriben documento en el que sin mayor fundamentación jurídico-fáctica, sostiene que el procesado es comunero y que solo el Cabildo Indígena es competente para juzgar por el hecho, ya que reúne todos los requisitos que necesita para ser condenado por el Cabildo Indígena. El Juzgado Especializado de Popayán demanda la competencia esgrimiendo que en virtud de la naturaleza del hecho cuestionado penalmente, habida cuenta de su transcendencia como bien jurídico, alcanzando connotaciones universales de delito de lesa humanidad-, la competencia radica en la justicia ordinaria al amparo de la doctrina de la Cor-

⁸ Ver: Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia radicado No.110010102000. Mag. Ponente: Temistocles Ortega Narváez.

⁹ Ver: Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia radicado No.20000942 A. 1 de junio de 2000. Mag. Ponente: Jorge Alonso Flechas.

te Constitucional. Si bien es cierto, de conformidad con lo expresado por esta Corporación en decisión de febrero 18 de 1999, expediente 19990066.A, no ha sido dictada la ley que establezca el modelo operacional que escinda los campos entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, también lo es, que en virtud de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, particularmente en la sentencia C-139 /1996, en la cual señala a esa Corporación, como intérprete auténtico de la Constitución Nacional, que corresponde, ante tal vacío legislativo, a la jurisprudencia precisarlos.

En este sentido, en anteriores pronunciamientos y ante la violación de la ley 30 de 1986 la sala quinta de revisión de la Corte Constitucional, ha precisado criterios de la siguiente manera:

...“Considera la sala que los factores que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena, como son: la existencia de Cabildo Indígena; pertenencia a un Cabildo Indígena de la persona a quien se le imputa el delito investigado; el lugar de ocurrencia del hecho: que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena; el elemento de carácter personal: que el autor del hecho pertenezca a la comunidad indígena, están plenamente acreditados en el expediente, en razón de lo cual no se hizo consideración adicional alguna al respecto. El bien jurídico objeto de lesión: Este último elemento es el que ha venido cobrando en la jurisprudencia de la Sala Mayor relevancia a propósito de definir el conflicto de competencia, en razón, se advierte, de su especial trascendencia frente a bienes que adquieren una dimensión nacional y que supera la pretendida estructura socioeconómica indígena que conlleva un estudio de la conducta del miembro de la comunidad, construido sobre propósitos de defensa colectiva nacional y universal, como ocurre con los delitos de narcotráfico, como expresamente lo destacan las decisiones en cita.”¹⁰

Ciertamente, delitos como el del tráfico de estupefacientes en cualquiera de sus modalidades comportamentales de que trata la Ley 30 de 1986, considerados como de extrema gravedad por los defectos desencadenantes que los mismos generan al interior de la propia comunidad indígena, pero que, trasciende a la esfera nacional afectando el orden internacional, situación que ha concitado la mancomunidad de naciones para afrontar en bloque su tratamiento punitivo, conforme se ha venido estableciendo en los diferentes tratados internacionales que Colombia ha ratificado.

Destáquese la Convención de Viena contra el narcotráfico, hechas las reservas de que trata la Ley 671/95, precisamente, entre otros aspectos, las comunidades indígenas en cuanto el aspecto referido al tratamiento punitivo de la planta de coca en el sentido de reconocer la necesidad de tratarlo armónicamente con una política de desarrollo alternativo a la sustitución de cultivos, en punto del reconocimiento de actividad sociocultural propia de algunas comunidades indígenas, que hacen uso de esta planta como placebo para soportar la dura carga de las jornadas de trabajo, bajo particulares condiciones climáticas, recurriendo a la masticación de hoja de coca, más conocida como “mameo”, amén de ser instrumento espiritual en algunos ritos religiosos, actos de plena aceptación y tradición en algunas comunidades indígenas colombianas. En esta misma pretensión de universalidad del bien jurídico de la salud pública y demás, a que se ha hecho referencia como propósito de protección por parte de la Convención de Viena, se encamina la “Convención única sobre estupefacientes” elevada a la categoría de Ley de la República de Colombia mediante la número 13 de 1974, al precisar: “Las partes: Preocupados por la salud física y moral de la humanidad. Reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad.”

