

# Jurisdicciones constitucional y especial indígena colombianas\*

Diana Rocío Bernal Camargo\*\*  
Fundación Universitaria Los Libertadores  
drociobernal@hotmail.com

## RESUMEN

Estudio sobre la incidencia recíproca entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción especial indígena en relación con la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas, en el marco de las discusiones de interaccionismo cultural: integracionismo cultural y pluriculturalismo, sustento del monismo y el pluralismo jurídico respectivamente.

Se presentan los antecedentes y la situación actual de la protección de la jurisdicción indígena e igualmente se hace referencia a las principales posiciones jurisprudenciales respecto de la autonomía de la misma, en donde el punto de incidencia entre una y otra jurisdicción son los conceptos de diversidad, identidad, cosmovisión étnica y el respeto a los principios y derechos fundamentales constitucionales.

## PALABRAS CLAVE

Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Indígena, monismo jurídico, pluralismo jurídico, diversidad étnica y cultural, autonomía, principios y derechos fundamentales.

## ABSTRACT

Study about incidence between the constitutional jurisdiction and the especial indigenous jurisdiction in reference to the autonomy and free determination of the indigenous peoples, in the context of the cultural interactionism: cultural integrationism and cultural pluralism, that is the substrate of the legal monism and pluralism.

The text presents the antecedents and the actual situation of the protection of the indigenous jurisdiction and refers the most important jurisprudential position respect the indigenous autonomy, and the reciprocal incidence are the diversity, identity, ethnical cosmovision and the respect by the fundamental principles and rights.

## KEY WORDS

Constitutional jurisdiction, indigenous jurisdiction, legal monism, legal pluralism, ethnical and cultural diversity, autonomy, fundamental principles and rights.

Fecha de recepción del artículo: septiembre 11 de 2009.

Fecha de aceptación del artículo: octubre 7 de 2009.

\* **Artículo de producto de investigación terminada dentro de la línea *Justicia Constitucional* del Grupo de investigación *Derecho y Política* de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Fundación Universitaria Los Libertadores.**

\*\* Abogada de la Universidad de Boyacá, especialista en Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid; especialista en Derecho y Nuevas Tecnologías sobre la Vida, Universidad Externado de Colombia; DEA en Bioética y Biojurídica, Universidad Rey Juan Carlos (España) Cátedra de Bioética y Biojurídica de UNESCO en España; candidata a doctora en Bioética y Biojurídica, Universidad Rey Juan Carlos de España. Docente investigadora de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

## INTRODUCCIÓN

Se busca indagar acerca de si ¿La jurisdicción especial indígena es autónoma respecto de la jurisdicción constitucional colombiana?, y ¿En qué medida depende la garantía de protección de los derechos de los pueblos indígenas?, para cual se realiza una revisión bibliográfica sobre los aspectos teóricos relevantes para dar respuesta al problema objeto de estudio, para lo cual se plantea que los mecanismos de conciliación entre una y otra jurisdicción son el pluralismo jurídico y el respeto por los derechos fundamentales constitucionales.

### 1. PROBLEMA

¿Incide la jurisdicción constitucional colombiana en la jurisdicción especial indígena respecto de la protección de los derechos a la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas colombianos?

### 2. METODOLOGÍA

El presente artículo es una revisión de estado del arte respecto de la jurisdicción constitucional colombiana y la jurisdicción especial indígena, para lo cual se realiza una pesquisa teórica acerca de los diferentes alcances de una y otra jurisdicción en relación con el derecho de libre determinación de los pueblos.

Para el caso en particular se realizó una revisión documental a fin de indagar en los diferentes textos editados, investigaciones y de manera especial en la jurisprudencia de las autoridades jurisdiccionales en cuestión.

### 3. CONTENIDO

#### 3.1 Antecedentes históricos de la Constitución Política Colombiana de 1991 en materia de reconocimiento de los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas

La historia constitucional colombiana reflejaba la posición occidental monocultural de los

estados, así, hasta la predecesora Constitución de 1886 “existió como marco referencial jurídico institucional del Estado colombiano una constitución que caracterizaba a la nación colombiana como una asociación de ciudadanos que poseían una identidad común como colombianos, que hacían uso de sus derechos y tenían obligaciones específicas con la orden jurídico y político. Colombia para dicho marco constitucional era una nación que se presumía homogénea culturalmente” (Castrillón O., 2005).

En vigencia de la Constitución de 1886 existía la Ley 80 de 1890 que establecía un sistema jurídico especial para los grupos denominados “salvajes reducidos a la vida civilizada”, quedando entonces los pueblos indígenas al margen de la legislación existe a partir de esta Constitución, lo que se ve reforzado con la expedición de las Leyes 57 y 153 de 1887 que derogaron la legislación previa de los estados federados, y que de una u otra manera reglamentaban en cierto grado aspectos relativos a los pueblos indígenas, con lo cual, es en manos del poder eclesiástico en quienes queda la dirección de los pueblos indígenas. En este contexto se expidieron la Ley 5 de 1905 y la Ley 104 de 1919, respecto de algunos derechos patrimoniales indígenas (Pineda C., 2002).

La historia del reconocimiento del pueblos indígenas posterior a la Constitución 1886 responde a las luchas reivindicatorias de estos pueblos en aras de lograr el reconocimiento efectivo de su titularidad para el ejercicio de derechos, pero bajo el entendido de sujeto colectivo particular y no como la simple sumatoria de individuos pertenecientes a un mismo grupo, es decir se trata de entender como categoría de sujeto de derecho al “pueblo”; además con la necesaria aclaración de comprenderlos como verdaderos titulares de derechos fundamentales colectivos y de derechos no fundamentales, o lo que es lo mismo, como titulares tanto de derechos de segunda y tercera generación (derechos económicos, sociales y culturales, y derechos de solidaridad), como de derechos de primera

generación, razón por la cual las reivindicaciones indígenas apuntaban a su reconocimiento constitucional, como primer ejercicio del derecho a la autodeterminación (Sánchez Botero, 2007, pág. 78).

En la Asamblea Nacional Constituyente, encontraron un importante escenario los movimientos étnicos colombianos, los cuales tuvieron dos representantes en la referida constituyente, porcentaje que a primera vista pareciera irrisorio, pero que representó un primer gran paso en el reconocimiento político de las minorías étnicas en Colombia. Es evidente que con la participación de estos constituyentes indígenas (Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry), se da un paso de gran importancia en la vida constitucional no sólo indígena, sino colombiana, pues sale de ese mundo “invisible” la realidad multiétnica y pluricultural de Colombia, lo que a la postre tendrá consecuencias en materia de ordenamiento territorial, de participación política y de garantías de derechos de las colectividades indígenas.

En ese proceso de la Constitución de 1991 se evidencia el reclamo de reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas, cuando los delegatarios de estas minorías étnicas señalan que la gran causa de la problemática indígena es la falta de un reconocimiento claro y expreso de la soberanía de los pueblos indígenas (Asamblea Nacional Constituyente, Comisión II, 1991).

De las discusiones realizadas en las mesas de trabajo y de los proyectos de reforma presentados por los representantes de los pueblos indígenas, la Constitución Colombiana, acorde con la *“tendencia jurídica emergente en Latinoamérica, incluye el reconocimiento no solo de la validez del derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico estatal sino también el reconocimiento de la competencia jurisdiccional de sus autoridades tradicionales”* (Peña Guzman, 2007, pág. 206).

Así las cosas, la Carta Fundamental aprobada finalmente en su Artículo 7º establece la diversidad étnica y cultural como principio rector del Estado colombiano. A su vez los Artículos

63 y 329 de la Constitución establecen que las tierras de los Resguardos Indígenas son inalienables, imprescriptibles e inembargables y que son propiedad privada colectiva de las comunidades indígenas, a partir de los cuales se puede vislumbrar la influencia de los constituyentes indígenas en materia de autonomía territorial (Osorio Rendón & Salazar González, 2006).

El Artículo 286 de la Constitución Política (C.P.) da el carácter de entidades territoriales a los territorios indígenas, el Artículo 287 de la C.P., a su vez establece que “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de la constitución y la ley”. En tal virtud tendrán derecho a Gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia citada estableció que “las entidades territoriales indígenas, como toda entidad territorial gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. Aquí incluso la autonomía es mayor, pues a sus consideraciones generales sobre autogobierno del artículo 287 de la Carta se añaden la prerrogativas específicas en materia de costumbres de gobierno, lengua, justicia y elecciones”.

El Artículo 330 de la Carta, a su vez establece que los territorios indígenas estarán compuestos por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades. Es de tener en cuenta ese reconocimiento de los territorios indígenas como base para el reconocimiento de la autonomía y la libre determinación de los pueblos puesto que acorde con la cosmovisión indígena, el territorio está estrechamente ligado al desarrollo de la vida de los pueblos indígenas.

En consonancia con este reconocimiento territorial de los pueblos indígenas, en el Artículo 171 constitucional, quedó establecida la participación de estos pueblos

en la vida política del Estado, al crear una circunscripción política especial para que las comunidades indígenas tuviesen representación en la conformación del Senado de la República, a través de dos representantes elegidos por el sistema del cuociente electoral.

Por su parte, el Capítulo V, del Título VII de la Carta Fundamental Colombiana, creó la Jurisdicción especial indígena en los siguientes términos:

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

La creación de una jurisdicción especial indígena debe entenderse enmarcada dentro del contexto de los valores, principios y fines del Estado colombiano como imperativos para el respeto y promoción de la dignidad humana, pero es evidente que esta Constitución es un gran avance en materia de derechos indígenas, como quiera que a través de ello se inicia un reconocimiento de las normas, procedimientos, autoridades, funciones y competencia en diferentes materias de los pueblos indígenas.

En este contexto jurídico, la Carta Fundamental, reconoce la jurisdicción indígena bajo el entendido que son cuatro sus elementos esenciales: “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; la potestad de éstos para establecer normas y procedimientos propios; la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación con el sistema judicial nacional, y la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley” (Niño Cubillos, 2005).

Si bien, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, no se ha expedido legislación específica que regule y de alcance a ese reconocimiento de la autonomía jurisdiccional indígena, la Corte Constitucional a través de diferentes fallos

ha interpretado ese concepto de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas colombianos en el marco del Estado Social de Derecho vigente desde la referida carta constitucional, pues pese a los proyectos presentados para buscar estrategias de interacción entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción indígena, ninguno ha prosperado, dada la falta de compromiso de nuestro máximo órgano legislativo.

### 3.2 Protección internacional de los pueblos indígenas respecto de los derechos de autonomía y libre determinación

Es de vital importancia reconocer la incidencia que han tenido las reclamaciones de los pueblos indígenas en el contexto internacional, de manera particular en organismos como Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos y la Organización Internacional del Trabajo.

*El reconocimiento en instrumentos jurídicos.* Como resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, y en aras de defender la soberanía de los Estados después de las dos guerras mundiales, se creó la Carta de Naciones Unidas de 1945, que se constituye en uno de los primeros documentos internacionales que trae dentro de su contenido el término “pueblos” como aparente sujeto de derecho internacional.

No obstante, la Carta no define, ni da contenido al concepto de pueblo, aunque es evidente que la utilización de este término obedece a los procesos globales de descolonización, y sirve de base, para que se expandiera paulatinamente esa lucha de los pueblos (étnicos) en busca del reconocimiento y la reivindicación de su derecho a la autodeterminación, y en consecuencia, de hacer efectiva su categoría de sujeto de derecho, en principio en el ámbito internacional, para luego expandir la lucha a cada uno de los Estados a los que pertenecen (Banting, 2007).

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 se

inició una real preocupación por el tema de las políticas racistas y de discriminación de los Estados hacia los pueblos étnicos (indígenas, afro descendientes, gitanos, entre otros). A partir de la Declaración surge coetáneamente la conciencia de los propios pueblos indígenas como dueños y titulares de una serie de derechos que hasta ahora les habían sido negados, es así como se inicia una serie de movimientos indigenistas, que en principio estaban dirigidos hacia a la reivindicación por el reconocimiento de los territorios indígenas en cabeza de estos pueblos.

Posteriormente, con la Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960, de la Asamblea General de Naciones Unidas, referente a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, enfatiza en el derecho de los pueblos a la libre determinación, es decir que afianza el terreno del reconocimiento de los pueblos como sujetos de derecho internacional, aunque debe aclararse que este documento se produce en el contexto histórico del proceso de descolonización de los pueblos de Asia y África, es decir, que en principio no va dirigido propiamente hacia los pueblos indígenas del mundo, pero sin duda, constituye un antecedente y un referente para la inclusión de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional en posteriores documentos, lo que implica la concreción de la necesidad porque se respete la visión propia de los pueblos (sin distinción alguna) para determinar sus propias formas de vida, que en últimas es la causa, el motor y el objetivo al que aún apuntan diferentes pueblos étnicos en el mundo.

Es así, como posterior a la Resolución 1514, se adoptan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966, que reproducen el artículo previamente citado en el Artículo 1°. El Pacto presenta la ambigüedad respecto del término de pueblo, pues si se toma en cuenta lo estipulado en el Artículo 27 del mismo Pacto que señala que *“En los Estados en que existan minorías*

*étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*, se puede hacer una lectura restrictiva respecto de ese presunto reconocimiento de los pueblos (incluidos los indígenas), como sujetos titulares del derecho a la libre determinación como quiera que a esas minorías étnicas existentes en los diferentes Estados, se les reconoce sí unos derechos, pero expresamente relacionados con la vida cultural, religiosa y lingüística.