La conclusión a que ha llegado la Corporación, como se ha dicho, tiene como puntual definitorio este aspecto de universalización del bien jurídico lesionado con el tráfico de estupefacientes, frente al advertido supranacional, por las razones ya señaladas y expresamente consagradas en los diferentes tratados internacionales, lo que hace significar, un tratamiento que trasciende a la singular comunidad indígena, sin perder eso si de vista, la reserva ya anotada hecha por Colombia, en el sentido de reconocer que algunas tribus indígenas nuestras, acuden al cultivo de coca para consumo mediante mameo, circunstancia que no se compadece, por supuesto, con la estructura primitiva de que trata la ley 30 de 1986, finalísticamente marcada por la expectativa comercial, que es lo que ciertamente resulta sancionable, ante el reconocimiento igualmente universal de las bondades medicinales de algunas de estas plantas, lo que a su turno explica que por tradición milenaria, culturas como algunas indígenas nuestras, la mantengan como valor socio cultural, lo que deviene en un tratamiento diferencial especial- punitivo excluyente de responsabilidad.

Es de clara inferencia que la acción endilgada al procesado penalmente, es absolutamente ajena a su tradición cultural, pues en nuestro país, si bien está reconocido como ya se dijo, el uso y cultivo de coca por algunas comunidades indígenas, históricamente nunca se ha hecho reconocimiento alguno en torno a la amapola, sustancia contenida en el material incautado al procesado.

¹⁰ Ver: sentencia-de-tutela-1238-de-2004.

Se definió así el conflicto de jurisdicciones planteado entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria, frente al conflicto positivo de competencia planteado en el proceso adelantado contra Jesús Ernesto Ramos Tróchez, declarando que la competencia para adelantar el juzgamiento de los hechos, corresponde a la justicia ordinaria, representada en el Juzgado del Circuito Especializado de Popayán.

Análisis jurisprudencial

Para establecer dónde y a quienes se les somete a la jurisdicción indígena, se ha desarrollado doctrina jurisprudencial consolidada en torno a los factores determinantes, que se encuentran en el ámbito subjetivo o personal y el ámbito territorial. El ámbito subjetivo o personal es aquel que determina la pertenencia étnica de una persona, es decir que se le reconozca como miembro de la comunidad ya sea por parentesco de afinidad o consanguinidad, o domicilio aledaño o dentro del territorio.

En la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura se han dado casos en que se acepta como prueba de pertenencia a un grupo étnico, el estar censado dentro del resguardo o con la certificación del gobernador del cabildo correspondiente, pero en otros casos no se le ha dado la misma importancia a estos documentos, cuando se afirma que el involucrado a abandonado a la comunidad y se ha desligado de ella.

En el factor territorial se tiene en cuenta que los asuntos que ocurran dentro de los territorios que les son reconocidos legalmente como de su propiedad, en calidad de resguardo y aquellos que han ocupado a través del tiempo.

El ámbito territorial es aquel donde los indígenas desarrollan sus actividades diarias tradicionales, donde interactúan como comunidad indígena, la cual no tiene que estar delimitada físicamente porque esta puede llegar a ser el área que ocupan temporalmente o donde desarrollan algunas de sus actividades, sin que estén asentados en ella permanentemente.

En jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura, se había establecido que siempre que los hechos se desarrollaran por fuera del resguardo se le atribuía a la jurisdicción ordinaria, sin tener en cuenta que la Carta Política no delimita estos territorios a áreas tituladas o poseídas, sino que de acuerdo con el artículo 246 y 330 de la Constitución Política se reconocen a las no poseídas que constituyan el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales. De ahí que mediante la sentencia de fecha 31 de marzo de 2004, el Consejo Superior de la Judicatura dio un vuelco y reconoció la jurisdicción a una comunidad que recreaba su cultura en Puerto Asís,

Putumayo, porque se habían visto obligados a huir de sus territorios ancestrales debido a la presencia de grupos al margen de la ley. Cuando se trata de situaciones en las que se encuentren involucradas personas que no pertenecen a la comunidad indígena, o que la conducta se haya desarrollado por fuera del territorio indígena, se han encontrado diversas soluciones jurisprudenciales, entre las que se tienen en cuenta que los hechos estén o no regulados en los dos ordenamientos jurídicos y el grado de conocimiento de los individuos de las prácticas ancestrales de la comunidad donde ocurrieron los hechos.

Para analizar la multiplicidad de casos que se puedan presentar, la Corte Constitucional ha emitido jurisprudencia que Sánchez (2004) ha clasificado en tres líneas diferentes:

Primera línea: Tiene que ver con la Sentencia T- 254 de 1994¹¹, que dice que lo primero que se ha de tener en cuenta para establecer los límites del derecho es el grado de conservación de los usos y costumbres que pueda demostrar cada comunidad indígena. Si el grado de conservación es alto entonces se reducen los límites, pero si es bajo se aumentan los límites, sin dejar de lado los derechos constitucionales como límite inquebrantable para la comunidad indígena, así como las normas imperativas o de orden público que proteja valores superiores al de la diversidad cultural.

Segunda línea: Se relaciona con la Sentencia T- 349 de 1996¹², en la cual se establece que los límites de la jurisdicción indígena tienen que establecerse teniendo en cuenta las personas e intereses que se afecten con la decisión de las autoridades indígenas. En el caso de que las personas e intereses pertenezcan a la misma comunidad indígena debe aplicarse el principio de maximización de la autonomía. Según este principio los únicos límites para la autoridad indígena son el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y el derecho a que el castigo sea previsible para los miembros de la comunidad.

Tercera línea: La Sentencia SU-510 de 1998¹³, establece en esta línea que los límites de la jurisdicción indígena, se determinan en primer lugar por el nivel de asimilación o conservación de la comunidad indígena de que se trate, el referente único para establecer los límites son los derechos constitucionales

¹¹ Ver: Corte Constitucional. Sentencia T 254 de 1994. Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Ver: Corte Constitucional. Sentencia T 349 de 1996. Magistrado Ponente. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹³ Ver: Corte Constitucional. Sentencia SU -510 de 1998. Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

fundamentales. Es decir, que dependiendo del nivel de asimilación o conservación de la comunidad, el límite será solamente el núcleo intangible de cada uno de estos derechos o la totalidad de las garantías relacionadas en cada uno.

La jurisdicción Indígena va evolucionando de acuerdo con la aplicación de sus normas en la vida cotidiana de sus comunidades, en contraste con aquellas que se presentan en la sociedad mayoritaria, las cuales se interrelacionan y hacen necesario la creación de una ley de coordinación, que marque los espacios de cada una de las jurisdicciones.

Metodología del estudio

Con el fin de dar claridad sobre los efectos jurídicos del conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria penal y la jurisdicción especial indígena, se realizó un estudio en el Resguardo de Huellas – Norte del Cauca tomando como referente el artículo 246 de la Constitución Nacional. La investigación se realizó bajo la óptica sociojurídica, por lo que además de la revisión bibliográfica y jurídica, se realizó un trabajo de campo en la comunidad. Con el trabajo de campo se buscó mostrar aspectos relevantes del conflicto de competencia que se presenta entre la Jurisdicción ordinaria Penal y la Jurisdicción Especial Indígena, debido a situaciones muy particulares que ameritan ser conocidas y tenidas en cuenta para que se apliquen los respectivos correctivos por parte de las autoridades competentes de ambas jurisdicciones.

El trabajo de campo se realizó de la siguiente forma:

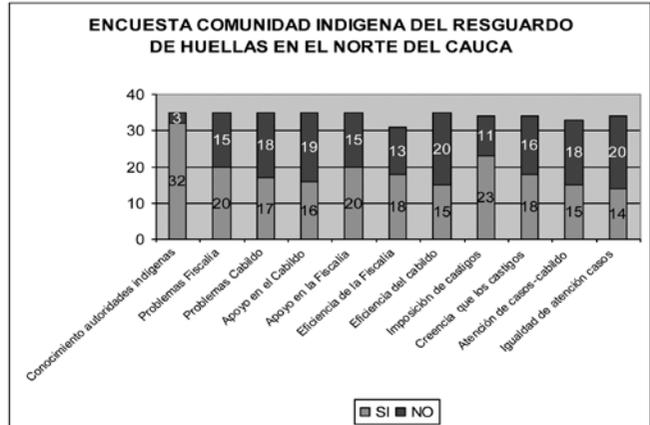
1. Aplicación de encuesta a las comunidades indígenas del resguardo de Huellas en el Norte del Cauca¹⁴
2. Realización de entrevistas a las autoridades indígenas del Cabildo en el Resguardo Indígena de Huellas en el Norte del Cauca
3. Realización de entrevista a los funcionarios de la Fiscalía en el municipio de Caloto donde está ubicado el Resguardo de Huellas en el Norte del Cauca
4. Se solicitó datos estadísticos al Cabildo de Huellas en el Norte del Cauca, sobre los delitos que se reciben en esa jurisdicción y sobre el tratamiento o solución se les dio a estos para poder determinar el conflicto de competencia que se presenta entre estas dos jurisdicciones
5. Se solicitó datos estadísticos a la Fiscalía del municipio de Caloto sobre los delitos que se reciben en esa jurisdicción y saber que tratamiento o solución se les

¹⁴ El trabajo de campo se realizó con una muestra representativa de 35 indígenas.

dio a estos y poder determinar el conflicto de competencia que se presenta entre estas dos jurisdicciones.