Para clarificar la cuestión, es decir, para resaltar la lamentable exclusión de los pueblos indígenas respecto del reconocimiento realizado en el Artículo 1 del PIDCP, se debe acudir a la interpretación que realizara el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas mediante la Observación General No. 23 de los Artículos 1 y 27 de Pacto en relación con los derechos de las minorías étnicas, en la cual expresó:

“3.1. El Pacto hace una diferenciación entre el derecho a la libre determinación y el derecho amparado en virtud del artículo 27. En el primer caso, se trata de un derecho perteneciente a los pueblos, que se rige por disposiciones separadas del Pacto (parte I). La libre determinación no es un derecho reconocido con arreglo al Protocolo Facultativo. Por otra parte, el artículo 27 se relaciona con los derechos reconocidos a las personas en cuanto tales y, al igual que los artículos relacionados con los demás derechos personales reconocidos a todos, figura en la parte III del Pacto y está reconocido en virtud del Protocolo Facultativo...

...

5.2 El Artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a las minorías que “existan” en un determinado Estado Parte. Habida cuenta de la naturaleza y el alcance de los derechos reconocidos en virtud de este artículo, no procede determinar el grado de permanencia que supone la expresión “que existan”. Esos derechos se refieren sencillamente a que no se debe negar a las personas

que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. Así como no necesitan ser nacionales ni ciudadanos, tampoco necesitan ser residentes permanentes. En consecuencia, no debe denegarse el ejercicio de esos derechos a los trabajadores migratorios o a las personas que se encuentren de visita en un Estado Parte y que constituyan alguna de esas minorías. Con este fin, les corresponde, al igual que a cualquier otra persona que se encuentre en el territorio de ese Estado Parte, los derechos generales de libertad de asociación y de expresión. La existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un determinado Estado Parte exige que esos derechos se establezcan en función de criterios objetivos y no por decisión unilateral del Estado Parte”. (Comité de derechos humanos. Organización de las Naciones Unidas, 1994).

Lo anterior significa, que conforme al PIDCP y al PIDESC, se hace énfasis en que el término “pueblo” se aplica respecto de aquellos que estaban atravesando ese proceso de descolonización e independencia.

La cuestiones indígenas desde Naciones Unidas fueron tratadas desde la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías<sup>1</sup>, creada por la Comisión de Derechos Humanos en 1947 y posteriormente con la creación del Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas (Resolución 1982/34) dentro de la Subcomisión, se inició un trabajo más serio en materia de protección de derechos de los pueblos indígenas puesto que a cargo de este Grupo estuvo la redacción del Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue presentado ante la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 1993 y aprobado por ésta en 1994, para luego ser llevado a la Comisión de Derechos Humanos<sup>2</sup> y posteriormente a la Asamblea

<sup>1</sup> Posteriormente tomó el nombre de Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

<sup>2</sup> Reemplazado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, quien finalmente fue el órgano que adoptó y envió la Declaración a la Asamblea General.

General de Naciones Unidas, que tras un proceso de discusiones adoptó finalmente el 13 de septiembre de 2007 la “Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas” (Berche, García, & Mantilla, 2006).

Es importante señalar como esta declaración eleva a la categoría de verdaderos pueblos a los pueblos indígenas desde su Preámbulo, y posteriormente, en el desarrollo del articulado de la misma reconoce derechos como igualdad (*Art. 1*), libre determinación, autonomía y autogobierno (*Art. 3 y 4*), derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (*Art. 5*)

Es evidente que la declaración da un paso muy importante en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas como verdaderos sujetos de derecho, individual y colectivamente titulares de derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de solidaridad, etc.), lo cual implica, que a partir de la adopción de este instrumento jurídico internacional debe interpretarse el término pueblo no sólo atendiendo a los pueblos descolonizados del continente africano, sino también a los indígenas de los diferentes Estados, concepto que ha de hacerse extensivo para la aplicación de los documentos internacionales que reconocen derechos a los pueblos, no sólo aquellos documentos de Protección contra la discriminación hacia las minorías sino incluso el PIDCP y el PIDESC.

Así mismo, la declaración, que no ha sido ratificada por el Estado colombiano, se entiende que hace un reconocimiento expreso del concepto de autonomía y es de resaltar el contenido del citado Artículo 5 de la declaración en cuanto establece claramente el compromiso por el respeto de las autoridades e instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales de los diferentes pueblos indígenas.

Dentro del sistema interamericano, los documentos base en materia de protección de derechos humanos están, la Carta de Organización

de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto de San Salvador.

Producto de la lucha indígena internacional, en la OEA también se propuso la elaboración de un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, presentado por un Grupo de Trabajo especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (Barrios Romero, 2007).

Este instrumento pretende reconocer a los indígenas, tanto individual como colectivamente considerados, como titulares de todos los derechos humanos reconocidos en los diferentes documentos del Sistema Interamericano cuando hace referencia a la plena vigencia de estos derechos (Organización de los Estados Americanos, 2008)

En lo que respecta específicamente al reconocimiento de la autonomía y la libre determinación de los pueblos, como fundamentos para la existencia de jurisdicciones especiales indígenas, se encuentran las disposiciones del Artículo III, Artículo IV, Artículo XX (Derecho [a la autonomía o] [y] al autogobierno) y Artículo XXI (Derecho y jurisdicción indígena).

Por su parte, es de resaltar la labor que la Organización Internacional del Trabajo, ha realizado de manera general en pro de la protección de los derechos de los pueblos indígenas, en especial a través del *Convenio 169 de 1989 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes* (Organización Internacional del Trabajo, OIT, 1996).

Este Convenio tiene su antecedente inmediato en el Convenio 107 de la misma Organización, considerado como instrumento de integración de los pueblos al sistema mayoritario, más que como instrumento garantista de la diversidad cultural (Gómez del Prado, 2002).

La OIT tenía como principio rector la concesión de ciertos grados de autonomía y autocontrol a los pueblos indígenas, pues como se evidencia de la lectura de los artículos transcritos, ya se buscaba reconocer la aplicación del derecho indígena o derecho mayor, para efectos de regular en principio cuestiones de punibilidad teniendo en cuenta el fuero personal y el fuero territorial.

*El reconocimiento en la jurisprudencia del Sistema Interamericano.* A través de casos específicos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han tenido la oportunidad de referirse a los pueblos indígenas y al estado de sus derechos. Tradicionalmente en los sistemas internacionales de derechos humanos se ha reconocido a los colectivos poblacionales, incluidos los pueblos indígenas, como titulares de derechos colectivos, estos es de los llamados derechos de segunda o tercera generación, con las consecuencias que ello implica, de manera especial en términos de justiciabilidad, es decir que los pueblos indígenas no tenían la opción de acudir a través del sistema de denuncias individuales (Becerra Ramírez, 2007).