Resultados del trabajo de campo

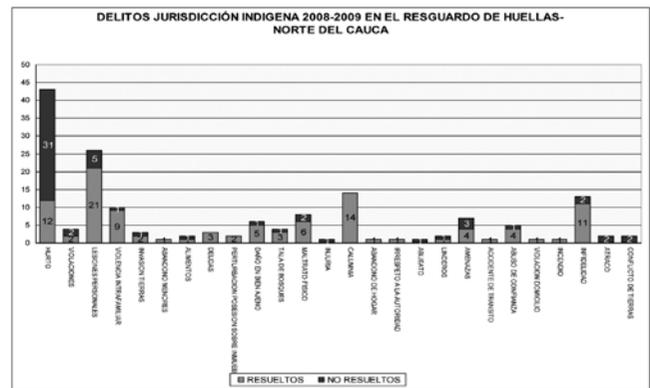
Gráfica 1. Conocimiento de la comunidad indígena de la existencia de las autoridades indígenas



Fuente: Comunidades del Resguardo de Huellas en el Norte del Cauca

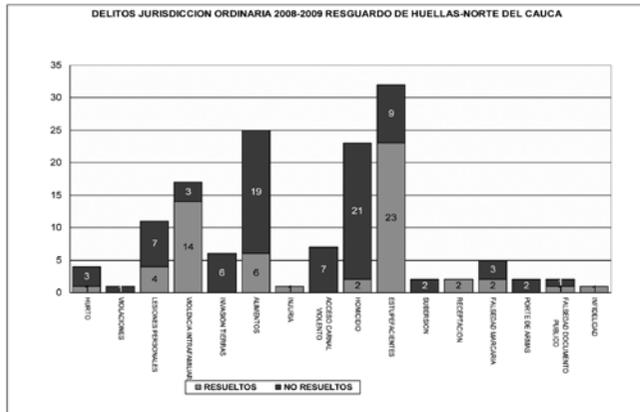
La gráfica No. 1 muestra como un buen porcentaje de las personas de la comunidad indígena conocen y saben de la existencia de las autoridades indígenas, aunque algunas acuden y confían más en la justicia ordinaria. El cabildo indígena apoya a las personas que tienen procesos en la Fiscalía.

Gráfica 2. Delitos que conoció la jurisdicción indígena en el resguardo de Huella-Norte del Cauca (años 2008-2009)



esto una inseguridad jurídica en los miembros de la comunidad. Denunciar o no hacerlo es lo mismo.

Gráfica 3. Delitos que conoció la jurisdicción ordinaria en el resguardo de Huella-Norte del Cauca (años 2008-2009)



Fuente: Fiscalía de Caloto

En la gráfica se observa que el delito de mayor frecuencia que conoció la jurisdicción ordinaria en el resguardo, durante el periodo considerado, es el que tiene que ver con estupefacientes, seguido inasistencia alimentaria, homicidio y violencia intrafamiliar. Como se puede observar son conductas que se consideran delitos en ambas jurisdicciones pero que por una causa u otra se encuentran radicados en la justicia ordinaria.

En términos generales los resultados fueron los siguientes:

1. A pesar de tener conocimiento sobre la existencia de las autoridades indígenas en muchos casos la comunidad indígena acude a la Fiscalía, porque siente que ésta le brinda más apoyo y perciben más seguridad. En cuanto al manejo que brinda el Cabildo siente que existe una especie de sesgo en el tratamiento de ciertos delitos; pero a pesar de todo lo anterior en la mayoría de los casos aceptan los castigos que el Cabildo impone porque creen en la efectividad de estos.
2. Al analizar las entrevistas se observa que las autoridades indígenas son conocedoras de cómo funciona la jurisdicción ordinaria. En este sentido se ha recibido mucha orientación por parte de la Fiscalía, capacitando a la comunidad joven en la aplicación del derecho propio.

Al cabildo indígena llegan todo tipo de delitos y ellos son competentes para tramitarlos; sin embargo existen ciertos delitos que se consideran más de su competencia como son por ejemplo: hurto, infidelidad, lesiones personales, violación, deudas, demandas

por alimentos, abandono de hogar, y calumnia. Los delitos de homicidio, tráfico de estupefacientes, subversión y otros delitos graves casi siempre los atiende la jurisdicción ordinaria.

Entre las dos jurisdicciones existe una colaboración armoniosa para la solución de los procesos que allí se tramitan a tal punto que se remiten casos de entre ambas jurisdicciones para que sean tratados en la una o en la otra. Se llevan, pero en ocasiones se presenta conflictos de competencia entre ellas, dado que reclaman asuntos que consideran que son más de una jurisdicción que de otra, como por ejemplo la jurisdicción ordinaria siempre reclama los casos de subversión, estupefacientes, homicidio etc. Y aunque la colaboración es armoniosa, es muy poca, esto se debe al tipo de cultura.

3. Se observa que la Fiscalía tramita todo tipo de delitos que llegan a su despacho, exceptuando los que por sus particularidades se deben tratar en la jurisdicción especial indígena, (infidelidad, deudas, abandono de menores etc) en este caso los remite al Cabildo. El promedio de estos casos oscila entre el 40%, el resto son de competencia de la jurisdicción ordinaria y se les da el respectivo trámite.

En muy pocas ocasiones el Cabildo se interesa por conocer investigaciones de su comunidad que se adelantan en la Fiscalía y el interés se ha expresado especialmente por los delitos de hurto y lesiones personales. Cuando el Cabildo llega a solicitar la competencia de algún asunto de estos la fiscalía analiza si el delito es de su competencia y además si existe garantía de imparcialidad en el asunto, pues existe desconfianza en la comunidad por el compadrazgo que se da al interior del cabildo, esto hace que muchos delitos queden impunes o no se aplique el castigo que el agresor merece. Todo esto ha hecho que en muchas ocasiones la comunidad indígena acuda a la jurisdicción ordinaria.

Es muy importante la orientación que brinda la fiscalía tanto a las autoridades ordinarias como a la comunidad indígena en general a través de capacitaciones, pues ello conlleva a una mejor coordinación entre las dos jurisdicciones.

Acorde con lo manifestado por los funcionarios entrevistados, la falta de conocimiento por parte de la comunidad acerca de a donde debe acudir cuando se le presenta un conflicto hace que se genere un clima de inseguridad que puede llegar en muchas veces hasta la impunidad. Sumado a lo anterior debido a lo alejado de ciertas zonas, muchos delitos se quedan

efectivamente en la impunidad. Un factor que incide en gran medida a la inseguridad jurídica es la falta de coordinación entre las dos jurisdicciones, pues no se tiene conocimientos que procesos se adelantan en una u otra, y esto ha generado confusiones, pues se ha presentado casos en que la persona denuncia en ambas jurisdicciones.

Un factor muy positivo es la ayuda que brinda el cabildo por medio de sus asesores, cuando tiene conocimiento que un miembro de la comunidad indígena fue detenido en flagrancia por la jurisdicción ordinaria.

4. El hurto es uno de los delitos con más alto índice de comicidad en la comunidad y llama la atención que gran número de estos no llegan a feliz término para la víctima, bien sea porque no se les resuelve el caso o se archiva la diligencia. Le sigue a éste las lesiones personales, que contrario al hurto si son resueltos en la mayoría de los casos que se presentan. En el delito de calumnia se resuelven todos lo mismo que en el caso de infidelidad.

Los delitos que más conoce la jurisdicción especial indígena son: El hurto, las lesiones personales, la calumnia, la infidelidad y la violencia intrafamiliar.

5. El delito que más se presenta en la jurisdicción ordinaria es el tráfico de estupefacientes, el cual siempre es competencia de esta jurisdicción, le sigue la demanda de alimentos, pues acorde con las investigaciones realizadas para este delito siempre tiene más credibilidad la jurisdicción ordinaria, a pesar que presenta un gran número de casos sin solución. Llama la atención que en los delitos de homicidio también hay poca solución a los casos allí presentados.

Contrario a esto se observa que los casos de violencia intrafamiliar se resuelven en su mayoría, debido a lo lesivo de estos delitos la Jurisdicción ordinaria se ocupa de ellos en la mayoría de los casos.

Conclusiones y Recomendaciones

El trabajo permitió explorar, el desarrollo de la jurisdicción indígena en el resguardo de Huellas, en el Norte del Departamento del Cauca y el constante enfrentamiento que se produce con la jurisdicción ordinaria, representada en los despachos judiciales cercanos al resguardo. Esto lleva a considerar el tema de la pluralidad étnica y la pluriculturalidad, así como las interrelaciones jurídicas de estas comunidades indígenas con las sociedad mayor, las cuales conllevan a una serie de circunstancias que hacen cada vez mas dispendioso el análisis sobre los efectos que se producen, tales como la inseguridad jurídica, la impu-

nidad, y la posible vulneración de derechos fundamentales en las comunidades indígenas.