Sin embargo, esta posición poco a poco fue revaluándose. Destacándose en este sentido pronunciamientos como: **Caso Guahibo vs. Colombia**, el cual si bien fue archivado, se resalta el reconocer la capacidad de los pueblos indígenas para acudir ante el sistema a través del mecanismo de denuncias individuales; **Caso Aché vs. Paraguay**, en el que tímidamente la Corte hizo referencia tanto a derechos individuales de los miembros del pueblo indígena, como a derechos colectivos en cabeza del pueblo mismo; **Caso Miskitos vs. Nicaragua**, en el que la Corte hizo especial defensa por los derechos colectivos de los pueblos indígenas con especial referencia a los conceptos de autonomía y libre determinación, **Caso Aloeboetoe vs. Surinam**, hizo referencia al reconocimiento pluricultural de los Estados constituidos con pueblos indígenas, e igualmente se refiere al carácter colectivo de las indemnizaciones, y el

**Caso Awas Tingi vs Nicaragua**, también de especial importancia en la materia, ha marcado realmente un hito en la jurisprudencia del Sistema Interamericano como quiera que fue uno de los primeros documentos que reconoció verdaderamente derechos específicos a los pueblos indígenas (Castrillón Orrego, 2006).

### 3.3 Autonomía y Libre determinación de los pueblos: monismo vs pluralismo cultural y jurídico

En materia de reconocimiento de los derechos de autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas encontramos dos posiciones básicas a saber: el monismo jurídico y el pluralismo jurídico. El primero de ellos busca aplicar políticas integracionista con el fin de lograr la incorporación y adaptación de las minorías a la población mayoritaria de un determinado Estado; por otra parte, el pluralismo jurídico responde al reconocimiento efectivo de la diversidad cultural, y para el caso en cuestión, y étnica en donde se propende por el respeto hacia el otro, por el reconocimiento de esa alteridad que busca la creación de pautas que permitan la coexistencia de diversos y variados sistemas jurídicos, que últimas corresponden necesariamente a la convivencia de distintas visiones culturales de la vida.

*Monismo jurídico: integracionismo cultural.* Para quienes consideran que no se debe permitir la coexistencia de la jurisdicción especial indígena el sustento se encuentra inicialmente en la teoría jurídica positivista de Hans Kelsen que identifica el Estado con el Derecho (Estado-Derecho) con origen en los procesos de construcción de los Estados en aras de centralizar el poder político, establecer el monopolio estatal de la violencia legítima y de la producción jurídica (Kelsen, 1982).

Conforme a ellos, “la concepción monista del derecho identifica el Derecho con el Estado. Según esta ecuación Estado-Derecho, únicamente se considera derecho al sistema jurídico estatal, no pudiendo por tanto, exis-

tir diversos sistemas en un mismo territorio (espacio geopolítico). Es el Estado, a través de sus órganos, el único que puede crear normas jurídicas” (Cabedo Mallol, 2004, pág. 13).

En este orden de ideas, la visión monista del derecho es la aplicación exegética de la teoría de la división de poderes, en donde además ser el Estado el único productor de normas jurídicas, existe un órgano (legislativo) especialmente facultado para ejercer esa función de producción de normas jurídicas, en el marco del positivismo jurídico, es decir del derecho escrito. En este concepto de Estado – Derecho, subyace el de Nación, que corresponde a esa definición arraigada de un solo pueblo, una comunidad de raza, de lengua, de religión, de costumbres, de tradiciones, de vivencias históricas, es decir un conglomerado homogéneo social, cultural, jurídica, económica y políticamente (Naranjo Mesa, 2000, pág. 93).

Bajo el criterio de ese concepto de unidad nacional, es que desde el monismo jurídico, se habla también del *integracionismo cultural*, que tiene su origen en la época de la conquista, a través de políticas de segregación, asimilación e integración cultural, que pese a reconocer presuntos derechos de los grupos étnicos, en realidad lo que reconocen son ciertos derechos más de tipo cultural que no tienen incidencia en el pleno reconocimiento de la autodeterminación, el autogobierno, y en general de la autonomía de los pueblos. (Irigoyen Fajardo, 2000).

*Pluralismo Jurídico: del multiculturalismo al pluriculturalismo.* Como contraposición a la defensa del monismo jurídico, se encuentra la otra postura del pluralismo jurídico entendido como “la existencia simultánea – dentro del mismo espacio de un Estado – de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones: culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales” (Yrigoyen, Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la



pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario, 1995).

Esta definición encuadra perfectamente para cualquier tipo de pluralismo y se adapta de manera particular a una de las clasificaciones propuestas por Germán Palacio: “a) Pluralismo en sociedades que viven en una situación colonial; b) Pluralismo dentro de la «formación social capitalista; c) Pluralismo en sociedades con presencia de varias etnias o pueblos; d) Pluralismo en sociedades cuya complejidad permite la coexistencia de submundos y/o subculturas; e) Pluralismo en períodos de transición” (Palacio, 1993).

Si bien en un Estado como el colombiano puede aplicarse cualquiera de las vertientes propuestas por Palacio, lo cierto es para el caso que aquí se reflexiona, interesa el llamado “*pluralismo en sociedades con presencia de varias étnicas o pueblos*”, como quiera que ante esa diversidad étnica, se hace necesario – siguiendo a Boaventura De Sousa – que para entender la visión postmoderna del derecho se haga uso de ese pluralismo jurídico, que vaya más allá de simple reconocimiento formal de instituciones, sino que ha de tratarse de un pluralismo que busque la interacción de todos los actores implicados, lo que supone la revisión misma del derecho, como quiera que cualquier orden social puede ser considerado como derecho, como ocurre cuando se está en presencia de grupos étnicos en un Estado determinado (Santos, 1998).

La aceptación del pluralismo jurídico dentro de un sistema jurídico, conlleva implícitamente el reconocimiento del pluriculturalismo como superación multiculturalismo, como quiere que éste último - en palabras de Turner: “suele convertirse en una forma de identidad política que el concepto cultura se funde con el de identidad étnica. Desde el punto de vista antropológico este movimiento, al menos en su forma ideológicamente más simple, está lleno de peligros tanto desde el punto de vista teórico como en el práctico. Corre el peligro definir la cultura como la

propiedad de un grupo étnico o de una raza; corre el peligro de reificar las culturas como entidades separadas por hacer demasiado hincapié en la homogeneidad interna de las culturas en términos que potencialmente legitiman las demandas represivas para una conformidad cultural” (Bauman, 2001)

Ese multiculturalismo, implica la coexistencia de diversas culturas, sin que se de un proceso de superposición, es decir, se busca la defensa absoluta de las diferencias culturales bajo el pretendido de la convivencia política.