El estudio permitió detectar los problemas que amenazan la aplicabilidad del artículo 246 de la Constitución Nacional. Entre los aspectos mas relevantes están el desconocimiento de la existencia de la jurisdicción indígena por parte de la comunidad, de los operadores judiciales, las autoridades policiales y penitenciarias, que se niegan a reconocer la jurisdicción indígena y su derecho a ejercer el control social dentro de su comunidad.

Uno de los factores que mas afectan la aplicabilidad de la jurisdicción indígena es la occidentalización del derecho, ya que las políticas judiciales del Estado se encaminan por un sistema codificado, mientras que la jurisdicción indígena se encamina a llevar un proceso eminentemente oral, en el cual se sancionan conductas que para las comunidades indígenas afecten sobre todo la colectividad y no el individualismo como en el sistema occidental. Se pudo observar que mientras en la jurisdicción ordinaria se investigan conductas sobre todo de Inasistencia Alimentaria, Lesiones Personales, Violencia intrafamiliar, Homicidios, Delitos contra la libertad y el pudor Sexuales, en la jurisdicción especial indígena se llevan procesos por conductas como la infidelidad, la desobediencia a las ordenes del cabildo, las deudas, la calumnia y otras que se miran desde el punto de vista de la colectividad.

La situación anterior genera inseguridad jurídica, porque la comunidad indígena de Huellas esta íntimamente ligada a los municipios de Santander de Quilichao y Caloto Cauca, en donde se conjugan interrelaciones sociales, políticas, y filosóficas, ya que el fenómeno de la culturización pone en peligro estos preceptos constitucionales toda vez que comienzan a buscar en la jurisdicción ordinaria la aplicación de justicia para conductas que en su jurisdicción no son consideradas como lesivas. Esta inseguridad jurídica se plantea hacia la comunidad misma que en últimas no sabe a donde debe acudir para buscar la judicialización de conductas que en uno u otro ordenamiento pueden ser lesivas, ejemplo de ello es el caso de la Inasistencia Alimentaria, mientras en el cabildo es muy bajo el porcentaje de estos casos, en la jurisdicción ordinaria es el de mayor porcentaje atendiendo solamente casos en los cuales están involucrados indígenas del cabildo. Entonces mientras que para la justicia indígena esta conducta no es considerada como muy lesiva ya sea porque su cultura es de carácter machista, en la justicia ordinaria se le da mayor relevancia porque es un derecho que afecta a los niños. Por esto las madres acuden a la justicia ordinaria para hacer valer esos derechos. Para el operador jurídico también se presenta un inconveniente, puesto que al recibir estas denuncias y estableciendo que se dan

los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que el asunto sea de competencia de la jurisdicción indígena, no se envían allí porque los mismos afectados manifiestan su deseo que el proceso continúe en la jurisdicción ordinaria, ya sea porque tienen mayor credibilidad en la justicia ordinaria que en el derecho propio, o porque sienten que la justicia ordinaria resuelve sus casos.

La falta de organización del cabildo indígena en cuanto al aspecto jurídico y el irrespeto a las autoridades ancestrales, han sido uno de los principales elementos que han contribuido a la falta de credibilidad en la justicia indígena. En el cabildo de Huellas pudimos observar que no existe una relación o reseña de todas las investigaciones que ellos adelantan, no registran en el sistema de antecedentes judiciales sus sentencias y no llevan registro de todos los juicios que se realizan. Las relaciones de parentesco y compadrazgo entre autoridades y usuarios no han permitido que se de la imparcialidad, equidad y transparencia para un juicio justo, sobre todo cuando los procesos se encuentran en la jurisdicción ordinaria y son requeridos por la jurisdicción indígena, con el objeto de favorecer a personas determinadas, situación esta que genera impunidad, toda vez que estos procesos se quedan sin trámite en ninguna de las dos jurisdicciones.

Se observa que de acuerdo con los usos y costumbres de las comunidades indígenas el cabildo es el órgano judicial que adelanta las investigaciones y es la Asamblea General la que en últimas decide el caso, entonces teniendo en cuenta que estas autoridades indígenas son elegidos para un periodo de un año que comienza el primero de enero y termina el 31 de diciembre, no permite una verdadera consolidación de políticas que permitan implementar un verdadero procedimiento, ya que al finalizar el año, todas las investigaciones que estaban en manos del cabildo, pasan a las nuevas manos que llegan a gobernar y no tienen continuidad.