Como propuesta de superación de ese multiculturalismo, surge el llamado pluriculturalismo, quizá para convertirse en la posición ecléctica de modelos de interacción cultural. Sus fundamentos se encuentran en los postulados de la ética comunicativa o dialógica del filósofo Jünger Habermas, quien: “propone una ética formal, basada en el diálogo y en la comunicación teniendo en cuenta que el diálogo es el único medio que queda para saber si los intereses subjetivos pueden convertirse en normas universales” (Bernal Camargo & Bernal García, 2007).

En el pluralismo jurídico, que reconoce verdaderamente el pluralismo cultural, se está en presencia de sistemas normativos indígenas, considerados verdaderos sistemas jurídicos o derecho: tienen capacidad para crear normas, resolver conflictos, organizar el orden (Yrigoyen, 1999), y pese a que se encuentren al amparo de valores, principios y reglas constitucionales, la pluralidad radica en la construcción dialógica de esos preceptos superiores, como por ejemplo se hizo en el caso colombiano a través de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, a partir de lo cual: “es importante reconocer que el Estado nacional ha cedido gran parte de su autonomía... y ha renunciado a un poder que se podía estar ejerciendo arbitraria e injustamente” (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, La jurisdicción especial indígena, 2000).

Conforme a lo anterior, el caso colombiano es uno de los más representativos en materia de

pluralismo jurídico y cultural como estrategia para la inclusión de las minorías étnicas, tanto así que es considerado como uno de los Estados que se encuentra a la vanguardia en América Latina en materia de reconocimiento de derechos autonómicos (Barié, 2003)

La inclusión de las minorías étnicas en el pluralismo jurídico responde a la visión de la diversidad latinoamericana y la construcción de la democracia en el marco de los procesos de globalización, en los que las identidades culturales “no pueden pensarse como un conjunto de sellos distintivos marcados indeleblemente en la piel de los sujetos individuales y colectivos ni como una tira de etiquetas intercambiables que se les pegan según el rol que en cada contexto de referencia ejerzan... En Latinoamérica, la democracia sólo es posible por mediación de la diversidad cultural, y ésta solo es válida desde los postulados de la democracia” (Tovar G., 2000).

En la construcción de esa interacción Estado y pueblos indígenas, se requiere del aporte desde el pluralismo antropológico, como garantía de protección de los Derechos Humanos de los colectivos, en la formulación y ejecución de proyectos futuros integradores de la individualidad y la universalidad (particularidad – generalidad), es decir, buscando poner en acción participativa la diversidad de la sociedad. (Zambrano, 2005, pág. 45).

### 3.4 La jurisdicción constitucional y la jurisdicción especial indígena: revisión jurisprudencial

*La jurisdicción especial indígena*, para los fines aquí previstos se han de referenciar algunos pronunciamientos tendientes a fijar la posición de los pueblos indígenas respecto de su autonomía jurisdiccional.

**Pronunciamiento del Pueblo Iku (Arhuaco) (6 de marzo de 1998):** referente a la introducción de religiones e ideas foráneas, rechazando de este modo que bajo el amparo de la *libertad de cultos*, se buscase la introducción de religiones y

creencias ajenas a su cultura, lo cual acorde con la cosmovisión de este pueblo iría en detrimento de sus principios fundamentales, los cuales no necesariamente se encuentran en normas escritas, sino que en la mayoría de los casos a normas consuetudinarias, al conocimiento tradicional, la Ley Propia o el Derecho Mayor que proviene de las leyes de la madre tierra, y del cual se deriva el mandato de las autoridades indígenas tradicionales, y por ende la facultad para aplicar el derecho propio en sus territorios y sobre los miembros de la comunidad. (Vásquez Luna, Jimeno Santoyo, & Correa C., 1998, págs. 695-701)

**Pronunciamiento de la Unidad Indígena del Pueblo Awá (UNIPA) (1998):** en el que se resolvió el primer caso de juzgamiento por muerte violenta entre indígenas de este pueblo. En cuanto a este caso son de resaltar los siguientes apartes en lo que tiene que ver con el funcionamiento y el fundamento de la jurisdicción indígena:

“Para tomar la Decisión de Ahora, realizamos el Primer Consejo de Jurisdicción Especial Indígena del Pueblo Awá, durante tres días, con el fin de escuchar la palabra de los mayores, recordar entre todos las historias Awá raíz o de antiguo, compartir las experiencias de las Autoridades Tradicionales y Cabildos, Mayores y Líderes en cuanto a la aplicación autónoma de justicia en el pueblo Awá vivida durante los últimos diez años, pensar juntos sobre los fundamentos del sistema de derecho propio, nuestras normas, instituciones, procedimientos, sanciones y castigos; y finalmente entre todos aconsejando tomar la Decisión de Ahora sobre el caso.

... Vamos a construir el derecho y la justicia de los Awá, recordando lo que se viene trabajando de principio, cuando no teníamos criada nuestra organización... mirábamos con el apoyo de todos cómo crear la organización, se creó en 1990 el 6 de junio y tenemos siete años de verla creado, en esa época de todas las partes la única parte que teníamos una autoridad apoyada por el municipio era en el Gran Sábalo, de resto donde inspectores, corregidores y alcaldes mestizos y negros de la carretera era donde íbamos a arreglar problemas.

...

Sobre las muertes que estamos pensando... como UNIPA pido que se aplique justicia a esos indígenas, estamos creando la justicia propia, entre hermanos no debemos matarnos, para eso están las autoridades indígenas para atender y aconsejar, para arreglar los problemas, por más malo que sea no hay ley que permita mandar matar a una persona, tiene que haber un castigo que dé ejemplo, fueron dos vidas; propongo que verdaderamente se mire cuántos tiempos van a estar detenidos y cómo va a hacer el castigo, cómo van a pagar ellos en beneficio general; proponemos encerrarlos por la noche y de día en trabajos de producción de su misma comida, comunitarios y en talleres de capacitación". (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997).

*La jurisdicción constitucional.* Se encuentran algunos fallos de la Corte Constitucional, como máximo órgano dentro de esta jurisdicción, referentes a las categorías de autonomía y autodeterminación en relación con el ejercicio de la jurisdicción especial indígena. En este orden de ideas podemos citar:

**La sentencia T – 254/1994**, en la que la Corte conoce de un caso de violación de los derechos fundamentales constitucionales al *debido proceso, el trabajo, la honra, el buen nombre, la vida, la prohibición de penas de destierro, prisión perpetua y confiscación*, con ocasión de la expulsión de un miembro de la comunidad indígena del El Tambo (Coyaima – Tolima) por el respectivo cabildo. Señaló que existen unas reglas mínimas de interpretación para aquellos eventos de conflicto entre órdenes jurídicos diferentes:

**“7.1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”, “7.2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”, “7.3. 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”.** (Corte Constitucional M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1994).