En cuanto a los derechos fundamentales se observa una contraposición, porque mientras que para la justicia ordinaria los derechos fundamentales son considerados una premisa inquebrantable y se miran desde el punto de vista individual del ser humano, para los pueblos indígenas son más importantes los derechos colectivos. Por esta razón no es posible buscar en los juicios indígenas principios fundamentales como el debido proceso que implica el derecho a una defensa técnica, la doble instancia, la controversia probatoria, el Juez natural, el principio de favorabilidad y la presunción de inocencia.

La misma dinámica de los juicios indígenas no ha permitido implementar estos derechos fundamentales porque el juez natural es la asamblea general, la sanción o pena es determinada por voto de la comunidad que se reúne en

asamblea y el castigo es aplicado en forma inmediata, lo cual no permite la existencia de una segunda instancia, por otro lado el derecho de la defensa técnica no podría aplicarse ya que en muchos casos es la misma persona la que se defiende de las acusaciones que se le hacen, y en casos de mayor gravedad se le nombra a una persona de la comunidad misma que le colabore en su defensa. Por otro lado la presunción de inocencia no existe, porque si la persona enjuiciada no es apreciada en la comunidad sencillamente va a contar con la mayoría de votos en su contra, ya que no es considerado como buena persona en la comunidad.

El principio constitucional de la doble incriminación no es reconocido por la comunidad indígena, muchas veces se adelantan juicios en la jurisdicción indígena y al mismo tiempo se adelanta juicio por el mismo hecho y contra la misma persona en la jurisdicción ordinaria, esto se debe a que no existe una coordinación entre las dos jurisdicciones y la justicia indígena no hace registro de las sentencias ni de los procesos que ellos tramitan.

Entendiendo que la impunidad es toda conducta delictiva a la que no se logra imponer una sanción o que no logre cumplirse con la misma, podemos decir que de acuerdo con nuestra investigación, el permanente enfrentamiento entre la justicia ordinaria y la justicia indígena hace que se acreciente la impunidad, porque en muchas ocasiones se busca por parte de los cabildos indígenas llevar los procesos que se adelantan en la jurisdicción ordinaria a su jurisdicción con el fin de favorecer intereses particulares y esquivar la acción de una verdadera justicia, ya que proponen colisión de competencias y cuando se logra el conocimiento del asunto se abandona sin que se tome alguna decisión en el mismo.

Es importante tener en cuenta que muchos indígenas que se han compenetrado con la sociedad mayor y se han aculturizado, cometen conductas delictivas contra personas de la sociedad mayor y buscan luego su judicialización en la justicia indígena que en muchos casos es mas permisiva que en la justicia ordinaria.

Este trabajo permitió explorar, el desarrollo de la jurisdicción indígena en el resguardo de Huellas, en el Norte del departamento del Cauca y el constante enfrentamiento que se produce con la jurisdicción ordinaria, representada en los despachos judiciales cercanos al resguardo. Esto lleva a considerar el tema de la pluralidad étnica y la pluriculturalidad, así como las interrelaciones jurídicas de estas comunidades indígenas con las sociedad mayor, las cuales conllevan a una serie de circunstancias que hacen cada vez mas dispendioso el análisis sobre los efectos que se producen tales como la inseguridad jurídica, la impunidad, la y la posible vulneración de derechos fundamentales de las comunidades indígenas.