En lo que se refiere específicamente a la autonomía de la jurisdicción indígena, explicó:

“8. El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la constitución y a la ley. De otra parte, al Legislador corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de la justicia nacional. (CP Artículo 246).

...

11. La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”. (Corte Constitucional M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1994).

En este orden de ideas, y para el caso particular, la Corte señaló que el debido proceso, como derecho, principio y garantía, constituye un límite jurídico y material al ejercicio autónomo de la jurisdicción especial indígena. (Corte Constitucional M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1994).

**Sentencia T – 349/1996**, caso en el que un miembro de la comunidad embera chamí interpone una acción de tutela en contra de la Asamblea General de Cabildos y del Cabildo Mayor Único de Risaralda, también por violación de derecho al debido proceso, y otros como la defensa, la vida y la integridad física, como quiera que las autoridades indígenas imponen una sanción de 20 años de prisión por la participación en la comisión del delito de homicidio respecto de otro miembro de la comunidad indígena. El actor señaló que las autoridades tradicionales desconocieron el debido proceso y el derecho de defensa. (Corte Constitucional M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996).

Es resaltar que en esta sentencia también se hace especial referencia al tema de la jurisdicción especial indígena en los siguientes términos:

“Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se le reconoce a las comunidades étnicas”. (Corte Constitucional M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996).

Conforme al anterior criterio de la Corte Constitucional es importante entender que la conservación cultural étnica (diversidad étnica), es directamente proporcional al grado de autonomía que tenga la comunidad y que tan sólo en casos de extrema necesidad de protección de principios y valores constitucionales supremos se requiere la intervención de autoridades ajenas a sus institucionales tradicionales.

**Sentencia T – 496/1996**, referente al alcance del fuero indígena, en el que un integrante de la comunidad indígena Paéz solicita la protección de los derechos a la diversidad étnica y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho de los pueblos indígenas a ejercer sus propias funciones jurisdiccionales. (Corte Constitucional M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996).

En este caso en particular, la Corte tuvo la oportunidad de hacer algunas precisiones, así:

“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 aborígen 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.

...

En la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.

...

No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que “hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial”. No sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”. (Corte Constitucional M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996).

Así las cosas, es evidente que para efectos de determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena no sólo se debe tener en cuenta el factor personal y/o el territorial, pues cuando en una determinada situación

se encuentra implicado además un miembro de una comunidad no indígena se debe tener especial cuidado de otra serie de factores y elementos – conforme el apartado antes transcrito –, puede llevar a la conclusión que el competente sea el juez ordinario, como quiera que de manera particular se debe tener en cuenta el factor de real de pertenencia a la comunidad.

Dada la consecuencia directa que genera el reconocimiento de un sistema jurisdiccional especial indígena, es de mencionar la posición que a su vez ha asumido el Consejo Superior de la Judicatura, como órgano competente para resolver conflictos de competencia entre jurisdicciones diferentes.

Al respecto, vale la pena hacer referencia al Fallo de conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción ordinaria representada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Guadalajara de Buga y la Jurisdicción Indígena en Cabeza del Comité Ejecutivo de la Organización Regional Indígena Valle del Cauca – ORIVAC (Rad. 19980597), el cual fue resuelto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Se trataba de un homicidio cometido por dos miembros de un grupo indígena (comunidad indígena embera chamí, de los Niaza) contra otro miembro de la misma comunidad, caso que paso en primer lugar a conocimiento de la Fiscalía, y posteriormente a conocimiento del juez penal, ante quien las autoridades indígenas plantean el conflicto de competencia por considerar que en el caso específico concurren tanto el factor personal como el territorial para que sean las autoridades indígenas las que decidan el caso en cuestión.

Para el juez penal la causa de la competencia de la jurisdicción ordinaria estaba en “*cercanía e interrelación que tiene don (sic) los blancos o mestizos*” los imputados indígenas, sin tener en cuenta, como bien lo indicó en el fallo la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, las disposiciones constitucionales sobre la materia, más aún cuando es evidente el grado de pertenencia, de identificación de los imputados con su respectivo grupo étnico,

atentando en ese sentido contra el pluralismo y la diversidad étnica en aras de la aplicación implícita de una teoría integracionista. (Vásquez Luna, Jimeno Santoyo, & Correa C., 1998, págs. 667-685)

En este orden de ideas, y luego de hacer referencia a algunos de los casos más representativos respecto de la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas en cada una de las jurisdicciones en cuestión, es evidente que el gran punto de coincidencia es el concepto de identidad para efectos de hablar de autonomía y autodeterminación de la jurisdicción indígena.

Es decir, que se está en presencia de la aplicación del pluralismo jurídico como criterio de acción para ambas jurisdicciones en el ordenamiento jurídico colombiano, y que dado ese reconocimiento constitucional especial, se da aplicación al principio de la independencia judicial, pero con el respeto debido por los derechos y principios constitucionales fundamentales, los cuales, como se ha mencionado líneas atrás, son producto del consenso de los diferentes actores que participación en ese proceso constitucional. (Constituyente primario).

### **3.5 La incidencia recíproca entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción especial indígena frente a los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas**

*De la jurisdicción indígena a la jurisdicción constitucional: diversidad, identidad y cosmovisión étnica.* Acorde con la revisión efectuada, la jurisdicción constitucional ha entendido que para hablar de autonomía jurisdiccional indígena, se debe hacer necesaria referencia a esos conceptos de identidad étnica (etnicidad) y cosmovisión indígena, como quiera que en caso de no estar en presencia de estos elementos, entonces no habrá lugar al reconocimiento de tal autonomía jurisdiccional.

La etnicidad o identidad étnica, recoge una serie de elementos que corresponden a la

definición misma de pueblo étnico, pero en donde se resalta de manera particular que para hablar de etnicidad no sólo se requiere la circunstancia de hecho de pertenecer a un grupo con unas características particulares respecto del resto de la población, sino que es de gran importancia el elemento “auto-identificación”, es decir que efectivamente las persona asuma como forma de vida todos y cada una de las características específicas que posee el grupo al cual pertenece, atendiendo a esa cosmovisión particular de los pueblos indígenas. (Jornadas Lascasianas, 1994).

La etnicidad toma relevancia socio – jurídica a raíz de la toma de conciencia respecto del etnocidio, no sólo a cargo de los estados conquistadores de los pueblos indígenas americanos, sino a partir de los procesos latinoamericanos de independencia los Estados nacientes se encargaron de continuar ese proceso bien de exterminio étnico o de radicalización de procesos de discriminación étnica. (Marzal, 1993).

Así mismo, es oportuno traer la definición que de identidad aportó en su momento el constituyente Francisco Rojas Birry, al indicar que éste: “es el derecho a seguir conservando la propia forma de ser y de vivir de cada comunidad, de acuerdo con su propia forma de interpretación tradicional de la relación del hombre con la naturaleza y con la comunidad”. (Sánchez, Roldán, & Sánchez, 1993).

Por su parte, el concepto de cosmovisión implica la necesaria presencia de cuatro principios fundamentales. (Escuela Intercultural de Gobierno y Políticas Públicas, 2007, págs. 55-57):

**1. El principio de relacionalidad.** Este principio es el más importante para nosotros, sin él no podrían existir los demás. Este principio nos dice que todo está vinculado con todo (...)

**2. El principio de correspondencia.** Este principio se manifiesta en toda nuestra vida, nos dice que hay un vínculo entre el micro cosmos y el macro cosmos (...)

**3. El principio de complementariedad.** Este principio nos explica más claramente los dos principios anteriores. Como ya sabemos, para

nosotros los indígenas, ningún ser, ninguna acción existe por sí misma, sola en el mundo, sino que está articulada a muchas relaciones con otros seres y otras acciones. (...)

**4. El principio de reciprocidad.** Para que todo exista y se mueva con normalidad, existe una justicia cósmica, y ésta se debe repetir en la tierra y en los mundos. (...)

A partir de estos principios, un sistema jurídico pluralista ha de responder a una cosmovisión del concepto, que hace referencia a esa “apreciación o vivencia integral de los distintos fenómenos que desde el pensamiento imperante en la tradición occidental pueden ser separados y aprehendidos individualmente” (WILHEIM A., 2002), y es que en muchas ocasiones para tratar temas relacionados con los indígenas no se tiene en cuenta lo que ellos, como sujetos directos implicados, perciben realmente.

Así las cosas, el reconocimiento de esa identidad como fundamento de la autonomía y la libre determinación respecto del ejercicio de la jurisdicción especial indígena implica que el Estado colombiano es respetuoso de la diversidad étnica del Artículo 7° constitucional como fundamento del 246 del mismo ordenamiento, diversidad que debe entenderse como la expresión viva de la pluralidad social e individual, es una constante dinámica, es decir que es algo en permanente construcción en el seno de cualquier social, y en consecuencia “el reconocimiento de la diversidad cultural es la comprobación de la existencia de distintos y diferentes modos de vida, que se comparten dentro de un mismo territorio; pero sobre todo es la aceptación de los procesos de diversificación de ellos”. (Zambrano, Apropiación y reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica: antropología jurídica para la globalidad., 2003, pág. 41).

A nivel de la doctrina internacional se propone que, en atención al principio de autodeterminación y diversidad étnica, exista reconocimiento de un mínimo de derechos colectivos de los pueblos indígenas como son: 1) Derecho a la vida, a la existencia colectiva y a la identidad; 2) Derecho al territorio; 3) Derecho a la autodeterminación; 4) Derecho

a la lengua; 5) Derecho a la cultura étnica; 6) Derecho a los recursos naturales; 7) Derecho a los beneficios de explotación; 8) Derecho a vivir y a trabajar en el país; 9) Derecho a la protección del mercado, y 10) Derecho a la organización autocentrada, los cuales deben ser protegidos por las autoridades indígenas, en primer lugar, y subsidiariamente por la Constitucional (Breton, 1981).

*De la jurisdicción constitucional a la jurisdicción indígena: el respeto por los valores, principios y derechos constitucionales fundamentales.* Sobre el particular, el máximo órgano constitucional ha señalado de manera reiterada que el respeto por los principios y derechos fundamentales han de ser el límite de material y formal de la actividad de las jurisdicciones especiales en Colombia.

Esta posición es la que se ha adoptado en diferentes latitudes del mundo atendiendo a las funciones que deben cumplir los derechos fundamentales en un Estado Social de Derecho en cuanto límite y criterio de interpretación, producción y aplicación de normas dentro de un ordenamiento jurídico (Peces-Barba Martínez, 1999, pág. 416).

Los derechos fundamentales, han de servir como garantes del respeto por la dignidad humana, pero atendiendo siempre a la visión intercultural de los mismos (Krotz, 2004), esto es a la forma particular de esa visión de la vida, es decir bajo el marco del pluralismo jurídico, y en el caso en análisis, de la diversidad étnica.

La determinación de los derechos que han de ser fundamentales para uno y otro ordenamiento han de responder a un proceso interdisciplinario, que implique la acción de diferentes disciplinas como la sociología o la psicología social para que éstos sean determinados en función de su propio concepto de calidad de vida, lo que en últimas se traduce en el verdadero reconocimiento de la diversidad (De Freitas C., 2002).

Finalmente, es de señalar, que la inclusión de la diversidad es un reto en general para la protección de los derechos humanos, los cual se han defendido al amparo de los principios

tradicionales de la universalidad y la igualdad, lo que no necesariamente significa que toda práctica, relacionada con los derechos humanos, se justifique por apelar a una cultura determinada (De Asís, 2008).

## CONCLUSIÓN

Es evidente y necesario reconocer el avance del sistema jurídico colombiano en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en especial al tener en cuenta la lucha histórica del movimiento indígena en materia de reivindicación de la reivindicación de su autonomía y libre determinación, que a través de de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no sólo reconoció y fijó como principio constitucional la diversidad étnica, sino que a su vez, adoptó una posición incluyente de las instituciones de pueblos indígenas

En este orden de ideas, el sistema colombiano adopta la posición del pluralismo jurídico y cultural bajo el postulado del reconocimiento de la diversidad étnica, estableciendo para ello una jurisdicción especial indígena, que de conformidad con la interpretación que se hace del Artículo 246 constitucional, el ejercida por las autoridades propias de las comunidades y teniendo en cuenta las normas del Derecho Mayor, del derecho propios, que en últimas es el derecho consuetudinario de estos grupos étnicos.

Sin embargo, ese reconocimiento e independencia de la jurisdicción especial no absoluto, puesto que la misma Corte Constitucional, a través de reiterados fallos, ha señalado que esa autonomía y autodeterminación de la jurisdicción encuentra un límite material y formal en los principios y derechos constitucionales fundamentales, respecto de los cuales las autoridades indígenas deben respeto especial.