Referencias

Doctrina

- Aristizábal, L. (2005). *Anotaciones sobre derecho Indiano*. Bogotá. Editorial Pontificia Universidad Javeriana
- Benítez, H. (1997). *Seminario sobre Jurisdicción Especial Indígena*, realizado en marzo de 1997 en Popa, Cundinamarca.
- Benítez, H. (1988) *Tratamiento Jurídico Penal del Indígena Colombiano ¿Inimputabilidad o Inculpabilidad?* Bogotá, Temis.
- Benítez, H. (1985) *Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración Constitucional*. Bogotá, Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior.
- Burgos, F (2008) . *Entre la Justicia Indígena y la Ordinaria: Dilema aun por resolver*. Bogotá. Revista Derecho del Estado. No. 21. Bogotá. Universidad El Externado de Colombia.
- Castrillón, J. (2006) *Globalización y derechos Indígenas El Caso de Colombia*. Cali. Editorial Universidad del Cauca.
- Consejo Regional Indígena del Tolima. (2005). *Cartilla Fortalecimiento Institucional del Tribunal Superior Indígena del Tolima*. Ibagué. CRIT
- Consejo Regional Indígena del Cauca. (1986). *Cartilla de Legislación indígena: comunidad bienes*. Segunda edición.
- De Las Casas, F. *Cartas e informes a la Corona*, Texto 1; 1552. En: Carlos Vladimir Zambrano, (1992) *Memorias VI Congreso de Antropología en Colombia*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes.
- Dirección Nacional de Defensoría Pública, Unidad de Capacitación.(2008). *Axiología y Deontología del Proceso Penal y el Precedente Judicial*. Modulo II Bogotá. Defensoría del Pueblo, agosto de 2008.
- Gaviria, C. (1997). Consideraciones en torno a la jurisdicción especial indígena y sus limitaciones. En primer Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial. Popayán, marzo de 1997.
- Mora, D. (2003). *Bases cconceptuales de la jurisdicción especial indígena* .Trabajo de Grado. Pontificia. Bogotá, Universidad Javeriana.
- Niño, J. (2005). *Los Derechos Humanos de las etnias indígenas en Colombia*. En Prolegómenos: Derechos y Valores. Julio –Diciembre. Volumen VIII, número 016. Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada.
- Ruiz, C. (2001). *Donde estemos, estamos con el pensamiento propio: elementos de jurisdicción especial indígena y prácticas comunitarias de justicia*. Bogotá. Fundación para la Comunicación Popular - FUNCOP.
- Sánchez, E (2004) *justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, segunda edición.
- Santos, B. (1991) *Estado. Derecho y luchas sociales*. Bogotá, Ed. ILSA.
- Santos, B. y García, M. (2001) *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo II: La Justicia multicultural. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Yrigoyen, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos en *Revista EL OTRO DERECHO*, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.
- Yrigoyen, R. (2000). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos. (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). En *Revista Pena y Estado* # 4. Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto.
- Yrigoyen, R. (2004). *Estado Pluricultural, derecho Indígena y control penal en los países Andinos*. en. Revista “El Otro Derecho” No. 30, Junio de 2004, ILSA, Bogotá Colombia.
- Zambrano, C (2002), *Etnopolíticas y Racismo. Conflictividad y Desafíos Interculturales en América Latina*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

Jurisprudencia y legislación

- República de Colombia, (1991). Constitución Política de Colombia de 1991.
- República de Colombia, (1890). Ley 089 de 25 de noviembre de 1890.
- República de Colombia, (1958) Ley 81 de 1958.
- República de Colombia, (1990) Ley 52 de 1990.
- República de Colombia, (1991) Ley 21 de 1991: Ratificación del Convenio 169 de la OIT.

República de Colombia, (1991) Ley 21 de 1991.

República de Colombia, (1991) Decreto 21 de 1991.

República de Colombia, (1995) Decreto 2164 de 1995.

República de Colombia, (2007) Ley 1152 de 2007: Nuevo Estatuto de Desarrollo Rural-Reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.

República de Colombia, Decreto 2164 de 1995. Reglamentario de la ley 160 de 1994.

República de Colombia, Corte Constitucional, (1993). *Sentencia C -380 de 1993.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1995). *Sentencia C-486 de 1993.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1993). *Sentencia T-011 de 1993.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1993). *Sentencia C-112 de 1993.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1992). *Sentencia C- 543 de 1992.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1992). *Sentencia T- 516 de 1992.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1994). *Sentencia T- 097 de 1994.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1994). *Sentencia T- 254 de 1994.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1995). *Sentencia T-296 de 1994.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1995). *Sentencia C -225 de 1995.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1996). *Sentencia T-496 de 1996.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1996). *Sentencia T- 349 de 1996.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1998). *Sentencia SU- 510 de 1998.*

República de Colombia, Corte Constitucional (2007) *Sentencia T-009 de 2007.*

República de Colombia, Corte Constitucional (2009) *Sentencia T 140 de 2009.*

República de Colombia, Corte Constitucional (2004) *Sentencia T -1238-de-2004.*

República de Colombia, Corte Constitucional (1998) *Sentencia SU -510 de 1998.*

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo (1996). *Sentencia N° 1122 de Sección Quinta de 19 de Marzo de 1996.*

República de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, sala disciplinaria, (2001) Auto del 6 de Diciembre de 2001.

República de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura. *Sentencia radicado No.110010102000. Magistrado Ponente: Temistocles Ortega Narváez.*

República de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura. *Sentencia radicado No.20000942 A. 1 de junio de 2000. Magistrado. Ponente: Jorge Alonso Flechas.*

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio No. 169 .Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Ginebra junio de 1989. Recuperado el 30 de septiembre de 2011 de http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_espanol-quechua.pdf,

República de Colombia, Proyecto de Ley Estatutaria 003 De 2000 No. 140 DE2002, Gaceta del Senado No. 510 de 2002.