Así mismo, el límite de actuación de la jurisdicción constitucional se encuentra en los conceptos de diversidad e identidad étnica, los cuales son el fundamento de la autonomía jurisdiccional, y producto de la aplicación del pluralismo jurídico moderno.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Gaceta Constitucional No. 3, título 3, Capítulo 4 “De los derechos colectivos”, Artículo. 38. “los derechos de las colectividades”. Bogotá.
- Alcance del Fuero Indígena, ST - 496/96 (Corte Constitucional 26 de septiembre de 1996).
- BANTING, K. (2007). *Derechos de las minorías y estado de bienestar*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, UNAJM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BARIÉ, C. G. (2003). *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina* (Segunda Edición ed.). La Paz, Bolivia: Abya-Yala.
- BARRIOS ROMERO, J. P. (2007). *Derecho constitucional, derecho interamericano y derechos indígenas: avances y frustraciones*. Bogotá: Visión Renacer Editores.
- BAUMAN, G. (2001). *El enigma multicultural: un replanteamiento de las identidades nacionales, étnicas y religiosas*. Barcelona: Paidós.
- BECERRA RAMÍREZ, M. (. (2007). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BENGOA, J. (2004). *Minorías y autodeterminación*. Documento de trabajo, Organización de las Naciones Unidas, ONU, Grupo de trabajo de minorías.
- BERCHE, A. S., García, A. M., & Mantilla, A. (2006). *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural*. Bogotá: Publicaciones ILSA.
- BERNAL CAMARGO, D. R., & BERNAL GARCÍA, M. J. (2007). *Claves para comprender la bioética*. Tunja: Ediciones UniBoyacá.
- BRETON, R. (1981). *Les Ethnies*. Paris, Francia: P.U.F.
- CABEDO MALLOL, V. (2004). *Constitucionalismo y Derecho Indígena en Colombia*. Valencia, España: Universidad Politécnica de Valencia.
- CASTRILLÓN O., J. D. (2005). Dialéctica nacional e internacional. Caso Colombia. En: J. E. Ordoñez C., *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas. XII Jornadas Lascasianas Internacionales* (págs. 1 - 31). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CASTRILLÓN ORREGO, J. D. (2006). *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Comité de derechos humanos. Organización de las Naciones Unidas. (08 de abril de 1994). *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Informes y Documentos*. Recuperado el 20 de septiembre de 2008, de <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%2023%20Art%2027%20PDCP.html>
- Competencia de la jurisdicción especial indígena, S T-552/03 (Corte Constitucional 10 de Julio de 2003).
- DE ASÍS, R. (2008). Diez desafíos a la teoría de los Derechos Humanos en el siglo XXI. En: E. D. España, *La protección de los Derechos Humanos. Cuaderno No. 34* (págs. 129-141). Madrid, España: Subsecretaría de Escuela Diplomática.
- DE FREITAS C., R. H. (2002). Psicología social y Derechos Humanos. *Revista Polis. Investigación y análisis sociopolítico y psicosocial*, I, 139-152.
- Derechos de los pueblos indígenas, T - 380/93 (Corte Constitucional 1993).
- Escuela Intercultural de Gobierno y Políticas Públicas. (2007). *Modulo historia y cosmovisión indígena. Guía de aprendizaje colectivo para organizaciones y comunidades*. La Paz: Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe.
- GÓMEZ DEL PRADO, J. L. (2002). *Pueblos Indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. (U. d. Deusto, Ed.) Bilbao, España.
- IRIGOYEN FAJARDO, R. (31 de Agosto de 2000). *ALERTANET, PORTAL DE DERECHO Y SOCIEDAD*. Recuperado el 10 de Noviembre de 2008, de <http://www.alertanet.org/ryf-fractura.htm>
- Jornadas Lascasianas. (1994). Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios: IV jornadas lascasianas. *Cuadernos del Instituto; Derecho Indígena No. 2* (págs. 56-72). México: Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM.
- Jurisdicción especial indígena, principio de diversidad étnica y cultural, S T - 254/94 (Corte Constitucional 30 de Mayo de 1994).



- Jurisdicción especial y derechos fundamentales, S T 349/96 (Corte Constitucional 8 de Agosto de 1996).
- KELSEN, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: EUDEBA.
- KROTZ, E. (2004). Antropología, derechos humanos y diálogo intercultural. *Revista de Ciencias Sociales* (103-104), 75-82.
- MARZAL, M. M. (1993). *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*. Barcelona: Anthropos.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (1997). *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: la jurisprudencia especial indígena*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- NARANJO MESA, V. (2000). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas* (8 ed.). Bogotá: Temis.
- NIÑO CUBILLOS, J. I. (2005). Los Derechos Humanos en las etnias indígenas de Colombia. *Revista Derechos y valores, VIII* (016), 133 - 150.
- Organización de los Estados Americanos, O. (2008). *Organización de los Estados Americanos*. Recuperado el 25 de Septiembre de 2008, de [http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve\\_code=11](http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=11)
- Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1996). *Internacional Labour Organization*. Recuperado el 25 de Octubre de 2008, de <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>
- OSORIO RENDÓN, L. C., & Salazar González, F. (2006). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá: Fundación Hemera.
- PALACIO, G. (1993). *Pluralismo Jurídico: el desafío al derecho oficial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- PEÑA GUZMAN, M. M. (2007). Los desafíos del reconocimiento del derecho indígena: estudio del caso colombiano. *Boletín de Antropología, 21* (38), 201 - 226.
- PINEDA C., R. (2002). Estado y pueblos indígenas en el siglo XX: la política indigenista entre 1886 y 1991. *Revista Credencial Historia* (146).
- RODRÍGUEZ, G. A. (2005). La Consulta Previa a Pueblos Indígenas. En C. Parra Dussan, & G. A. Rodríguez, *Comunidades Étnicas en Colombia. Cultura y Jurisprudencia* (págs. 114 - 143). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rotheran, & Phinney. (1987).
- SÁNCHEZ BOTERO, E. (2007). *Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- SÁNCHEZ BOTERO, E., & Jaramillo Sierra, C. (2000). *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá D.C.: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación.
- SÁNCHEZ, E., Roldán, R., & Sánchez, M. F. (1993). *Derechos e Identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Disloqu editores.
- SANTOS, B. d. (1998). *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. (C. Rodríguez, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- TOVAR G., L. (2000). *¿Es posible una democracia intercultural en Colombia?* Bogotá: Ministerio de Cultura.
- VÁSQUEZ LUNA, M., Jimeno Santoyo, G., & Correa C., H. D. (1998). *Derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Pluralismo Jurídico y Autonomía* (Vol. 1). (C. Gómez, Ed.) Bogotá, Colombia: Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.
- WILHEIMA., M. (2002). *Los Pueblos Indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*. Barcelona: Cedecs.
- YRIGOYEN, R. (1999). *Pautas de Coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- YRIGOYEN, R. (1995). *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario*. Lima: CEAS.
- ZAMBRANO, C. (2003). *Apropiación y reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica: antropología jurídica para la globalidad*. Bogotá: UDUAL.
- ZAMBRANO, C. (2005). *Derechos humanos de las culturas*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

